

UBO

ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Bonnet
Bonnet
Aequi
Aequi

Año 7 • Número 2

Ars Boni et Aequi es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la Editorial del primer número de la Revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

"El nombre escogido, "Ars Boni et Aequi", tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la "técnica de lo bueno y lo equitativo" hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente "técnicas", no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad -reclamo ineludible de su carácter de ciencia- hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho."

Así, la Revista tiene el cometido de contribuir al desarrollo del Derecho, a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas de la Ciencia Jurídica, incluyendo Historia y Filosofía del Derecho, que invite a todos los operadores jurídicos a un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito que le es propio.

Año 7 N° 2, Agosto 2011

ISSN: 0718-2457

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE

Jorge Van De Wyngard Moyano, Decano de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

CONSEJEROS

Julio Alvear Téllez (Universidad del Desarrollo, Doctor Universidad Complutense), Dr. Carlos Amunátegui Perelló (Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor Universitat Pompeu Fabra), Dra. Miriam Henríquez Viñas (Universidad de Las Américas, Doctora Universidad de Santiago de Compostela), Diego Munita Luco (Universidad Bernardo O'Higgins, Magíster (c) Pontificia Universidad Católica de Chile), Juan Andrés Orrego Acuña (Universidad Internacional SEK, Doctor (c) Universidad de Mendoza).

CONSEJO EDITORIAL INTERNACIONAL

Martín Acevedo-Miño (Pontificia Universidad Católica Argentina), B.A. (Majors in History and Political Science) M.A. (in History) J.D. (Law) Robert S. Barker (Distinguished Professor of Law, Duquesne University, Estados Unidos), LL.M. Dante Figueroa (Georgetown University, American University, Estados Unidos), Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda (Universidad Complutense, España), Dr. José Díaz Nieva (Universidad San Pablo CEU, España), Dr. Eulogio Pisfil Chavesta (Universidad Nacional de Trujillo, Perú), Dra. Cristine Zanella (Faculdade de Direito de Santa María, Brasil), Dr. Luis Ignacio Savid-Bas (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina).

COMITÉ DE REDACCIÓN

Regina Ingrid Díaz Tolosa, Secretaria de Redacción. Fernando Villamizar Lamus, Coordinador de Redacción. Hugo Llanquilef Ortíz y Miguel Espinoza Gutiérrez, alumnos ayudantes.

Avenida Viel 1497. Santiago-Chile

Fono: (56-2) 4774147- 4774150 - Fax: (56-2) 4774141

PAGINA REVISTA: <http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

ARS BONI ET AEQUI se encuentra indizada en LATINDEX, Pro Quest, EBSCO, Al-día y Dialnet

E-mail contacto: arsboni@ubo.cl

IMPRESIÓN-PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM

INSTRUCCIONES A LOS COLABORADORES

I. ACERCA DEL ENVÍO DE LOS ARTÍCULOS, MONOGRAFÍAS, ESTUDIOS, ENSAYOS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. Los trabajos que deseen publicarse en la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse a la Secretaria de Redacción Sra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, o al Presidente del Consejo Editorial, Sr. Jorge Van De Wyngard Moyano, vía electrónica a sus respectivas casillas: reginad@ubo.cl; jwyngard@ubo.cl .
2. El texto electrónico deberá tener sus páginas numeradas y ser completamente legibles, e incluirá una biografía corta de cada uno de los autores (considerando: grados académicos, ocupaciones, cargos actuales y correo electrónico).
3. Los trabajos enviados para su publicación deben ser inéditos y adjuntarse una carta en la que los autores se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo, los autores de los artículos informarán si dicho trabajo se publicará como parte de un libro o un texto mayor.
4. Se deberá anteponer al artículo, su título, un resumen del mismo y las palabras clave, al menos en español, y preferentemente también en inglés¹. El resumen del trabajo tendrá no menos de 100 ni más de 150 palabras.
5. Los títulos y subtítulos del artículo deberán ser claros y concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
6. Aquellos autores cuyos artículos sean publicados recibirán tres ejemplares de la respectiva Revista.

¹ En caso de sólo acompañar título y resumen en español, las traducciones al inglés se harán por parte de los editores de la Revista.

-
7. El envío de un original al editor supone que el autor cede a la Revista los derechos de reproducción del texto una vez admitido.

II. REVISIÓN, PLAZOS Y PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

1. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de doble anonimato, el cual consiste en la revisión y la evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, designado por el Comité Editorial de la Revista.
2. El resultado del arbitraje será comunicado al autor quien tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones o recomendaciones hechas por los arbitadores para que finalmente sea aceptada su publicación.
3. El Comité Editorial puede rechazar los artículos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la Revista.
4. Los parámetros de evaluación son los siguientes: originalidad del trabajo; desarrollo de argumentos; redacción, sintaxis, ortografía, estilo, extensión y estructura del trabajo; pertinencia y actualidad de la bibliografía; concordancia entre títulos, resúmenes y palabras claves con el contenido del trabajo; calificación del trabajo cómo estudio, ensayo, crónica o comentario de jurisprudencia.

III. ASPECTOS FORMALES DE LOS TRABAJOS DE COLABORACIÓN: NORMAS DE REDACCIÓN Y DE ESTILO DE CITAS

1. Cada artículo debe estar encabezado por el título del mismo; el nombre del autor con el uso de su apellido o apellidos, según corresponda, y el respectivo nombre, los cuales deben ir en minúscula, salvo las letras iniciales, que deben ir en mayúscula. A pie de página, como cita, deberán incluirse la afiliación institucional del autor y su correo electrónico.
2. El tipo de letra a utilizar en el documento es Times New Roman, tamaño 12, y con un interlineado a espacio y medio.
3. La indicación de las citas, sea de autores o fuentes, se hará siempre en notas a pie de página numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del respectivo artículo irá el listado alfabético de referencias bibliográficas, en su caso, de páginas electrónicas consultadas, de jurisprudencia y legislación referidas.

-
4. **Referencias bibliográficas:** Las referencias bibliográficas de tratados, libros, monografías, artículos y documentos electrónicos se recomienda hacerlas conforme con el siguiente modelo, el cual corresponde a las normas NCH1143.OF1999 = ISO 690: 1987 sobre referencias bibliográficas, la que ha sido declarada norma chilena oficial por Resolución n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999; y la norma NCH1143/2. OF2003 que es una homologación de la norma ISO 690-2 y que ha sido declarada norma chilena oficial por Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003:

A) *BIBLIOGRAFÍA CITADA*

La lista se ordena alfabéticamente por su primer elemento, que es el apellido del autor, junto a su año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a), b), c), etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versales y el nombre en redonda. En ningún caso podrán ser citadas dos fuentes bibliográficas diferentes en una sola referencia. En esta lista, la referencia de los libros contendrá una indicación del número total de páginas; y la referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

Ejemplos:

a) *Referencia de libro*

BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 377 p.

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ número de edición (excepto la primera) / (lugar de publicación/editorial)/ paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

b) *Referencia de traducción*

AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Traducc. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 p.

c) *Referencia de capítulo de libro*

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): “Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena”, LLANOS MANSILLA, Hugo y PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinadores académicos), *1 Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elementos: Autor(es) del capítulo o artículo/ (año de publicación): / título del capítulo o artículo, entrecomillado/nombre del autor(es) o del coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo, seguido del título del libro (en cursiva)/lugar de publicación/editorial/paginación.

d) *Referencia de artículo de revista*

VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): “La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional”, *Ars Boni et Aequi* (n° 6): pp. 27-79.

Elementos: Autor(es) del artículo/(fecha): /título del artículo entrecomillado /título de la Revista (en cursiva) /volumen (cuando la Revista lo incluye) / número (anotar entre paréntesis) /paginación (precedida de dos puntos)

e) *Referencia de documentos en formato electrónico*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): “Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea”, AA.VV.: *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 pp, disponible en: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, fecha de consulta: 22 mayo 2007.

B) *NORMAS JURÍDICAS CITADAS*

Se deberá considerar al final del trabajo en un listado, todas las referencias legales o normativas, bajo el título: Normas jurídicas citadas. Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. En el caso de una ley, se indicará el número de la ley y la denominación oficial si la tiene/el título de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de publicación (día, mes y año).

Ejemplo:

Ley N° 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos. *Diario Oficial*, 30 abril 2010.

C) *JURISPRUDENCIA CITADA*

En caso de comentarios de jurisprudencia de tribunales ordinarios, chilenos o extranjeros, deberán referirse a sentencias ejecutoriadas y contener la referencia exacta del tribunal, partes, fecha de resolución que se comenta y sede de su publicación, si no se incluye el texto de la sentencia en la edición.

Se deberá considerar al final de todo trabajo, un listado de todas las referencias jurisprudenciales. Dicho listado se limitará a las sentencias efectivamente referidas o citadas en el trabajo. Las sentencias se ordenarán cronológicamente y si existen diversas sentencias en el mismo tiempo, se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. En este listado final, la cita de las sentencias hará indicación de las partes / del tribunal / fecha (día, mes y año) / y a la sede de edición.

En el listado final las sentencias se indicarán de la siguiente forma:

a) Nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del Caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata de sentencia de Tribunal Constitucional) y el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda). Seguido de dos puntos (:)

b) La referencia del tribunal que la haya dictado: Corte Suprema, Corte de Apelaciones de XXX, Tribunal Constitucional, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, etc. Enseguida, la fecha, señalando día y año en números arábigos y mes en letras minúsculas. Se sugiere indicar además el tipo de acción y procedimiento correspondiente; y en fin, la identificación de la sede de edición en que se ha sido publicada la sentencia bajo su título completo o abreviado, según el estándar ISO y las indicaciones de volumen, año, secciones y página; o indicación de la base de datos de jurisprudencia de donde se extrajo y su respectivo número identificador. Tratándose de sentencias de Tribunales Constitucionales la cita contendrá el nombre del órgano correspondiente, el número de rol, la fecha de su emisión y el repertorio o base de datos donde se contiene. Respecto de las sentencias emanadas de tribunales internacionales se identificará el órgano jurisdiccional respectivo,

el nombre de las partes o caso, fecha del fallo (día, mes y año) y la serie y número del mismo. En caso de que una sentencia haya sido publicada por dos sedes editoriales distintas, el autor deberá citar exclusivamente aquella que utilizó en su trabajo.

Ejemplos:

Tamayo con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 abril 1999 (acción de nulidad de concesión minera) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 96 (1999), II, sección 7ª, pp. 65-73.

Contra Romo Mena (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 septiembre 1994, rol n° 38683-94, *Legal Publishing Chile* 20390.

Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989 (2000): Tribunal Constitucional, 4 agosto 2000, rol n° 309, disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/>>.

Caso Lotus (1927): Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia 7 septiembre 1927, Serie A n° 10.

5. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia y, sólo excepcionalmente, se admitirán textos de desarrollo. Opcionalmente, las referencias abreviadas se pueden incluir entre paréntesis en el texto principal y no en las notas en pie de página.

A) REFERENCIA ABREVIADA DE OBRAS

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie: sólo el primer apellido del autor (en versales), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citas de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos.

Los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la “*bibliografía citada*”, al final del trabajo (que se describe más arriba). Ejemplos:

-
- a) Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.
 - b) Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.
 - c) Si una obra tiene tres, cuatro más autores, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las notas al pie de página se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de et al., año de publicación y página respectiva.

Ejemplo: ALESSANDRI et al. (1990) p. 20.

- d) En el caso que se citen dos o más obras de diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación, separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis:

“Varios autores (GARCÍA (2007) p. 84; NOGUEIRA (2007) p. 145; CEA (2006) p. 135) concluyeron que...”

B) REFERENCIA ABREVIADA DE NORMAS JURÍDICAS

Se deberá indicar en cada caso el número de la ley y su año. Los lectores podrán verificar los datos completos de la ley señalada en el listado de normas citadas, al final del trabajo.

C) REFERENCIAS ABREVIADAS DE JURISPRUDENCIA

Las citas al pie de página de jurisprudencia de los tribunales ordinarios deberán indicar el nombre del tribunal, el nombre de las partes (en cursiva) y la fecha. En caso que se trate de sentencias del Tribunal Constitucional llevará el título o número de la norma jurídica que se haya discutido y el rol. Además, se indicará el año de dicha sentencia (entre paréntesis en redondas).

De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia en el listado de jurisprudencia citada al final del trabajo.

Ejemplo:

Corte Suprema de Justicia. *Tamaya con Atocha* (1999).

Tribunal Constitucional. *Ley 19.496, rol n° 980* (2008).

-
6. **Citas en el texto:** El material que es objeto de cita directamente en el texto del artículo o monografía (palabra por palabra) de otro autor se pondrá entre comillas, señalando al final de las comillas el primer apellido del autor, el año de la obra y la página.

“.....” (GARCÍA, 2007, p. 74).

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra, que sigue al primer apellido y el año de la obra.

NOGUEIRA (2007a) y NOGUEIRA (2007b).

Índice

Editorial

JORGE VAN DE WYNGARD MOYANO	13
-----------------------------------	----

ESTUDIOS

Derecho Internacional y Derecho Interno. El Sistema constitucional argentino

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI.....	17
-------------------------------	----

Veintiuna tesis sobre el legado jurídico de la Revolución Francesa en Latinoamérica

DANTE FIGUEROA	43
----------------------	----

Los aportes de la Revolución Francesa al Constitucionalismo Moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX

ALLAN R. BREWER-CARÍAS.....	111
-----------------------------	-----

Natural Law and The United States Constitution

ROBERT S. BARKER	143
------------------------	-----

La Regulación Administrativa en Materia Económica y sus Nuevas Manifestaciones: La Irrupción del Denominado Soft Law

JOSÉ LUIS LARA ARROYO.....	161
----------------------------	-----

El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal

ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ	199
--------------------------------	-----

ENSAYOS

Globalización y gestión política: hacia una democracia reactiva

ALAIN CARRIER..... 239

El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional

MANUEL BARRÍA PAREDES 257

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú. Una evaluación preliminar

IVÁN ARTURO BAZÁN CHACÓN..... 283

EDITORIAL

Conforme a su definición actual, de revista de carácter semestral, me resulta muy grato presentar el segundo volumen de *Ars Boni et Aequi* de este año 2011, el cual sigue evidenciando avances relevantes en relación con sus precedentes.

En efecto, consolidada ya en su sujeción a las normas propias de las publicaciones de carácter científico, nuestra Revista crece en calidad y cantidad de colaboraciones provenientes de académicos extranjeros, lo que va dando cuenta de nuestro propósito de internacionalizar la revista, sobre todo en el contexto latinoamericano.

Nuestros pasos siguientes apuntan a incluir desde el próximo número un doble arbitraje ciego que evalúe las publicaciones antes de ser incluidas en la Revista, lo cual, sumado al permanente fortalecimiento de nuestros Consejos Editoriales, tanto nacional como extranjero, da cuenta de los mayores estándares de calidad que encarna la publicación.

El esfuerzo por la mejora continua de esta publicación no constituye un acto aislado. Por el contrario, se enmarca en el proceso más global de aseguramiento de la calidad en que se encuentra embarcada la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins y que, entre otros tantos aspectos, se manifiesta en su reciente decisión de iniciar el proceso de acreditación de la carrera de Derecho, ante las agencias especializadas pertinentes.

En definitiva, buscamos y aspiramos a la excelencia y estamos seguros que con obras como la presente nos acercamos a esa ambiciosa meta.

Jorge Van De Wyngard Moyano
Decano Facultad de Derecho y Comunicación Social
Universidad Bernardo O'Higgins

ESTUDIOS

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

International and National Law. The Constitutional Argentine System

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI*

RESUMEN: El trabajo está referido a las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados, especialmente con respecto al ordenamiento jurídico de la República Argentina. Aborda la relación jerárquica entre las normas internacionales, la Constitución Nacional, los tratados en general y los tratados de derechos humanos en particular.

PALABRAS CLAVE: derecho internacional – derecho interno – incorporación del derecho internacional al derecho interno argentino – Constitución Nacional – tratados

ABSTRACT: The present work is referred to the relations between international law and the domestic law of States, especially with respect to the internal legal system of the Argentine Republic. It

* Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Nacional de Córdoba. <apagliari@arnet.com.ar>.

Artículo recibido el 9 de junio y aprobado el 5 de julio de 2011.

addresses the hierarchy between international norms, the National Constitution, treaties in general and human rights treaties in particular.

KEY WORDS: international law – domestic law- incorporation of international law to argentine domestic law – National Constitution - treaties

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos el derecho internacional ha sufrido una honda expansión que ha impactado en las normas internas de los distintos Estados, especialmente en sus constituciones, influenciando las decisiones de sus máximos órganos judiciales encargados de interpretar y aplicar las normas jurídicas. No ha escapado a este fenómeno nuestro país, máxime teniendo en cuenta la reforma de la Constitución de 1994, que ha influido en las decisiones que sobre el particular ha tomado la Corte Suprema de Justicia en asuntos sometidos a su competencia en temas en los que ha entrado en conflicto la norma internacional con la interna, especialmente en materia de aplicación de los tratados y de normas y principios generales de derecho internacional lo que ha motivado una interesante jurisprudencia sobre el particular. Así han debido abordarse necesariamente temas como la incorporación de las normas internacionales al derecho interno (tanto las convencionales como los principios generales, la costumbre, e incluso la aplicación del *ius cogens*), el orden de prelación de las normas que forman parte del orden jurídico nacional, la compatibilidad de la Constitución y las leyes internas con las normas internacionales de distinta naturaleza, la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la aplicación de los tratados en particular, y de las normas de derecho internacional en general. Estos son los temas que esbozaremos en este trabajo, dedicando un espacio en particular a la problemática del inc. 22 del artículo 75 de la Constitución en lo referido al tema de la jerarquía constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos.

II. INCORPORACIÓN Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas del Derecho Internacional en el derecho interno. Así, las normas de un Estado pueden disponer la aplicación automática y directa de las normas internacionales -en la medida en que fueran operativas- en el ámbito interno, o exigir que cada norma internacional tenga que ser receptada por una norma interna que la incorpore. Por otra parte, y de acuerdo con las reglas del Derecho

Internacional Público, también corresponde al orden jurídico interno resolver las relaciones de jerarquía normativa entre las normas internacionales y las normas internas.

Según parte de la doctrina y cierta jurisprudencia, la Constitución Argentina ha optado por la directa aplicación¹ de las normas internacionales en el ámbito interno. Ello significa que las normas internacionales vigentes con relación al Estado argentino no precisan ser incorporadas al derecho interno a través de la sanción de una ley que las recepte, sino que ellas mismas son fuente autónoma de derecho interno junto con la Constitución y las leyes de la Nación. Esta interpretación tiene base en lo establecido en el artículo 31 de la Constitución, que enumera expresamente a los tratados con potencias extranjeras como fuente autónoma del derecho positivo interno, y, en lo que atañe a la costumbre internacional y a los principios generales de derecho, en lo dispuesto por el artículo 118, que dispone la directa aplicación del Derecho de Gentes como fundamento de las sentencias de la Corte Suprema. En efecto, las normas del Derecho Internacional vigentes para la República Argentina -tanto los tratados, como las normas consuetudinarias y los principios generales de derecho- revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución. Asimismo la Corte Suprema de Justicia, en numerosos fallos, ha considerado que las normas del *ius cogens* del Derecho Internacional consuetudinario también forman parte del Derecho interno. En tal sentido ha sostenido que es su función velar por el cumplimiento del *ius cogens*. Normas de esta naturaleza, por ejemplo², son las consagradas en la *Convención sobre Desaparición Forzada de Personas*, ya que la desaparición forzada de personas³ constituye no sólo un atentado contra el derecho a la vida, sino también es un crimen contra la humanidad.⁴ La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer

¹ En el caso de la Corte Suprema. *Quebrachales Fusionados c. Capitán del Buque Águila* (1927) se sostuvo la aplicación directa de la norma internacional.

² El art. 2 de la *Convención sobre Desaparición Forzada de Personas*; el art. 1 de la *Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* y la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, que comprende en la definición "otros actos inhumanos", según la remisión al art. 6.c del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg*.

³ Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito.

⁴ La comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores

respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens*. De conformidad al criterio de la Corte, los delitos derivados de violaciones a normas de *ius cogens* no son prescriptibles.⁵ Por lo tanto si la naturaleza de los delitos de lesa humanidad está sujeta a los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional, no se aplica el instituto de la prescripción con respecto a esos delitos. En tal sentido, la Corte ha sostenido que los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el Derecho Internacional⁶ ni en el derecho argentino. No importa que las normas de *ius cogens* se encuentren fijadas por el derecho consuetudinario o se hayan cristalizado en tratados internacionales⁷; en ambos casos, son normas que deben ser consideradas como parte integrante del derecho interno

humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna.

⁵ La ley n° 25.778, sancionada simultáneamente con la n° 25.779, otorgan "*jerarquía constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26/11/1968 y aprobada por la ley 24584*". Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa *Arancibia Clavel* (2004), no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del Derecho Internacional Público consuetudinario; siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extingüía la acción penal con anterioridad a esa ley, y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.

⁶ En el debate que precedió a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el Derecho Internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22° período de sesiones, 1966). Es por ello que el verbo "*afirmar*" reemplazó al verbo "*enunciar*" que contenía el proyecto original. Esta afirmación del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del Derecho Internacional Público consuetudinario. Así, se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el Derecho Internacional general como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido, o incluso como costumbre internacional.

⁷ Por ejemplo, en el caso de las *Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

argentino. Tampoco impide la aplicación de tales normas la circunstancia de que la *Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* hayan sido ratificadas con posterioridad a la comisión de la conducta ilícita tipificada por tales convenciones; ello, por cuanto considera que en razón de la calificación provisional de los delitos, corresponde considerar que no se presenta en esos casos una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo, pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el Derecho Internacional (antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario).

La Suprema Corte Argentina ha sostenido que la contradicción entre el principio de imprescriptibilidad de las acciones contrarias a una norma *ius gentium* y el principio de irretroactividad de las leyes fijado constitucionalmente, es sólo aparente.⁸ En efecto, la *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último pues ese carácter es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, y para la Corte, tal conflicto es sólo aparente, pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial. La inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el Derecho Internacional, ante el cual el derecho interno es sólo un hecho. Por ello, la regla de la imprescriptibilidad para los crímenes de lesa humanidad tiene a partir de la reforma del 1994 valor y jerarquía constitucionales, y por su especificidad respecto de los delitos que contempla, tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas, imprescriptibilidad e irretroactividad, tienen la misma jerarquía constitucional, y por consiguiente, las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está por

⁸ En disidencia, FAYT opina que sin embargo, tampoco puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados. En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser cierta -exhaustiva y no general-, estricta -no analógica-, concretamente con relación al *sub lite*, escrita -no consuetudinaria-. Sintetizando: las fuentes difusas -como característica definitoria de la costumbre internacional- son también claramente incompatibles con el principio de legalidad.

debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura. La *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* está subordinada a la Constitución, pues se identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

En disidencia con esta opinión, se arguye el escollo que constituye el artículo 18 Constitución Nacional, en tanto desconoce la validez de la aplicación de normas *ex post facto*. Para sortear dicho "escollo" se sostiene que esa regla no puede ser invocada en el ámbito del derecho penal internacional -en el que existiría la posibilidad de aplicación retroactiva-, derecho que debe ser directamente aplicado en virtud de la preeminencia del Derecho de Gentes establecida en el artículo 118 de la Constitución. Sin embargo, la disposición del artículo 18 no puede sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el art. 118, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad.⁹ Esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior), resulta inaplicable.¹⁰ De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el Derecho de Gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. En definitiva, la mención en la Constitución del Derecho de Gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo -más allá de su indiscutible valor- se le confiere jerarquía constitucional ni -menos aún- preeminencia sobre la Ley Fundamental. Por otra parte, no debe confundirse el valor

⁹ El art. 118 de la Constitución Nacional establece que "...la actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

¹⁰ La Corte ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. VILLALBA (1943) p. 225, da cuenta de su origen, que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el Derecho de Gentes -en ese momento, piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial el paraje donde haya de seguirse el juicio.

indiscutible del Derecho de Gentes y su positiva evolución en el ámbito del Derecho Internacional, con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno. Parece a todas luces exagerado inferir sobre la base del texto del art. 118 que sea posible la persecución penal sobre la base de las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el Derecho Internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto, la norma citada no permite concluir que sea posible en la República Argentina la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad. Afirmar que la alusión del artículo 118 al Derecho de Gentes obliga a los tribunales nacionales a aplicar directamente las reglas propias del Derecho Internacional resulta absolutamente dogmático. De todo ello, deriva la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad, principio que se encuentra también reconocido -aunque con menor extensión- a través de los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (arts. 9 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; 15.1 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; 11.2 y 29.2 *Declaración Universal de Derechos Humanos*).

III. EL ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS NORMAS QUE INTEGRAN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

En la República Argentina rige la Constitución de 1853 con sucesivas reformas siendo la última de ellas la del año 1994. Con esta reforma constitucional de 1994 vigente, algunos artículos referidos a este tema (arts. 27 y 31) han mantenido su vigencia y otros se han incorporados (arts. 75, incisos 22, 23 y 24, 116, 117 y 118). Los artículos 27, 31, 75 y 117, hacen referencia exclusivamente a los tratados, mientras que el art. 118 se refiere al Derecho de Gentes en forma general. El artículo 27 establece que los tratados deben guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.¹¹ Si bien el artículo 31 establece un orden jerárquico normativo¹², con la reforma debe ser interpretado de conformidad con el artículo 75 inc. 22 que en su primera parte, aclarando el orden jerárquico, dispone

¹¹ “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

¹² “Esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son ley suprema de la Nación;...”

que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.¹³ Los incisos 22 y 24, hacen particular referencia a determinada clase de tratados referidos a derechos humanos y tratados de integración, respectivamente, estableciendo para ellos reglas precisas en cuanto a su jerarquía y condiciones de vigencia y aprobación.

Es un principio establecido el que consagra la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del derecho positivo nacional, incluidas las normas de Derecho Internacional vigentes para el Estado argentino (artículos 27 y 31 de la Constitución Nacional).

En cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del Derecho Internacional vigentes para el Estado argentino, la interpretación de nuestra Constitución ha transitado varias etapas. El Profesor Ernesto REY CARO distingue cuatro etapas en la interpretación y aplicación del sistema normativo constitucional argentino: 1) una primera etapa que se extiende desde la sanción de la Constitución, en 1853 hasta 1963, en ella no se discutía la preeminencia de las reglas constitucionales con la excepción sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación* (1948) en la que se pronuncia sobre la validez superior al ordenamiento constitucional de los Tratados en época de guerra; 2) la segunda se inicia con el caso *Martín y Cía. S.A. c/ Administración general de Puertos* (1963) de cuyo fallo resulta el reconocimiento de la igual jerarquía de las leyes y los tratados, pronunciándose, en consecuencia, por la vigencia del principio *leges posteriores priores contrarias abrogant* entendiendo asimismo que la eventual responsabilidad internacional en la podría incurrir el Estado es cuestión ajena a la jurisdicción interna, 3) la tercera etapa tiene su inicio con la solución del caso *Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros* (1992) en la que se sostiene que un tratado constitucionalmente celebrado es una norma compleja en razón de la participación de dos poderes en su celebración (el ejecutivo y el legislativo) y que, su derogación por una ley del Congreso, importaría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre competencias del Poder Ejecutivo por lo que, en aplicación de la *Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena* de 1969, debe reconocerse la primacía de los tratados sobre la leyes nacionales; 4) La cuarta etapa corresponde a lo dispuesto por la Constitución Nacional reformada en 1994. A criterio del citado autor, si se tiene presente que el texto del artículo 31 de la Constitución no ha sido alterado y se admite que los tratados tienen una jerarquía normativa superior a las leyes de la Nación, ello implicaría una modificación esencial de la regla

¹³ "...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes."

constitucional del artículo 31 citado.¹⁴ Sin embargo, con posterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema sostuvo que el artículo 75, inc. 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del artículo 31 de la Constitución en su redacción originaria.

Una opinión diferente¹⁵, sostiene que en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución. Este artículo consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales.¹⁶ En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución serán nulos. A través de esta cláusula la Constitución Nacional condiciona a los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional. Es por ello que el art. 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución.

Que en concordancia con el art. 27 de la Constitución, también desde la ciencia del Derecho Internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un *margen nacional de apreciación*.¹⁷ Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional. Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese *margen de apreciación* autónomo de cada Estado -en el que la soberanía estatal no cede frente a normas

¹⁴ REY CARO ha tratado el tema en diversas oportunidades. Ver, entre otros, su trabajo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Córdoba (1994/1995).

¹⁵ Disidencia del Dr. FAYT en Corte Suprema. *Simón y otros* (2005).

¹⁶ De él proviene la *cláusula constitucional* o *fórmula argentina* expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque SÁENZ PEÑA, Luis M. DRAGO y Carlos RODRÍGUEZ LARRETA, por la que se deben excluir de los tratados en materia de arbitraje "*las cuestiones que afectan a las Constituciones de cada país*".

¹⁷ Doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cf. Opinión consultiva* n° 84 (1984).

que se insertan desde el plano internacional- se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las Constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de Derecho Internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del Derecho Internacional -con el espacio de autonomías que se reservan los Estados individuales- sin restringir las garantías básicas de las personas.

Como se puede observar, la República Argentina con la reforma constitucional del año 1994 no ha terminado de resolver completamente las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a los problemas de primacía de uno sobre el otro. En efecto, en general a todas las clases de tratados se les confiere sólo primacía en relación a las leyes nacionales, lo que en principio se encuentra en contradicción con lo dispuesto por el artículo 27 de la *Convención Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, convención esta que se encuentra incorporada al derecho interno argentino. Una interpretación adecuada obligaría a los jueces a respetar lo establecido por el artículo 27 de la Constitución que se encuentra plenamente vigente y que la Convención constituyente se encontraba inhibida de modificarla. Con este criterio, aún los tratados sobre derechos humanos podrían ser declarados inconstitucionales.

IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

En materia de tratados podemos afirmar que actualmente la Constitución Argentina distingue tres clases: 1) Los tratados en general y los concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22 primera parte); 2) Los tratados sobre Derechos Humanos y los esa naturaleza que se incorporen en el futuro, gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, 2º parte); 3) Tratados relativos a procesos de integración en general y en particular con Estados de Latinoamérica (difieren en cuanto a las modalidades requeridas para su aprobación), también tienen jerarquía superior a las leyes.

1. *Tratados y concordatos*

La reforma parcial de la Constitución Nacional de 1994, incorporó el dispositivo del artículo 75 inc. 22, que en primera parte dispone expresamente: "*Corresponde al Congreso: ...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*".

Si bien la jurisprudencia nacional siempre reconoció la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del derecho positivo nacional, incluidas las normas de Derecho Internacional vigentes para el Estado argentino, en cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y los tratados internacionales, la interpretación de nuestra Constitución, transitó, como hemos expuesto precedentemente, varias etapas que culminaron con el reconocimiento expreso por obra del dispositivo citado en el que establece la primacía de los tratados y concordatos sobre las leyes nacionales.

Sin embargo, a pesar de lo categórico de dicha norma, parte de la doctrina y algunas disidencias de miembros de la Corte Suprema, sostienen que tampoco la reforma constitucional de 1994 conmueve la vigencia de los artículos 27 y 30 de la Constitución, y que en caso de conflicto entre un tratado y la Constitución, es esta última la que debe primar.¹⁸

2. Tratados sobre derechos humanos

Con la reforma constitucional de 1994, como queda dicho, se incorpora el dispositivo del artículo 75 inc. 22. Esta norma expresa:

“Corresponde al Congreso: ...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹⁸ Sobre la primacía del tratado internacional ante un eventual conflicto con una norma de derecho interno contraria, cabe recordar que, tal como ocurría al dictarse el *leading case* *Martín y Cía. S.A.* (1963), los arts. 27, 30 y 31 CN., continúan regulando los vínculos entre el Derecho Internacional y el interno, normas cuya vigencia no debe desatenderse. Es por ello que lo afirmado no resulta desvirtuado por lo resuelto en la causa *Ekmekdjian* (1992). Allí, sobre la base del art. 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna. Mas esto no significa en modo alguno que la Corte Suprema haya conferido mediante esta norma primacía al Derecho Internacional sobre el derecho interno. Lo que sí afirmó la Corte es que, a diferencia del precedente *Martín y Cía. S.A.* (1963), la incorporación de la *Convención de Viena* proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la ley. Sólo así el art. 27 de la Convención sería compatible con el sistema constitucional argentino.

Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados por el PE nacional, previa aprobación de los dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derecho humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional”.

Como se observa, la segunda parte del inc. 22, incorpora con jerarquía constitucional, a 11 instrumentos internacionales referente a derechos humanos. Estos instrumentos, además de ser jerárquicamente superiores a las leyes, se encuentran en un mismo plano que la Constitución. Aunque no se encuentren insertados en ella, integran el *Bloque de Constitucionalidad*¹⁹, expresión esta de origen francés, adoptada por BIDART CAMPOS, y que en definitiva pretende explicar la *jerarquía constitucional* de estos instrumentos en el Derecho Constitucional. Este *Bloque de Constitucionalidad* puede disminuir o aumentar de conformidad a lo dispuesto por la última parte del inc. 22 del art. 75.²⁰

Respecto a esas declaraciones y tratados sobre derechos humanos el inciso establece las siguientes pautas: a) tienen jerarquía constitucional, b) en las condiciones de su vigencia; c) no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución; d) son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

¹⁹ BIDART (1998) *passim*, entiende por *Bloque de Constitucionalidad* se entiende el conjunto normativo que parte de la constitución, y añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución.

²⁰ Esta potestad ha sido utilizada para incorporar al *Bloque* la *Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas* y la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*.

A) *JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LAS DECLARACIONES Y TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS*

Cabe preguntarse si estos instrumentos internacionales y los que se pueden incorporar en el futuro (vía la última parte del inciso 22), forman parte de la Constitución Nacional. Parte de la doctrina se inclina por la repuesta afirmativa sosteniendo que tales tratados son normas constitucionales a tenor de lo dispuesto por el art. 75: *Tienen jerarquía constitucional*. Sólo difieren de las demás normas constitucionales en cuanto a su rigidez, dado que pueden ser denunciados bajo ciertas condiciones. En contraposición con esta doctrina, se encuentran los que niegan que formen parte de la Constitución, alegando que el citado texto legal al contener la expresión “*tienen jerarquía constitucional*”, es claramente indicativa que tienen tal jerarquía constitucional, pero que no forman parte de la Constitución misma. La distinción no es menor, ya que de aceptarse esta postura, serían distintas las consecuencias derivadas de la interpretación y aplicación de estos instrumentos. Por otra parte, es importante recordar que el artículo 75 autoriza al Congreso a dar jerarquía constitucional en el futuro a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos; esto implicaría, si fuera aceptable que estos tratados forman parte de la Constitución, a reformar ésta por una ley del Congreso, lo que evidentemente es inaceptable a la luz de lo dispuesto por el artículo 30 de la propia Constitución. En definitiva, para esta doctrina, tales tratados que tienen jerarquía constitucional, no forman parte de la Constitución, sino que la complementan a tenor de lo dispuesto por la misma norma legal.²¹ Es decir,

²¹ Una cosa es incorporar esos tratados como formando parte de la Constitución Nacional y otra, muy distinta, es depararle idéntica jerarquía que la de la Constitución Nacional. Los instrumentos sobre derechos humanos previstos en el inc. 22 del art. 75, gozan de jerarquía constitucional sin estar incorporados a la Constitución Nacional, y en este contexto, integran el llamado *Bloque de Constitucionalidad federal*. Los primeros casos en que la Corte se refirió a este tema fueron *Chocobar Sixto c. Anses* (1996) y *Monges c. Universidad de Bs. As* (1996) en los cuales indicó que tal expresión significa que “*el constituyente efectuó un juicio de comprobación en virtud del cual se han cotejado los tratados incorporados y los artículos constitucionales y se ha verificado de que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir*”. Asimismo en la causa *Petric* (1998) amplió tal definición indicando que el intérprete debe tratar de armonizar los diferentes derechos consagrados en los tratados y en la Constitución Nacional. Se denomina a esta interpretación la *Doctrina de la Verificación* en el sentido de que las normas de los tratados y las de la Constitución Nacional, no se encuentran enfrentados, asignándoles a ambos carácter de normas constitucionales.

que los tratados de derechos humanos no forman parte de la Constitución pero “*valen como ella*”.²²

B) LAS CONDICIONES DE VIGENCIA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

El art. 75, inc. 22, establece en su segunda parte que las declaraciones y demás instrumentos internacionales allí enumerados, “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...*”. Es decir, que tales instrumentos se incorporan a la Constitución en las condiciones de su vigencia, lo que determina, por una parte, que el tratado debe estar vigente en el ámbito internacional y por la otra, que deben tenerse en cuenta las condiciones en que la Argentina se ha obligado, esto es, en los términos de la ratificación de dichos tratados. Esta pauta indica que deben respetarse las reservas que Estado incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. Las condiciones de su vigencia significa determinar en qué condiciones el tratado se encuentra en vigor para la Argentina, es decir, en qué forma ha sido aprobado o ratificado por la Argentina, lo que comprende las reservas y aclaraciones de todo tipo que haya realizado.²³ Es decir, que hay que efectuar un juicio de comprobación sobre dos aspectos: a) Si el tratado en cuestión se encuentra efectivamente en vigor en el ámbito internacional o entre los Estados partes; y b) Si de ese tratado vigente internacionalmente la Argentina es Estado parte. Sólo a un tratado vigente, tanto internacionalmente como internamente en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional.²⁴ La Corte Suprema de la Argentina ha interpretado la

²² SAGÜES (1994) *passim*.

²³ Una posición maximalista pretende incluir dentro de las condiciones de vigencia para nuestro país, no sólo a las reservas sino también a las aclaraciones, excepciones, reservas de derechos y declaraciones interpretativas. En este último sentido, sostiene que los tratados tienen validez sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas. Jurídicamente, y mas estrictamente desde el punto de vista del derecho internacional, se hace difícil aceptar esta interpretación. En efecto, existe una diferencia fundamental entre el alcance de una reserva y una declaración interpretativa. Mientras que la reserva, es una declaración que tiene por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de un tratado en su aplicación al Estado, la declaración interpretativa es simplemente una declaración que se limita a exponer la manera en que un Estado interpreta una disposición, pero no excluye ni modifica dicha disposición en su aplicación a ese Estado

²⁴ Desde otra perspectiva cabría preguntarse si las llamadas *condiciones de la vigencia* de los tratados son las que al tiempo de entrar en vigor la reforma constitucional del 94 surgían del previo reconocimiento o ratificación o adhesión internacional que les había otorgado la Argentina a cada uno de dichos instrumentos, incluyendo las reservas e

expresión “*en las condiciones de su vigencia*”, en el sentido de que significa la conversión, por obra de la incorporación a la Constitución Nacional, de los tratados en derecho interno. Es decir, que los tratados del art. 75, inc. 22, no se han “*incorporado*” a la Constitución Argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que los tratados se aplican tal como rigen en el derecho internacional. Por ello se hace necesario compatibilizar las leyes nacionales con las normas internacionales que son a la vez normas internas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional.²⁵ Las normas nacionales que contuvieran disposiciones contrarias a esos tratados internacionales, o hicieren imposible el cumplimiento de las obligaciones en ellos asumidas, comportarían una trasgresión al principio de jerarquía de las normas y serían constitucionalmente inválidas.²⁶ La jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente “*en las condiciones de su vigencia*”, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen, y éstas le provienen del ordenamiento internacional. De modo que la referencia que hace la Constitución a esos tratados es tal como rigen en el derecho internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional.²⁷

interpretaciones deducidas en cada caso; o bien, se refiere a las condiciones de vigencia de tales instrumentos en el momento de la reforma, es decir, cuando adquirieron rango constitucional; y también, considerar si las condiciones de vigencia se extienden a las “*condiciones*” hacia el futuro, es decir las condiciones en la que subsistirá o no cada uno de esos instrumentos en el ámbito internacional.

²⁵ Normas por ejemplo, que imponen al Estado argentino el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad (arts. 1.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y 2.2 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*).

²⁶ Es un principio entendido por la doctrina y la jurisprudencia internacionales que las obligaciones que derivan de los tratados multilaterales sobre derechos humanos para los Estados parte no se agotan en el deber de no violar los derechos y libertades proclamados en ellos (deber de respeto), sino que comprenden también la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía). En el ámbito regional, ambas obligaciones se hallan establecidas en el art. 1.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

²⁷ Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional. A los fines de la aplicación, las condiciones de su vigencia incluyen, en su caso, las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional

C) *LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS NO DEROGAN ARTÍCULO ALGUNO DE LA PRIMERA PARTE DE LA CONSTITUCIÓN*

El inc. 22 del artículo 75, establece que tales instrumentos internacionales, además de tener jerarquía constitucionales según las condiciones de su vigencia, *"no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"*. Para cierto sector de la doctrina, esta expresa aclaración, en caso de conflicto de normas, significaría que la Constitución prevalecería sobre la norma internacional y esta incluso, podría ser declarada inconstitucional. Mas aún, ante cualquier conflicto entre una norma internacional y una de la Constitución, ya sea de la primera o de la segunda parte, prevalecerían las normas constitucionales a tenor de lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución, según el cual los instrumentos internacionales deben conformarse con los principios de derecho público de la Constitución.

D) *SON COMPLEMENTARIOS DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN*

Para gran parte de la doctrina, en materia de derechos humanos, la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones, evitando todo apego a soluciones de *genius loci* particularista. En este sentido considera, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente. Esta interpretación se refuerza con la expresión *"complementarios"* a que alude la norma; complementarios de qué: de los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución cuya derogación no es viable de ningún modo según lo prescripto por la propia reforma constituyente.²⁸ Para otro sector de la doctrina,

pertinente y la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados. Sobre este último aspecto, jurisprudencia internacional, cabe recordar a los fines interpretativos que *"... según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno..."*. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.

²⁸ El artículo 7 de la ley 24.309 dispuso la Convención constituyente no podía introducir modificaciones a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional y el art. 6 sancionaba con nulidad absoluta el acto de la Convención que se apartara de esa disposición.

el carácter complementario significa que los tratados tienen carácter reglamentario de los derechos enunciados en la Constitución. Si mediante un tratado internacional no es admisible la derogación de artículo alguno de la Constitución, ello significa que los tratados internacionales, incluso los referentes a derechos humanos a pesar de tener jerarquía constitucional, se encuentran subordinados a la Constitución, la cual no pueden modificar. Sobre la naturaleza y alcance de la *complementariedad*, otros autores²⁹ entienden que esa condición no afecta la jerarquía constitucional, y que sólo si existiera contradicción con algún artículo de la primera parte de la Constitución, cedería el texto del tratado a favor del texto constitucional. Este razonamiento parecería indicar la opinión de que los tratados se encontrarían en un escalón inferior a la Constitución. Si la complementariedad no significa accesoriedad, la armonización e interpretación entre ambas normas debería realizarse conforme a la pauta hermeneútica sostenida por la Corte conforme a la cual *“las normas constitucionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas a todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto”*. Es decir, que la voz *complementarios*, induce a una tesis armonizadora entre esas normas (las internacionales y las de la Constitución), por lo que el intérprete deberá en lo posible amalgamar ambos órdenes de derechos y emitir repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición.³⁰ El aparente paso de un sistema dualista a uno monista que inspira la reforma de 1994, implica una mayor flexibilidad y apertura del orden jurídico interno para con el orden internacional, aunque esto no necesariamente permita inferir que se ha modificado el sistema de reforma de la Constitución. *“La complementariedad resulta respecto de toda la Constitución, no sólo de la primera parte sino también de la segunda, por aplicación del artículo 27 y teniendo en cuenta el Principio de Unidad de la Constitución, que es un principio fundamental e insoslayable de interpretación constitucional”*.³¹

E) LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

La jurisprudencia no es concluyente acerca de si los tratados internacionales con jerarquía constitucional tienen, en rigor, esa misma jerarquía u otra inferior.³² La Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace su

²⁹ Ver VANOSI y DALLA (2000).

³⁰ SAGÜES (1994) *passim*.

³¹ BIDART (1998) *passim*.

³² Causas de la Corte Suprema de la Nación, *Petric* (1998), *Arancibia Clavel* (2004), *Espósito* (2004).

art. 75, inc. 22, presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse, en rigor, como referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional universal.³³ La Corte Suprema ha sostenido que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados, establece en su última parte que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, es indicativo que los constituyentes de 1994 efectuaron un juicio de comprobación en virtud del cual cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se producía derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.³⁴ De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional, y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido inadmisibles de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. De tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la parte 2ª de la Constitución.³⁵ Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.

Las normas internacionales integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22 del art. 75 Constitución, es decir, que por lo menos desde el fallo en el caso *Ekmekdjian* (1992) impera en la jurisprudencia de la Corte Suprema el llamado criterio del *derecho único*. Tesis correcta, desde que su contraria, la llamada del *doble derecho*, según la cual la norma internacional obliga al Estado pero no constituye derecho interno, es hoy casi unánimemente rechazada por los internacionalistas.³⁶

³³ Corte Suprema de la Justicia de la Nación. *Monges* (1996).

³⁴ Voto del Dr. BOGGIANO en *Simón* y otros (2005).

³⁵ Corte Suprema de la Justicia de la Nación. *Monges* (1996) considerandos 20, 21 y 22.

³⁶ Por otra parte, por mucho que la coherencia interna del orden jurídico sea un valor positivo, en función de la necesaria racionalidad de los actos de gobierno como requisito del principio republicano, esto no autoriza a dar prioridad a una parte de la Constitución (o del Derecho Internacional incorporado a ella) sobre otra, desconociéndose la vigencia de esta última. No es admisible que para no violar las convenciones incorporadas a la

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional, no modifica, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales, guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia unos sobre otros, pues todos integran la Constitución misma con igual rango. Y es la Constitución misma la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. No puede afirmarse que tal facultad (art. 75, inc. 22) quebranta la rigidez del artículo 30, sencillamente porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras.

3. Tratados de integración

La primera parte del inciso 24 del artículo 75 establece como atribución del Congreso: "*Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes*". Este dispositivo está referido a tratados de integración que: a) Que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones internacionales supraestatales, b) En condiciones de igualdad y reciprocidad, c) Que honren el orden democrático y, d) Que observen los derechos humanos. "*Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes*". Lo importante de esta norma constitucional es que le otorga jerarquía superior a las leyes no solo al tratado, sino también a las decisiones o resoluciones adoptadas por los órganos competentes de tales organizaciones supraestatales, ya que estas tienen, conforme el texto convencional, fuerza obligatoria. Su naturaleza jurídica es la de la "*Legislación Internacional*" es decir, actos obligatorios emanados de

Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece. Más aún, el propio Derecho Internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas *pro homine*. Ello es así, porque al admitirse la jerarquización de las normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución. Cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras. (Voto del Dr. ZAFFARONI en fallo *Simón y otros* (2005)).

un órgano internacional, que en este caso, la Constitución le otorga una jerarquía superior a las leyes.³⁷ La segunda parte del inciso 24, prescribe sobre el procedimiento de su aprobación.³⁸

V. LA COSTUMBRE Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Hasta aquí hemos examinado la integración y jerarquía de los tratados internacionales en relación al ordenamiento jurídico argentino. Resta ocuparse de las otras fuentes principales del derecho internacional, la costumbre y los principios generales del derecho, para analizar como se integran en el orden jurídico interno y su referencia con nuestra norma jurídica máxima, la Constitución. Para MONCAYO, VINUESA, GUTIERREZ POSSE³⁹, en el sistema constitucional argentino, la costumbre internacional y los principios generales del derecho integran directamente su orden jurídico positivo. Fundamentan esta afirmación, en el hecho de que le corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores nacionales el conocimiento y decisión sobre los tratados internacionales y las causas concernientes a embajadores y cónsules (arts. 116 y 117 de la Constitución), como así también el artículo 118 al referirse a los juicios criminales cometidos fuera de los límites de la Nación contra *El Derecho de Gentes*. La Corte ha sostenido en numerosos fallos como fundamento de los mismos, que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 118 de la Constitución, la costumbre internacional y los principios generales de derecho, son de directa aplicación, denominándolos de distinta forma: *derecho de gentes, práctica internacional, jurisprudencia universalmente consentida, principios universalmente reconocidos en el derecho internacional público, normas del ius cogens del Derecho Internacional consuetudinario*. Con respecto a las normas imperativas⁴⁰, la Corte ha expresado que también forman parte del Derecho interno, no importando que las normas de *ius cogens*

³⁷ Sin embargo, no establece procedimiento alguno para incorporar tales prescripciones legales al derecho interno y, en consecuencia, satisfacer la obligación asumida convencionalmente. Esta referida omisión plantea el problema del encuadramiento, en la Constitución, de dichas reglas que, por no tratarse de Tratados, están exentas de aprobación legislativa.

³⁸ Cuando se celebren con Estados de América Latina (mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara) diferenciándolos de los que tengan lugar con otros Estados en cuyo caso cada Cámara declarará la conveniencia de su aprobación (mayoría absoluta de miembros presentes) requiriéndose (para ésta aprobación) la mayoría exigida para los concluidos con Estados latinoamericanos luego de transcurrido un plazo de ciento veinte días.

³⁹ MONCAYO *et al.* (1985) *passim*.

⁴⁰ Ver *supra* punto II.

se encuentren fijadas por el derecho consuetudinario o se hayan cristalizado en tratados internacionales.

VI. CONCLUSIONES

- Las normas internacionales integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22 del artículo 75 de la Constitución, es decir, que por lo menos desde el fallo en el caso *Ekmekdjian* (1992) impera en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del *derecho único*.
- Son de aplicación en el orden interno las normas internacionales tanto convencionales, como consuetudinarias reconocidas por la práctica pertinente y la jurisprudencia internacional. En efecto, la jurisprudencia internacional ha establecido que “...según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno...”. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.⁴¹
- Siguiendo un principio general del derecho (todo acuerdo de voluntad es ley para las partes), el artículo 26 de la *Convención de Viena* de 1969 establece una norma fundamental del derecho internacional: *La pacta sunt servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. La vigencia del tratado es la condición para tal obligatoriedad de lo acordado y constituye una de las fuentes principales del derecho internacional. También este artículo remarca otro de los principios aplicables en materia internacional: El de la buena fe, siguiendo en este sentido lo dispuesto por la Carta de las Naciones Unidas, La Resolución 2625 (XXV) y el propio Preámbulo de la Convención. La buena fe constituye una verdadera obligación jurídica para los Estados que forma parte, en este caso, del principio fundamental de la *pacta sunt servanda*.

⁴¹ Caso de las Comunidades Greco - Búlgaras (1930), caso de Nacionales Polacos de Danzig (1932), caso de las Zonas Libres (1932). Asimismo, estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

- El artículo 27 de la *Convención de Viena* de 1969 de la cual es parte la República Argentina, en consonancia con otras disposiciones de la Convención y lo observado en materia internacional al respecto, establece que una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las disposiciones de un tratado.
- En la Argentina, el aparente paso de un sistema dualista a uno monista que inspira la reforma constitucional de 1994, implica una mayor flexibilidad y apertura del orden jurídico interno para con el orden internacional.
- Sin embargo, es justo reconocer que la Argentina con la Reforma del 1994 no ha terminado de resolver completamente las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a los problemas de primacía de uno sobre el otro. En efecto, en general, a todas las clases de tratados se les confiere sólo primacía en relación a las leyes nacionales, lo que en principio se encuentra en contradicción con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, Convención esta que se encuentra incorporado al derecho interno argentino.
- La cuestión que debe dilucidarse es si la primacía del Derecho Internacional comprende a la propia Constitución Nacional. Si la respuesta fuera afirmativa, el Derecho Internacional prevalecería sobre el Derecho interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema. Una interpretación contraria, obligaría a los jueces a respetar lo establecido por el artículo 27 de la Constitución que se encuentra vigente. Con este criterio, aún los tratados sobre derechos humanos podrían ser declarados inconstitucionales.
- Que en concordancia con el artículo 27 de la Constitución, también desde la ciencia del Derecho Internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un "*margen nacional de apreciación*". Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional.
- Cualquier interpretación que se asigne al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, sería violatoria del artículo 27 de la Constitución Nacional. En base a esta norma, es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional -cualquiera sea

su categoría- guarda “conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución”.

- De conformidad a esta postura la jerarquía normativa del orden jurídico argentino quedaría conformado de la siguiente forma: a) en primer lugar, la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo; b) en segundo término se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el párrafo 2º del art. 75, inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro (párrafo 3º, del art. 75, inc. 22); c) en tercer lugar, los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; d) y por último, las leyes nacionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

VILLALBA, Seco (1943): *Fuentes de la Constitución argentina* (Buenos Aires, Ed. Depalma) 296 p.

REY CARO, Ernesto (1994/1995): “Los Tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (vol. 6): pp. 233 y ss.

BIDART CAMPOS, Germán (1998): *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires, Ediar) Tomo I.

SAGÜES, Nestor (1994): "Los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994", *La Ley*: E-1036.

VANOSSI, Jorge Reinaldo y DALLA VIA, Alberto Ricardo (2000): *Régimen constitucional de los tratados* (2ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot) 291 p.

MONCAYO *et al.* (1985): *I Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, Zavalía) 176 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución de Venezuela de 1811.

Constitución Nacional de la República de Argentina de 1953 y sus posteriores reformas. Ley n° 28057. *Boletín Oficial*, 10 enero 1995.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada por Ley n° 23.054. *Boletín Oficial*, 27 marzo 1984.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Aprobada por Ley n° 23.338. *Boletín Oficial*, 26 febrero 1987.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada Ley n° 24.556. *Boletín Oficial*, 18 octubre 1995.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Aprobada por la Ley n° 24.584. *Boletín Oficial*, 29 noviembre 1995.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Adoptado el 6 de octubre de 1945.

Ley n° 24.309. Declara la necesidad de reforma de la Constitución Nacional. *Boletín Oficial*, 31 diciembre 1993.

Ley N° 24.820. Aprueba jerarquía constitucional de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. *Boletín Oficial*, 29 mayo 1997.

Ley n° 25.778. Aprueba jerarquía constitucional de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. *Boletín Oficial*, 3 septiembre 2003.

Ley n° 25.779. Declara la nulidad de leyes de obediencia debida. *Boletín Oficial*, 3 septiembre 2003.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobado por Ley n° 23.313. *Boletín Oficial*, 17 abril 1986.

JURISPRUDENCIA CITADA

Quebrachales Fusionados c. Capitán del Buque Águila (1927): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 9 diciembre 1927. (Fallo 150:84).

Caso de las Comunidades Greco - Búlgaras (1930): *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919*(Question of the "Communities") (1930): Opinión consultiva n° 17, Corte Permanente de Justicia Internacional, 31 julio de 1930, Serie B n° 17.

Caso de Nacionales Polacos de Danzig: *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in Danzig Territory* (1932): Opinión consultiva n° 17, Corte Permanente de Justicia Internacional, 4 febrero 1932, Series A/B n° 44.

Caso de las Zonas Libres: *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District Of Gex* (1932): Sentencia n° 17, Corte Permanente de Justicia Internacional 7 junio 1932, Series A/B n° 46.

Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación (1948): Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia, 9 junio 1948.

Martín y Cia. S.A. c/ Administración general de Puertos (1963): Corte Suprema, sentencia, 6 noviembre 1963. (Fallos: 257:99).

Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización (1984): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 enero 1984. Serie A n° 4.

Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros (1992): Corte Suprema, sentencia, 7 julio 1992. (Fallos 315:1492).

Chocobar Sixto c. Ansses (1996): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 27 diciembre 1996, Expediente C. 278. XXVIII. (Fallo 319:3241)

Monges c. Universidad de Bs. As. (1996): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 26 diciembre 1996, Expediente M. 399 y 381 XXXII. (Fallo 319.3148).

Petric (1998): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 16 abril 1998, Expediente P. 534 XXXI. (Fallo 321.885).

Arancibia Clavel, Lautaro y otros (2004): Corte Suprema, 24 agosto 2004, recurso de hecho, causa n° 259, expediente A. 533. XXXVIII.

Espósito, Miguel Á. s/incidente de la prescripción penal (2004): Corte Suprema, pronunciamientos 24 agosto y 23 diciembre de 2004, Expediente E. 224 XXXIX.

Contra Simón y otros (2005): Corte Suprema, 14 junio 2005, recurso de hecho, causa n° 17.768, expediente S. 1767. XXXVIII.

VEINTIUNA TESIS SOBRE EL LEGADO JURÍDICO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA EN LATINOAMÉRICA*

Twenty - one Theses on the Legal Legacy of the French Revolution in Latin America

DANTE FIGUEROA**

“El Terror no es sino la justicia pronta, severa, inflexible; es, por lo tanto, una emanación de la virtud; es menos un principio particular que una consecuencia del principio general de la democracia aplicada a las necesidades más apremiantes de la patria”.

MAXIMILLIEN MARIE ISIDORE DE ROBESPIERRE
Discurso, Convención Nacional (1794)

* Traducción efectuada por el autor del art. original denominado, *Twenty-one Theses on the Legal Legacy of the French Revolution in Latin America*, publicado en *Georgia Journal of International & Comparative Law* (vol. 39 n° 1, otoño 2010). La traducción de este art. al castellano y su consiguiente publicación por la Revista *Ars Boni et Aequi* se encuentran debidamente autorizadas por los editores de *Georgia Journal of International & Comparative Law*. Algunas citas del artículo original en inglés, o partes de ellas, han sido omitidas en esta versión en castellano.

** Abogado. Magíster, American University y Universidad de Chile. Profesor Adjunto Georgetown Law Center, y Washington College of Law en Washington, D.C. <df257@georgetown.edu>.

Artículo recibido el 2 de marzo y aprobado el 4 de abril de 2011.

RESUMEN: Este artículo presenta veintiuna tesis que exponen la influencia —negativa, a juicio del autor— de la Revolución Francesa sobre los sistemas legales latinoamericanos desde su independencia. Las propuestas no agotan los tópicos respectivos. De hecho, cada tópico podría ser objeto de un *tractatus* individual. Por el contrario, estas propuestas se dirigen a motivar una discusión académica posterior sobre las propuestas que se plantean. Las tesis giran en torno a cinco áreas de impacto: sobre el *substratum* ético y filosófico del sistema político - constitucional, sobre los elementos fundamentales del régimen democrático, sobre la organización de las ramas de gobierno, sobre los paradigmas de ecuanimidad, justicia, y axiológicos, sobre la formación de la vida familiar, la moral pública y la profesión legal.

PALABRAS CLAVE: Revolución Francesa - Derecho Latinoamericano - Teoría Política Latinoamericana - Derecho Constitucional Latinoamericano – Código Civil Francés

ABSTRACT: This Article presents twenty-one theses involving the —negative, in the view of the author— influences that the French Revolution has had on Latin American legal systems since their independence. The propositions do not exhaust the respective topics, since each of them could be the object of a standalone *tractatus*. Instead, these propositions aim at motivating further academic discussion on the positions presented. The theses revolve around five areas of impact: the ethical and philosophical substratum of the political system, the fundamentals of the democratic regime, the organization of the branches of government, the paradigms of fairness, justice, and axiology, and the shaping of family life, public morals and the legal profession.

KEY WORDS: French Revolution - Latin American Law - Latin American Political Theory – Latin American Constitutional law - Civil French Code

INTRODUCCIÓN

Cada una de las veintiuna tesis presenta un diagnóstico negativo de los efectos generados por la Revolución Francesa (en adelante RF) en la vida, organización y elementos esenciales de los sistemas legales latinoamericanos.

La Iluminación y la RF de 1789 fueron fenómenos históricos y políticos cruciales que han impactado significativamente la vida europea desde el siglo

XIX en adelante.¹ Sirvieron como movimientos poderosos que encarnaron ideas filosóficas que formaron las sociedades y sistemas legales alrededor del mundo. Incluso la Revolución Americana ha sido contada dentro de la progenie de la RF.² Esta influencia tuvo un impacto particularmente fuerte en el diseño, organización, implementación y estatus actual de los sistemas legales latinoamericanos³ desde las guerras de independencia.⁴ Es ampliamente reconocido que la RF literalmente cambió el mundo, y aún vivimos bajo su masiva influencia filosófica, intelectual, y legal. El caso es que las ideas revolucionarias francesas son aún ampliamente citadas en decisiones judiciales a lo largo de la región.⁵

En efecto, cuando las nuevas repúblicas latinoamericanas obtuvieron su independencia, necesitaron modelos nuevos sobre los cuales construir sus sociedades. Los padres de las naciones latinoamericanas estuvieron muy conscientes de que construían sobre las ruinas de 300 años de influencia ibérica. Los liberadores latinoamericanos rechazaron fuertemente el legado ibérico, aunque la mayoría se había educado y capacitado en el continente. Rápidamente abrazaron las ideas revolucionarias francesas.⁶ La RF tuvo un gran impacto no sólo en el derecho civil, sino q también en el derecho público, en cuanto devino en la madre intelectual del movimiento independentista latinoamericano.

Más de 200 años desde la RF han ayudado a evaluar su alcance real en el campo legal latinoamericano. Las pretensiones de que constituyó un movimiento de base dirigido por y para el beneficio de la gente, han retrocedido

¹ Ver KOENIGSBERGER y BRIGGS (1987) p. 331, para revisar los eventos históricos inmediatos a la RF.

² Comparar parecido de muchos arts. de la Constitución (en adelante Const.) Revolucionaria de 1791 con la Const. de los Estados Unidos (v.g. la Const. de 1791, Tít. III, Cap. V, § 9 con la de los EE.UU., art. III, § 2; Const. de 1791, Tít. III, Cap. III, §1.10 con la de los EE.UU., art. I, § 3; Const. de 1791, Tít. III con la de los EE.UU, art. I).

³ Cfr. BARKER (2000) p. 269.

⁴ JAKSIC (2001) p. 156, recuerda que el Libertador Bernardo O'Higgins propuso al Congreso en 1822 adoptar *in toto* el Code de Napoléon, y acompaña su propuesta con la siguiente exhortación: “[E]liminemos para siempre las instituciones construidas bajo el colonialismo y erradiquemos la ignorancia”.

⁵ Corte Suprema de Nicaragua. *Ortega contra Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua* (2009).

⁶ MIROW (2005) p. 183 señala que “*aparte del atractivo intrínseco del Código y de su amplia aceptación dentro de los círculos legales mundiales, su francedad lo hizo particularmente atractivo para los latinoamericanos...*”.

ampliamente. Una rápida vista de la pintura de DELACROIX *Liberté Guidant le Peuple* (1833, Libertad Guiando al Pueblo), aún cuando fue pintada 40 años después de la RF, revela claramente la verdad detrás del cataclismo de julio: caras burgueses feroces con sus vestimentas burgueses pisoteando los cadáveres frescos de gente humilde escasamente vestida.⁷ Los líderes de la aristocracia y de la nobleza fueron los verdaderos dueños y segadores de los horrores revolucionarios. Ningún observador independiente y culto puede, en su *compos mentis* denegar la conexión indiscutible entre la RF, el Régimen del Terror, y el experimento napoleónico imperial. Las fuerzas reales detrás de la RF simplemente la vistieron con un manto de legitimidad apelando a la idea liberal de la democracia representativa. Sin embargo, el gobierno monárquico fue en verdad reemplazado por el gobierno iluminado y despótico de la burguesía.

En este contexto, este artículo argumenta que las ideas legales propagadas por la Iluminación y la RF, que tuvieron una influencia tan sorprendente sobre las nuevas naciones latinoamericanas durante el siglo XIX, no fueron azarosas, asistemáticas o aleatorias. Por el contrario, la premisa es que tales ideas fueron materializadas y, a su turno, coherentemente avanzadas mediante un pensamiento filosófico cabalmente coordinado que fue (y es) consistente y compacto. El degollamiento del rey a manos de la Asamblea Nacional en 1793 marcó el tono para el guillotinado de cerca de 40 mil personas bajo el Régimen del Terror.⁸ Como consecuencia de la influencia de la RF, muchos más perecieron durante los siguientes experimentos políticos latinoamericanos. Considerando todas las cosas, la RF fue coherente consigo misma: sangre es lo que buscó, y sangre es lo que obtuvo: "*A las armas, ciudadanos, / Formen sus batallones, / ¡Marchemos, Marchemos! / ¡Que una sangre impura / Empape nuestros surcos!*" (*La Marsellesa*).

Las nociones legales claves que trajo la RF incluyen la separación absoluta y el antagonismo entre la religión y el Estado⁹; la soberanía absoluta del

⁷ BAUDELAIRE (1979) p. 30, menciona que DELACROIX se llamó a sí mismo "*un realista*" en la presentación de su propio arte: "*Deseo representar las cosas tal cual son*".

⁸ MCCARTHY (2005) p. 18: "*Dieciocho mil personas fueron ejecutadas en la guillotina, y más de 20.000 fueron asesinados por otros medios*". DUPORT (1987) pp. 285 a 287 contienen bibliografía sobre el tema.

⁹ Const. de 1791, Preámbulo: "*[L]a ley ya no reconoce los votos religiosos o ninguna otra obligación contraria a... la Const.*"; Tít. I, Secc. 3 § 9 provee la elección de ministros religiosos, contraria al proceso de designación del clero de la Iglesia Católica.

Estado¹⁰; los poderes legislativos privilegiados y virtualmente carentes de control del gobierno¹¹; la supremacía irrestricta de la ley escrita¹²; el papel restrictivo asignado a las fuentes del derecho (costumbre, principios generales del derecho, equidad) que no sean de derecho escrito (positivo)¹³; la unificación de las leyes civiles en un cuerpo legal aplicables universalmente a toda la nación¹⁴; un poder judicial disminuido¹⁵; la abolición de los cuerpos intermedios de la sociedad representados por las gildas¹⁶; la imposición de instrucción gubernamental como mandato universal¹⁷; la abolición de la institución fundamental del derecho de familia occidental¹⁸; y la consagración de un sistema legal que garantiza privilegios a pocos en detrimento de muchos.¹⁹

A la luz de estas nociones legales, este estudio propone que la noción torcida del derecho natural esgrimido como baluarte por la RF, aparejado con sus ideas de democracia autoritaria, un estado paternalista, monopolio y supremacía legislativa²⁰, y la falta de un sistema efectivo de contrapesos y balances, todos han contribuido a la degradación sistemática y a la muerte lenta de los sistemas democráticos latinoamericanos. Estos fenómenos, a su vez, han facilitado un récord pobre de derechos humanos en la región durante los dos últimos siglos.

¹⁰ Const. de 1791, Tít. III, § 1: “[L]a soberanía es una, indivisible, inalienable, e imprescriptible. Pertener a la nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede asumir su ejercicio”.

¹¹ El Preámbulo de la Const. de 1791 destaca que todos los ciudadanos son iguales, y que no existe ninguna “superioridad aparte de aquella de los funcionarios públicos”.

¹² Const. de 1791, Título III § 3: “[N]o existe otra autoridad en Francia superior a aquella de la ley”.

¹³ Const. de 1791, Tít. III § 6 implica que los ciudadanos disfrutaban únicamente aquellos derechos expresamente declarados en la Const. y por la legislatura.

¹⁴ Const. de 1791, Título I, Secc. 3 § 13: “[S]e redactará un código de derecho civil común para todo el reino”.

¹⁵ Const. de 1791, Tít. III, Cap. V § 3: “[L]os tribunales no pueden interferir en el ejercicio del poder legislativo, suspender la ejecución de las leyes o usurpar funciones administrativas”.

¹⁶ Const. de 1791, Preámbulo: “[Y]a no existen ni los jurandes ni las corporaciones de profesionales, artistas, o artesanos”.

¹⁷ Const. de 1791, Título I, Secc. 3 § 11 ordena la instrucción pública para todos los ciudadanos.

¹⁸ Const. de 1791, Título II § 7: “[L]a ley considera al matrimonio sólo como un contrato civil”.

¹⁹ Const. de 1791, Tít. III, Cap. I §2.2 establece requisitos relativos a la propiedad y la posición social para el ejercicio de los derechos civiles, tales como el derecho a voto.

²⁰ FARER (1995) p. 1315, observa el origen francés de la “idea de supremacía legislativa”.

En el área de la organización del gobierno, por ejemplo, se sostiene que los conceptos revolucionarios de una separación fuerte entre la religión y el Estado, soberanía absoluta del Estado, y un nacionalismo irrestricto, son todos los factores que contribuyeron a la formación de sistemas constitucionales endémicamente débiles y conflictuados en Latinoamérica (en adelante LA) desde el comienzo mismo. Adicionalmente, se sostiene que las reformas latinoamericanas recientes en el área de la revisión judicial no han removido la mancha original de incongruencia e insuficiencia presentes en la imitación inicial del derecho francés revolucionario.

Se ha sostenido que la obra maestra de la RF, esto es, el Código Civil (en adelante CC) de 1804, "*representa los principios de la RF*".²¹ Este artículo explica que las nociones políticas y legales que generaron el CC son esencialmente autoritarias. En consecuencia, estas ideas legales produjeron un instrumento legal altanero en sus pretensiones de universalidad, defectuoso en su combinación de diversas aproximaciones filosóficas, y con promesas no sustanciadas. Estas características dieron nacimiento a un CC plagado de inconsistencias y completamente carente de integralidad. Estos defectos han contribuido profundamente a una situación de confusión legal y a una motivación no declarada de alejarse del derecho y la justicia en amplios sectores de las sociedades latinoamericanas.

Este artículo, además, sostiene que los méritos del CC francés se encuentran en las secciones que recogió del derecho romano y del *ius commune* europeo según existió hasta 1789.²² Casi todo lo demás que fue novedoso después de 1789, según propone el artículo, no resistirá el paso del tiempo.

Finalmente, el artículo argumenta que los procedimientos civiles y criminales tradicionales en LA tanto en cuanto se han basado en el derecho francés revolucionario, estuvieron inspirados por las mismas ideas defectuosas que inspiraron el CC. Por lo mismo, estas nociones han contribuido a promover la vasta percepción de que tales procedimientos son completamente disfuncionales.

²¹ GORDLEY (1994) p. 459.

²² Para una revisión de la influencia del Derecho Romano en Europa y el surgimiento del *ius commune*, cuya abolición fue uno de los objetivos de la RF, ver BELLOMO (1995), CORTESE (2000), KOENIGSBERGER (1987), MULDOON (1979), VAN CAENEGEM (1992).

I. UNA NOCIÓN TORCIDA DEL DERECHO NATURAL

El concepto de derecho natural²³ fue primero propuesto en el mundo occidental por Santo Tomás DE AQUINO en el siglo XIII.²⁴ Sólo pueden entenderse los fundamentos intelectuales de Occidente cuando se hace referencia a los trabajos de dicho filósofo y teólogo católico. Él fue el primero en explicar la tríada que constituía la fundación de todos los sistemas legales, en la forma del derecho divino, el derecho natural, y el derecho positivo (o humano).²⁵ El Doctor Angélico enseñó que el derecho divino es el conjunto de reglas permanentes que emanan de Dios mismo a través de la Revelación, principalmente en la *Sagradas Escrituras*.²⁶ El derecho divino es, por lo tanto, eterno, sabio, incorruptible, y posee todos los atributos de Dios Eterno.

El derecho natural, como consecuencia, según lo explicó AQUINO, es el reflejo del derecho divino en la conciencia humana.²⁷ Cuando se discierne de manera apropiada, el derecho natural abarca las características del derecho divino, esto es, su aplicación universal, y triunfa sobre cualesquiera otros factores que influyen en el ámbito temporal. Surgen dos consecuencias principales desde esta premisa. La primera es que el derecho natural encarna lo que es justo, bueno y deseable en toda sociedad humana. En segundo lugar, el derecho natural no puede cambiar en consideración al tiempo, lugar o las reglas que constituyen expresiones temporales de la mayoría.

El tercer nivel de la pirámide legal de AQUINO es el derecho humano, el derecho de la *polis*. Este puede estar escrito en los libros (derecho positivo) o ser practicado por la comunidad (derecho consuetudinario). AQUINO enseñó que el derecho humano es un producto legal derivativo. Por lo tanto, debe necesariamente estar subordinado al derecho natural para alcanzar legitimidad. Para ser válido y para servir como fundamento de la soberanía reclamada por aquellos que ejercen *auctoritas*, el derecho natural debe conformarse al derecho divino.

Esta estructura piramidal implica una jerarquía, en la cual un nivel está sujeto al otro. El derecho humano está sujeto al derecho natural, lo que

²³ VAN CAENEGEM (1992) pp. 113 y 114, discute los orígenes históricos de la idea de "derecho natural".

²⁴ GORDLEY (1994) pp. 463 y 464.

²⁵ AQUINO (1927).

²⁶ Cfr. DAWSON (1950) p. 205.

²⁷ DE AQUINO (1927).

conduce a lo que es bueno y justo en sociedad. El derecho natural, por su parte, está sujeto al derecho divino.

Esta estructura de legitimidad y organización impregnó la estructura de los sistemas legales en el mundo occidental desde el siglo XIII, basado en los grandes esfuerzos intelectuales desplegados por los exponentes del derecho natural. Sin embargo, en los años anteriores a la RF, muchas ideologías propusieron una suerte de discurso filosófico coordinado que fue utilizado luego por el movimiento político que iba a emerger. En tal contexto, los ideólogos revolucionarios presentaron una distorsión colosal, esquemática y sistemática, en verdad, una *suppressio veri* (supresión de la verdad) de las certezas centrales presentadas por la escuela de derecho natural.

1. Eliminación del Derecho Divino desde la Pirámide Jerárquica Presentada por Tomás de Aquino

Los ideólogos de la RF mantuvieron el concepto de derecho natural, pero eliminaron la creencia de su fundación en el derecho divino eterno. Dijeron que el derecho natural ya no se basaba en el derecho divino, sino únicamente en el derecho humano, en la razón humana.²⁸ De esta manera nació el dogma del compacto social (sociedad política).²⁹ La ideología del compacto social fue, a su turno, sucedido por la noción moderna de mayoritarismo democrático, que fundó su apoyo ontológico en la noción secular del derecho natural. En última instancia, la *polis* llegó a no estar sujeta a ningún tipo de poder divino, sino a sí misma, al acuerdo de la mayoría.

La RF se alejó de una concepción de derecho natural válido en todo tiempo y lugar. Al hacerlo, necesariamente abrazó el pensamiento de un derecho natural que depende de las costumbres de mayorías transitorias y circunstanciales. El derecho natural fue así despojado de su demanda de universalidad y uniformidad. Se transformó en una idea alimentada y abrazada por el relativismo. Este artículo adscribe a la idea de que la combinación de concepto secularizado del derecho natural y las fuerzas desordenadas existentes al tiempo de la independencia latinoamericana, gatillaron un *malum praecessi* (un resultado malvado), cuyas consecuencias legales, constitucionales y morales están aún presentes en la región.

²⁸ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 323.

²⁹ NEUHAUS (1984) p. 38 para una discusión de las ramificaciones espirituales y religiosas impregnadas de la RF.

El efecto de un concepto de derecho natural determinado exclusivamente por el compacto social implica que no es necesaria una búsqueda posterior de los fundamentos metafísicos del derecho. Conforme al principio democrático revolucionario, son las mayorías las que deciden su propio destino, y las mayorías igualmente deciden el contenido del derecho natural. En suma, la idea revolucionaria final sobre el derecho natural es que una vez que la sociedad se deshace de los grilletes del derecho natural, únicamente el derecho positivo subsiste como la fuente de toda legitimidad democrática.

Pero incluso los ideólogos de la RF entendieron que dejando que las mayorías actuaran sin restricción acarrearía fatales consecuencias a su nueva sociedad. Por lo mismo, hicieron emerger la noción de *orden público* como un conjunto de principios éticos que actuarían como un elemento disuasivo frente al derecho positivo contrarrestando los caprichos de las mayorías. Pero ellos no pudieron obviar el hecho de que al degradar la pirámide de AQUINO, necesariamente tuvieron que remitirse a la mayoría como una regla política. Esta visión tuvo que aceptar que, como ya no existe una noción divina última de lo que es correcto e incorrecto en su credo, depende de las mayorías y, del gobierno, el decidir cuáles son sus propias restricciones en el ejercicio del poder.

Otro defecto de la laicización del concepto de derecho natural es que cualesquiera aspiración o intento para separar los fundamentos del derecho natural de la voluntad de la mayoría, bien sean permanente o temporal, deben ser considerados como una violación del principio de separación de la religión y el Estado. El derecho de Dios, en consecuencia, no tiene nada que ver con la sociedad civil. El hombre se basta a sí mismo. Así, se supone que el hombre emergió de la Ilustración como el último dueño y gobernante de su propio destino.

2. *El Derecho Natural ya no es Inmutable, Universal o Permanente*

Como las costumbres del momento cambian, el nuevo ideal del derecho natural igualmente está sujeto a cambio. Conforme a esta visión, no se debería percibir nada inadecuado en este nuevo arreglo de cosas. La razón humana actúa como el elemento correctivo insuperable de interpretaciones o aplicaciones indeseables del nuevo concepto de derecho natural. Si los seres humanos son seres razonables, sostiene el credo ilustrado, entonces no existe nada que temer de parte de una exposición y moldura racionales del derecho natural así explicado.

La sustitución revolucionaria de la voluntad de la gente por el concepto milenarista del derecho divino como fundamento de la legitimidad democrática

se basó en la idea de que las expresiones de la mayoría actuarían como un contrapeso supremo sobre ideas y elementos irracionales. Sin embargo, esta expectativa ha chocado duramente en contra de la realidad durante los últimos dos centenios. De hecho, sólo el último siglo vio marchar a millones a su muerte forzados por la voluntad de regímenes *legales* basados en el concepto mayoritario. Como se presenta hoy, la distorsión del derecho natural de la Francia revolucionaria está moralmente en bancarota, es ontológicamente vacía y carece de base política.

3. *Un Etos Moralístico y Moralizante Tiñó el Concepto Central del Derecho Natural*

La proposición de que una mayoría transitoria puede proveer legitimidad legal y moral universal al orden legal en un tiempo determinado yace sobre un terreno débil. La verdad y la experiencia demuestran que sin el recurso a una fuerza superior y permanente de la cual todo lo demás dependa, los frágiles, volátiles e incompletos conceptos de orden público y buenas morales propagados por los codificadores revolucionarios como poderes para anular la ley escrita siempre serán definidos por la mayoría. Un trasfondo moralista curioso y vacío reemplazó los fundamentos religiosos previos del derecho natural. La idea de restauración moral de la sociedad con posterior a la RF estuvo inevitablemente acoplada con el elitismo político generado por el movimiento. En otras palabras, los pocos hombres ilustrados de la RF se consideraron a sí mismos como los bastiones morales de los nuevos esquemas políticos que se implementaron. La historia reciente demuestra que muchos experimentos políticos que se vistieron de un aura moralizante, devinieron únicamente en un pretexto para la represión y eliminación masivas de disidentes políticos.

4. *El Pueblo no Reserva ningún Poder: Todos son Transferidos a la Mayoría, representada esta por la Legislatura*

La noción torcida del derecho natural secular predicada por la RF implicó el principio legal de que ya no existe un límite a las áreas de la vida donde la mayoría puede gobernar. El fundamento de esta propuesta se apoya en que todo el poder y la soberanía son transferidas desde la mayoría de los ciudadanos a la legislatura. Pero esta idea de transferencia total de soberanía solemnizada por la Const. revolucionaria de 1791 (Tít. III § 2), va en contra de la noción misma de democracia contemporánea, y ha alimentado muchos debates importantes, por ejemplo, en los Estados Unidos desde el comienzo de este país.

Toda revolución política necesita una ideología. La RF burguesa no fue la excepción y, en tal sentido, eligió al nacionalismo como la piedra angular

de su filosofía. La soberanía, entonces, llega a ser la expresión legal del nacionalismo, tanto internamente con respecto a sus sujetos, como externamente con referencia a otros estados. Es precisamente aquí donde la explicación de la expansión de los poderes coloniales en la época con posterioridad a la RF encuentra su fundamento.³⁰

II. SEPARACIÓN RÍGIDA Y TOTAL ENTRE RELIGIÓN Y ESTADO

En ningún otro campo fue la RF más evidente que en sus intentos para obliterar la religión católica. Para alcanzar este objetivo, el pretexto usado por los ideólogos revolucionarios era el concepto de *separación* entre la religión y el Estado.³¹

1. *La Religión ya no tiene un Rol en la Esfera Pública*

MONTESQUIEU, el sumo sacerdote del avance filosófico revolucionario, señaló que *“tan venerable como son aquellas ideas que surgen inmediatamente de la religión, ellas no siempre deberían servir como un primer principio a las leyes civiles; por cuanto estas tienen otro principio, cual es el beneficio general de la sociedad”*.³²

Desde el *“no siempre”*³³ hasta el *“no, nunca”* había un camino simple y corto. La denegación del rol de la religión en la esfera pública posteriormente condujo a su reclusión al ámbito privado. La creencia fue que al ser la acción del gobierno una expresión de la mayoría, prevalece por sobre la religión. Sin embargo, esta creencia deniega el rol original de la religión, pues su ejercicio se transforma en un acto de tolerancia gubernativa. En ese sentido, la religión, que es la máxima expresión de la razón humana y la fe en la búsqueda de lo infinito, y los códigos morales consiguientes que emergen de ella, están privados de su elemento central de ligar (*re-ligare*)³⁴ obligatoriamente la comunidad en su totalidad.

Pero la verdad es que el papel público de la religión en Occidente fue durante muchos milenios aceptado como una fuerza necesaria para el bien

³⁰ Cfr. SUK (2007) p. 300, MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 20.

³¹ Cfr. WESTERFIELD (2006) pp. 646 y 647.

³² MONTESQUIEU (1748) p. 1.

³³ *Ídem*.

³⁴ SOMMERVILLE (1994) p. 172: *“[L]a voz ‘religión’ proviene del latín religare, que significa ‘aferrarse a’, o ‘apegarse fuertemente a’”*.

en la sociedad³⁵. Existió la tensión entre la religión y el Estado, y mucho se ha escrito sobre ello. Pero la discusión se ha enfocado más en las jurisdicciones de cada campo; lo espiritual versus lo temporal ha sido examinado en lugar de la participación de la religión en la formación de las sociedades temporales. La historia muestra que fue la religión la que construyó la cultura legal de la Europa Occidental.³⁶

Al denegar el papel de la religión en la arena pública, la RF intentó demoler exactamente esa cultura legal.

2. *Justicia Social es un Concepto Enteramente Secular Separado de las Perspectivas Religiosas*

La secularización del derecho trajo consigo otro daño *colateral*. La idea de *justicia social* se transformó en un concepto enteramente secular desprovisto de su competencia religiosa. La RF afirmó que es el deber del Estado (como representante de las mayorías) el determinar qué es *aequo et bono* en una sociedad. Pero debido a que la voluntad y las promesas del Estado cambian en cada lugar y circunstancia, la relativización de la bondad y la justicia, implica una denegación de las verdades universales.³⁷

Como resultado, la verdad devino en un concepto relativo totalmente dependiente de los corazones o las mentes de los miembros de la sociedad en un tiempo determinado. En esta perspectiva, la mayoría de los miembros de una sociedad definen la naturaleza, el contenido y las consecuencias de la justicia social. Nada impide a los miembros de la colectividad profesar una definición específica de la justicia social basada en la creencia religiosa, bajo la condición de que sus perspectivas no entren en conflicto con lo que el enfoque de la mayoría dicta en un tiempo determinado. En resumen, el mensaje que la RF trajo consigo, relativo al rol de la religión en la vida pública, es: si tú tienes ideas religiosas, puedes mantenerlas, pero no las traigas a la sociedad.

III. EL POSITIVISMO COMO SISTEMA LEGISLATIVO MORALMENTE NEUTRO

En el paradigma jurídico revolucionario el derecho deviene en la norma superior y suprema³⁸, la voz del *status quo*. El derecho positivo sólo reconoce

³⁵ Cfr. RASOR (1993/1994) p. 192.

³⁶ Cfr. DAWSON (1950) p. 14, BELLOC (1937) p. 1.

³⁷ Ver Encíclica *Caritas in Veritate*, Seccs. 2, 4, 26, 32 y 61.

³⁸ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) pp. 393 y 425.

como sus delimitaciones externas aquellas impuestas por el concepto secular de derecho natural. Dado que el derecho natural cambia de acuerdo al tiempo y lugar, lógicamente se sigue que el derecho positivo no debe ninguna lealtad a ningún otro valor superior que sí mismo.³⁹ En otras palabras, si las supuestas mayorías democráticas determinan la sustancia tanto del derecho positivo como del derecho natural, también les corresponde a ellos romper un dique o suavizar las vías entre ellos. Así surgió entonces el positivismo legal en la Francia revolucionaria.⁴⁰

1. Denegación de un Rol al Precedente Judicial

Fue tal el sectarismo revolucionario que hubo intentos para eliminar completamente a la jurisprudencia como una fuente del derecho.⁴¹ Sin embargo, y afortunadamente, los revolucionarios no tomaron tal paso, pues en el credo revolucionario el derecho natural ya no toma sus fundamentos del derecho divino, únicamente el derecho positivo puede establecer lo que es bueno y justo en sociedad. La consecuencia principal es que no existe *stare decisis*, esto es, no hay *lealtad* al derecho positivo pasado, y ni siquiera a la jurisprudencia presente.

Como en un caso dado el procedimiento de adjudicación debe comenzar nuevamente sin hacer ninguna referencia a lo que ha sido ya decidido en el pasado, la regla de *stare decisis* ya no fue necesaria en Francia, en LA o en otros lugares. *Stare decisis*, por otra parte, involucra una cierta dosis de certeza y previsibilidad: que casos similares deberían ser tratados de manera similar, y que “no sólo la justicia debería hacerse sino que también aparecer que ha sido hecha”.⁴²

La adjudicación judicial se transformó en una actividad ejecutada *ex tabula rasa*: todo comienza nuevamente en cada nuevo caso. Esta perspectiva nació del profundo desprecio que la RF tenía hacia el derecho canónico, por ser el derecho de la Iglesia; y hacia el derecho consuetudinario, que consideró como la ley de los bárbaros.⁴³

³⁹ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 118.

⁴⁰ BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 330, menciona el “triumfo del legalismo”.

⁴¹ Cfr. *Ídem.*, p. 425; VAN CAENEGEM (1992) p. 130.

⁴² MERRYMAN *et al.* (1994) p. 208. Ver p. 17 del documento titulado *Merryman, Sources of Law*, § 3, líneas 6 y 7.

⁴³ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 125.

Los efectos duraderos de la abolición revolucionaria de la regla del *stare decisis* fue ilustrada en un estudio comparativo reciente efectuado por un académico suizo.⁴⁴ Su estudio demostró que los sistemas de derecho civil experimentaron una dificultad considerable en desarrollar teorías y técnicas para tratar la jurisprudencia. Las jurisdicciones de derecho civil han pasado por grandes esfuerzos al intentar cambiar el paradigma revolucionario, que denegó todo valor como precedente a decisiones judiciales previas. El derecho escrito se transformó en la voz del *status quo* y se extendió para incluir un desprecio de cualquier precedente *alter ego* pasado.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (en adelante SGM), Francia instituyó un *Consejo Constitucional* cuyas decisiones estuvieron designadas para ser finales y con un valor de precedente. También es cierto que otros países europeos y latinoamericanos han seguido esta tendencia durante las últimas décadas, bien sea creando sus propios tribunales constitucionales, u otorgando a las salas constitucionales de sus tribunales superiores (usualmente la corte suprema), con el poder de aprobar decisiones que posean un valor de precedente cuando afectan leyes escritas que se consideran ser contrarias a la Const.⁴⁵ Pero estas innovaciones, cualesquiera que sean sus méritos, denominadas la *Desviación Francesa* no son sino una digresión más desde la desviación original.

2. El Rol Truncado de la Costumbre

En este sentido, es fácilmente entendible cómo un profundo desprecio por el derecho canónico y el derecho consuetudinario⁴⁶ sirvió de base a los principios legales que guiaron la RF.⁴⁷ Consiguientemente, como el Estado se transformó en la única base del derecho, logró así un monopolio legislativo sagrado, la costumbre ya no pudo ser una fuente de derecho.⁴⁸ La costumbre emergió como una fuente del derecho subordinada, secundaria, basada en el predicamento de que el pueblo tenía que ser gobernado sólo por un derecho uniforme. El nuevo entendimiento del derecho consuetudinario, en su debido curso, eliminó las libres expresiones del pueblo.⁴⁹ Con anterioridad a la RF existía una activa interacción entre el *ius commune* y el derecho

⁴⁴ Thomas PROBST, *Die Anderung der Rechtsprechung* (1993), citado en MERRYMAN *et al.* (1994) p. 209. Ver p. 18 del documento titulado *Merryman, Sources of Law*, § 2, línea 4.

⁴⁵ Cfr. SCHOR (2009) pp. 187 y 188, DE GUILLENCHMIDT (2005) pp. 382 a 385.

⁴⁶ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 114.

⁴⁷ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 117.

⁴⁸ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 430.

⁴⁹ Cfr. GRANIER DE CASSAGNAC (1850) p. 189.

consuetudinario europeos. Este último era, efectivamente, algo desorganizado y altamente local, y fue ese estado de cosas el que los revolucionarios juraron abolir.⁵⁰

El fenómeno de la falta de uniformidad no iba a pasar el test revolucionario. La homogeneidad legal se transformó en una meta en sí misma. Si existió alguna clase de balance previamente bajo el *ius commune* europeo⁵¹, este fue considerado por la RF como indulgente y tolerante con respecto a costumbres locales. Así, la uniformidad legal llegó a ser uno de los principales objetivos del experimento revolucionario, pero esta vez dicha uniformidad sería lograda total e irrevocablemente a través del poder del Estado. Pero el derecho consuetudinario, que emanaba de la libre expresión de la gente, desde los primeros días de la RF fue “rutinariamente desestimado como de leve importancia práctica”.⁵²

Se permitió al derecho consuetudinario, entonces, retener un rol suplementario subordinado, como una fuente del derecho que nunca podía abrogar el derecho escrito. La única excepción al rebajado papel del derecho consuetudinario que se retuvo en los países de derecho civil fue en el área de derecho comercial. La razón puede ser que es el derecho de los comerciantes (*lex mercatoria*), de las clases propietarias de la tierra y de negocios, en una palabra, de la burguesía; y son ellos quienes proveyeron el corazón, el alma, las manos, y la guillotina, a la Revolución. Los usos, hábitos, y prácticas que constituían la *lex mercatoria* fueron mantenidos como un elemento crucial para la concreción de sus negocios.

Entonces, se tuvo que encontrar una buena excepción para mantener un papel en el derecho comercial existente con anterioridad a la RF. Los usos del bajo pueblo, sin embargo, no recibieron el beneficio de un lugar superior en la pirámide revolucionaria de las fuentes legales.

Ahora bien, incluso en situaciones en las que se reconoce a la costumbre comercial un papel en las jurisdicciones de derecho civil, ella está sujeta a restricciones significativas. Se reconoce a la costumbre exclusivamente *secundum legem*⁵³, esto es, si coincide con el derecho positivo.

⁵⁰ WATKIN (1999) pp. 100 a 102.

⁵¹ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (1992) p. 408.

⁵² MERRYMAN *et al.* (1994) p. 203.

⁵³ Ver CC de Chile, art. 2, copiado textualmente en los arts. 2 de los códigos civiles de Ecuador, El Salvador, y Honduras. El CC de Argentina, art. 17; de Colombia, art. 8;

3. Principios Generales del Derecho

Un destino similar aguardaba a los principios generales del derecho en la Francia postrevolucionaria, los que no poseen ningún lugar en el sistema legal, salvo que sean expresamente aceptados por el derecho positivo. Ha llegado a ser un lugar común señalar que "*enteros cuerpos legales en los sistemas de derecho civil han sido construidos mediante decisiones judiciales en una manera que se parece mucho al crecimiento del derecho común angloamericano*".⁵⁴ El supuesto es que la jurisprudencia ha sido construida a partir de los principios generales del derecho.

Un ejemplo que usualmente se da para explicar esta tendencia es la situación de los *principes généraux du droit administrative* (principios generales de derecho administrativo) desarrollados por el Consejo de Estado francés. Se menciona estos principios como una excepción a la falta de poder persuasivo de los principios generales del derecho, por cuanto el Consejo creó nuevas instituciones legales en su totalidad sin recurrir al derecho escrito. Otra instancia es la creación de ciertas teorías de responsabilidad extracontractual, tales como la doctrina del abuso del derecho, y la doctrina administrativa de la *imprevisión*.⁵⁵ Por otra parte, Alemania, dudosamente un país puramente de derecho civil, aún acepta "*ciertos principios generales que los legisladores no han proveído en la forma de reglas positivas*".⁵⁶

A pesar de estos ejemplos, los principios generales del derecho articulados en jurisprudencia reciente en Francia, al menos, están dotados del mismo viejo sabor moral que poseía el concepto de derecho natural con anterioridad a la RF.⁵⁷ Como resultado, la jurisprudencia que se refiere a ellos está únicamente y de manera parcial resucitando la herencia legal anterior a la RF.⁵⁸ Otros ejemplos de estos principios incluyen las teorías de *fraus omnia corrumpit* (el fraude todo lo corrompe), o *nemo contra factum proprium venire potest* (doctrina de las manos sucias), o *enrichissement san cause* (enriquecimiento sin causa o injusto).⁵⁹

de Costa Rica, art. 3; de México, art. 10; de Paraguay, art. 7 § 2; de Uruguay, art. 9; de Venezuela, art. 7.

⁵⁴ MERRYMAN *et al.* (1994) p. 208.

⁵⁵ *Ídem.*, p. 209.

⁵⁶ *Ídem.*, p. 206.

⁵⁷ *Cfr.* STANLIS *et al.* (2003) p. 80.

⁵⁸ *Cfr.* SCHWARTZ (2006) p. 270.

⁵⁹ Ver BELL *et al.* (2008) pp. 417 a 440.

La RF observó a los principios generales del derecho con sospecha. Dicho de otro modo, ellos representaban sólo otra manifestación del orden legal que se buscaba abolir. Como existía el gran peligro de que las instituciones legales anteriores a la RF pudieran ver su lento retorno a través de los principios generales del derecho, la RF pensó que era necesario subordinarlos totalmente al derecho escrito. Esto es lo que el derecho civil revolucionario hizo.

En este orden de cosas, por ejemplo, el CC Español de 1889 incluye a los principios generales del derecho conjuntamente con el derecho escrito y consuetudinario como fuentes legales, pero lo hace en términos que indican claramente que los principios generales están subordinados a las otras dos fuentes, a saber, el derecho escrito y el derecho consuetudinario.⁶⁰

En general, los CC latinoamericanos siguen esta misma perspectiva hacia los principios generales de derecho, i.e., que son una fuente subsidiaria del derecho.⁶¹

4. Rol de la Equidad

Ha sido mencionado a través de los siglos, casi *ad nauseam*, que mientras la equidad es una fuente del derecho en los sistemas de derecho común⁶², carece de autoridad en las jurisdicciones de derecho civil. Desde un punto de vista filosófico, al menos, la función judicial tiene necesidad de la equidad como herramienta *par excellence* para corregir abusos. El nuevo régimen revolucionario infligió un golpe de *capitis diminutio* sin precedentes a la función judicial en Occidente.⁶³ De hecho, la RF adopta una aproximación crucial para obtener este objetivo, el cual fue denegar poderes de equidad a los jueces en la postrevolución.⁶⁴ Se estimó que los poderes de equidad fueron incompatibles con el nuevo rol de los jueces y de los deberes que surgen de la función judicial.

⁶⁰ Ver CC de España (1889), art. 1, §4.

⁶¹ Ver v.g., el CC de Argentina (art. 16), Costa Rica (art. 1), México (art. 19), Nicaragua (art. 17), Paraguay (art. 6), Perú (art. 8), Uruguay (art. 16), Venezuela (art. 4).

⁶² ver GORLA (1990) pp. 121 a 137.

⁶³ SCHWARTZ (2006) p. 14: “[L]a función judicial una labor mucho más limitada”.

⁶⁴ Un Decreto de 5 de marzo de 1803 estableció que: “§5. Se prohíbe a los jueces el pronunciarse, a través de determinaciones generales y legislativas, en las causas sometidas a su conocimiento”.

Los revolucionarios establecieron que la legislatura proveería ahora las soluciones legales a situaciones que previamente habían sido resueltas mediante el uso judicial de la equidad. Por lo que la creatividad o excentricidad judicial carecerían de todo rol que cumplir.

Sin embargo, para disgusto de la RF, la realidad incontestable de que el derecho escrito no puede proveer una respuesta para cada una de las nuevas situaciones o hechos de la vida fue un tema mayor que tenía que ser resuelto.⁶⁵ La única salida a este desafío era permitir a los jueces utilizar la equidad, pero con una calificación decisiva: única y exclusivamente cuando no exista una solución de derecho escrito para un caso determinado. Esta solución lleva a preguntarse sobre qué alternativas tenían las mentes legales revolucionarias para esta situación. ¿Fue posible pedir a la legislatura legislar frente a cada nueva situación que requiriera una solución legal? ¿No implicaría tal aproximación transformar la verdadera esencia de la función legislativa en una función propia de la rama judicial? Obviamente, esta no era una alternativa viable basados en el sagrado principio montesquiano de separación de poderes, tan aclamado por la RF. Entonces, había que encontrar una solución creativa.

De esta manera, se generó la idea de que el poder judicial podría, en casos extremadamente excepcionales, *hacer derecho*, mediante el uso de poderes de equidad a fin de dar una solución legal a casos de lagunas legales. Sin embargo, se adjuntaron restricciones sustanciales a este compromiso, en el sentido de que los poderes judiciales de equidad quedarán exclusivamente limitados a los casos *no proveídos por la legislación*, y siempre en subsidio del derecho escrito.⁶⁶

Este concepto revolucionario amorfo de la equidad se hizo camino en el CC de BELLO, que es la fuente de la mayoría de los CC latinoamericanos. La equidad adquirió una posición debilitada en las jurisdicciones civiles latinoamericanas en cuanto la adopción de las ideas revolucionarias la privó de la riqueza que el derecho angloamericano tenía para ofrecerle en la forma de medidas precautorias y otros remedios procesales fundados en la equidad. En suma, hay una comunicación compleja y cercana entre la noción del rol de la judicatura en una sociedad y el reconocimiento de facultades judiciales enraizadas en la equidad. Como la RF restringió dicho rol, necesariamente tuvo que cercenar tales poderes de equidad. El resultado ha sido una magnífica

⁶⁵ Cfr. SCHWARTZ (2006) p. 157.

⁶⁶ Cfr. MURILLO (2000) pp. 15 y 17.

caída desde la gracia para el concepto milenario de equidad en LA⁶⁷, donde la ineficiencia judicial y la baja autoestima van igual e inextricablemente de la mano.

IV. PROMOCIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO DE GOBIERNO COMO FORMA SUPREMA DE GOBIERNO

El sistema democrático, basado en la regla de la mayoría, fue propuesto por la RF como el sistema más alto de gobierno humano. Este esquema político fue revestido de un aura de sacralidad tal que cualquier intento de proponer formas organizativas alternativas para las sociedades políticas, por lo menos en Occidente, ha sido considerado como algo odioso con posterioridad a la RF.

En la base de la proposición democrática está el pensamiento de que la voluntad de la mayoría define, indiscutiblemente, lo que es verdadero justo y bueno en una sociedad.⁶⁸ Por lo tanto, se supone que las democracias son el mejor sistema de gobierno por cuanto encarnan el principio de la representación popular y el voto universal.

Sin embargo, una mirada más cercana al principio democrático avanza por la RF revela claramente sus muchos defectos ocultos. Específicamente, y contrario a la intuición, se ha encontrado una conexión directa entre el ideal democrático y una noción de democracia autoritaria en LA. Una vez que la voluntad de la mayoría ha sido establecida, se asume que expresa la voluntad de un pueblo determinado, y que está basada en una noción secular del derecho natural y, por lo tanto, no puede ser desafiada sin privar a sus críticos de toda legitimidad.⁶⁹ Existe, a partir de esta premisa, una línea directa hacia el fenómeno de exclusión de las minorías, bien sean políticas o no, que carecen de todo derecho o voz en el sistema político, en concordancia con el ideal original revolucionario de la democracia.

Estas ideas constitucionales revolucionarias francesas han tenido un gran impacto en LA desde la vuelta del siglo XIX⁷⁰. Los desarrollos constitucionales posteriores en LA muestran un movimiento hacia la inclusión de las minorías apartándose así de los ideales revolucionarios. Sin embargo, estas reformas están teñidas por el carácter distintivo revolucionario. Dicho de otro

⁶⁷ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 116, BERMEDES (1999) p. 352, artículo 24 del CC chileno.

⁶⁸ Cfr. STANLIS *et al.* (2003) p. 239.

⁶⁹ Cfr. STANLIS *et al.* (2003) p. 66.

⁷⁰ Cfr. MIROW (2005) p. 181.

modo, ha sido necesario perturbar el *status quo* conformado por las ideas revolucionarias francesas para alcanzar el propósito doble de reconocer a las minorías y a la vez mantener la meta democrática. En realidad, una revolución en contra de la RF ha levantado el estandarte de los derechos de las minorías largamente excluidas bajo la égida del movimiento cataclísmico de 1789.

El establecimiento del Estado paternalista ha sido otra consecuencia lógica de las ideas constitucionales revolucionarias sobre la legitimidad democrática.⁷¹ Se entiende dicho Estado paternalista como una entidad que es omnisciente y no reconoce ningún límite a su poder, simplemente porque es una expresión de la mayoría. Como era de esperar, MONTESQUIEU sostuvo que "*la democracia tiene dos límites que debe evitar: uno es el espíritu de falta de igualdad, que dirige hacia la aristocracia o la monarquía, y el otro es el espíritu de extrema igualdad, que dirige hacia el poder despótico*".⁷² Efectivamente, luego de la caída de la regla colonial, los experimentos democráticos han conducido precisamente a este tipo de poder dictatorial. MONTESQUIEU nunca explicó el significado exacto de su término *espíritu de extrema igualdad*.⁷³ De esta manera, como las sociedades latinoamericanas emergieron desde los tiempos coloniales basadas en el concepto de clase y estatus, los poderosos encontraron en la Iluminación la doctrina política *perfecta* para mantener a las masas a corta distancia. El iluminado MONTESQUIEU, cuyas filosofías legales literalmente formaron el Occidente, dio a los líderes de las repúblicas nacientes exactamente lo que ellos estaban buscando.

Lo que está en el centro mismo de la concepción montesquiana del orden legal es una profunda desconfianza hacia el pueblo. Estos recelos fueron ampliamente compartidos por ROUSSEAU.⁷⁴ Desde la mitad del siglo XVIII, probablemente, no ha pasado un día en que una decisión constitucional latinoamericana no hubiera citado las teorías legales de los ideólogos revolucionarios franceses. ROUSSEAU es uno de los principales portaestandartes entre ellos.

Otra consecuencia del modelo democrático revolucionario fundado en la idea de una voluntad infalible de la mayoría ha sido el amplio sacrificio de los derechos individuales en el nombre de la colectividad. Los revolucionarios franceses abrazaron profundamente la noción de que los representantes

⁷¹ FARER (1995) p. 4 comenta sobre la "*regla paternalista*" que afecta a los sistemas políticos latinoamericanos.

⁷² MONTESQUIEU (1748) p. 110.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Cfr.* ROUSSEAU (2005) p. 73.

democráticos del pueblo poseen un mandato libre, y que el derecho a sufragio puede ser restringido sobre alguna base. El razonamiento empleado por los ideólogos franceses parece haber sido que la nación, a quien pertenece todo el poder político en virtud de la soberanía absoluta, es más bien una entidad abstracta, y que los representantes legítimos de la nación asumen todo ese poder absoluto en conformidad a su mandato.⁷⁵

Otra aberración que fue incluida en la leva del legado constitucional de la RF en LA fue la institución del referendo y la iniciativa concebidos como *transferencias* de poder legislativo desde el gobierno al pueblo. Esta transferencia “*de regreso*” puede ser únicamente explicada a través de la existencia de un “*despojo*” previo de la soberanía del pueblo y su depósito en los cofres de la legislatura.⁷⁶ ¿Qué otra indecorosa teoría —no democrática en su naturaleza— podría haber gatillado más consecuencias dañinas para el experimento democrático latinoamericano que el concepto revolucionario *elitista e iluminado* de la supremacía democrática?

A menudo se menciona que Francia es un buen ejemplo de un sistema constitucional que funciona bien, y su sistema de gobierno es exaltado como un modelo para LA. A este punto es posible únicamente preguntarse si los aduladores institucionales pestañearon ante el hecho de que Francia ha tenido por lo menos 11 constituciones desde 1791, y que tomó algo más que simplemente buenos deseos para liberar a *la France* de las garras de la Alemania Nazi y su títere el régimen de Vichy durante la SGM, y sus menos que felices experiencias colonialistas.

Las modificaciones contemporáneas del modelo de democracia constitucional incluyen el postulado de que todos los ciudadanos son políticamente iguales, y ejercen sus derechos a través del sufragio universal; de que los representantes políticos llevan a cabo la voluntad del pueblo; que los ciudadanos disfrutan de un largo marco de derechos de segunda y tercera generación a nivel constitucional; que es el deber del gobierno el promover el bienestar social; y que la sociedad civil demanda un rol crecientemente mayor en la *civitas*.⁷⁷ Aún así, estos desarrollos no han sino correcciones tardías de un diseño original defectuoso.

⁷⁵ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 328, GOLBERT y NUN (1982) pp. 42 y 43.

⁷⁶ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 25.

⁷⁷ GOLBERT y NUN (1982) p. 43.

V. CONCEPTO DE ESTADO SOBERANO ABSOLUTO Y EXALTACIÓN DEL NACIONALISMO

El concepto moderno del Estado - Nación sólo surgió en Europa después de la Reforma⁷⁸. Este movimiento rechazó a la Iglesia Católica como la autoridad moral universal, y estableció el Estado como la "*autoridad y realidad espiritual y moral, como también política suprema*".⁷⁹ La denegación de una autoridad moral central en la cristiandad dio paso a la afirmación de las esferas locales y nacionales. Esta divergencia desde el historial espiritual europeo surgió en paralelo con la afirmación de que la autoridad temporal pertenece al Estado - Nación moderno. Eventualmente, esta visión altamente politizada de la soberanía nacional se fundió con la visión estatista de la sociedad proclamada por ROUSSEAU. Esta interpretación rousseauiana estatista de la sociedad propone que no existe ningún poder de contrapeso frente al soberano. Dicho de otro modo, la negación de una autoridad moral universal implica la afirmación de autoridades parciales, cada una de las cuales posee su propia fuente de legitimidad y fortaleza.⁸⁰

Esta perspectiva ha generado numerosas víctimas alrededor del mundo únicamente durante el siglo XX. Muchas, si no todas, las devastadoras guerras acaecidas en Europa durante los últimos 200 años tuvieron un trasfondo nacionalista en su raíz. Desde el comienzo, el Estado - Nación moderno no reconoció ningún límite o restricción exterior para sus actividades, más allá de si éstas se originaron en el derecho internacional o en el derecho consuetudinario o en principios legales internacionales. Ninguna decisión, compromiso o influencia externa puede ser ejercida de manera legítima sobre la nación sin su consentimiento.

Al afirmar su soberanía absoluta, los Estados han justificado violaciones masivas a los derechos humanos e incluso genocidios. De hecho, los gobiernos frecuentemente han sostenido su derecho *soberano* a determinar qué sucede dentro de sus fronteras y han denegado el derecho de cualquier otro Estado u organización internacional a influir en su conducta. El concepto extremo de soberanía nacional nacido al tiempo de la RF dio paso, eventualmente, a nacionalismos extremos en Europa. El Estado emergió como la única fuente del derecho, sin reconocer ninguna restricción basada ya sea en el derecho natural o en el derecho internacional.

⁷⁸ Cfr. BELLOC (1931) p. 65, BELLOC (1937) p. 109.

⁷⁹ NEUHAUS (1984) p. 85, citando a John C. MURRAY, "The Church and Totalitarian Democracy", *Theological Studies* (1952 n° 531) p. 14.

⁸⁰ Cfr. COLLINSON (2003) p. 210.

Las naciones latinoamericanas siguieron este paso y también durante los últimos dos centenios han librado guerras entre ellas basadas, en gran medida, en el concepto revolucionario francés de la soberanía absoluta del Estado.

VI. DOCTRINA DE UNA FUERTE SEPARACIÓN DE PODERES

Una de las principales protestas de los revolucionarios franceses en contra del *ancien régime* fue la consolidación de todos los poderes del gobierno en la persona del soberano (el rey). Por tanto, la RF abogó desde el comienzo por una separación total de los poderes gubernamentales, pero los tres poderes no emergieron con la misma fortaleza. De hecho, la RF nunca abogó por lo que se conoce en el experimento constitucional estadounidense como un sistema de *contrapesos y balances*. Esta es una idea estadounidense. Nada parecido a *Marbury v. Madison* existió en la Francia revolucionaria.

Como se conoce bien, las guerras de independencia latinoamericanas dieron paso a sistemas legales y políticos basados en un poder ejecutivo absoluto y personalista. Como los nuevos regímenes buscaron consolidar su poder, ellos encontraron en las ideas revolucionarias francesas el substrato filosófico y legal para sus objetivos. Los latinoamericanos necesitaban de un sistema constitucional de contrapesos y balances que la RF no había proveído. A su turno, los gobernantes invocaron el principio de la fuerte separación de los poderes y rechazaron toda usurpación de parte de las otras dos ramas de gobierno.

Los hombres fuertes de gobierno han reprimido la oposición a través de decretos *legislativos* dictados unilateralmente imponiendo restricciones a las libertades individuales, dirigidos en contra de opositores políticos. Igualmente, gobernantes opresivos han escudado sus regulaciones frente a la influencia e interferencia de las ramas legislativa y judicial. La pretensión de legitimidad ha sido fundamentada en la doctrina de la fuerte separación de los poderes del Estado, promovida por la falta del sistema de contrapesos y balances.

La tragedia griega que representa la doctrina de la separación absoluta de poderes que fue aplicada en LA desde su independencia del poder colonial puede ser ilustrada de la mejor manera en las particularidades relacionadas con la generación, implementación y ejecución de la legislación. Han existido enormes disputas entre las ramas del gobierno. Estas luchas intestinas por el poder en LA han tomado la forma de dictaduras parlamentarias, e

igualmente con el caso de cortes supremas que han removido de la cabeza al poder ejecutivo.⁸¹

En suma, el principio de la fuerte separación de poderes no ha permitido una cooperación activa entre las divisiones iguales del gobierno. Las nuevas naciones de LA vieron a sus ramas de gobierno en luchas constantes para ganar la supremacía una por sobre la otra. Esta es una situación que perdura hasta el día de hoy. De manera interesante, el concepto francés del *coup d'état*, que nació precisamente durante los primeros años de la RF, no posee una traducción a otros idiomas y ha sido preservado en el idioma francés.

VIII. SUPREMACÍA Y MONOPOLIO ESTATAL ABSOLUTOS EN LO CONCERNIENE A LA LEGISLACIÓN

La doctrina revolucionaria (*id est*, un set de principios, ideología, y valores) manteniendo una muralla total de separación entre las ramas del gobierno, vino a fundirse con la novedosa noción que justifica la legitimidad de la acción estatal fundada en el derecho natural secular. Tanto el principio de la separación absoluta de poderes como el principio de supremacía legislativa generaron la teoría de que lo que es legal, al ser una emanación del soberano, es legítimo y justo. Como el derecho emana de la legislatura, que es el órgano predominante del gobierno, cada acción del soberano, esto es, de la rama legislativa, está revestida de un manto de legitimidad. Como indica un connotado comparatista, "*un principio cardenal de Francia fue que todo el poder para legislar iba a recaer en una asamblea legislativa*".⁸² Se llegó a aceptar la presunción de que la ley es justa, equitativa y legítima.⁸³ Todos los poderes de gobierno están concebidos para respaldar dicha noción con la fuerza de la razón y, si fuera necesario, de la espada. Los habitantes del Estado, según proclamó la RF, se transformaron en ciudadanos *qua* miembros del Estado, esto es, su identidad y membresía en la comunidad quedó determinada por, y vino a depender de, su participación en el Estado.⁸⁴

⁸¹ Para un análisis de la constitucionalidad de la remoción del Presidente de Honduras por la Corte Suprema de Justicia y el Congreso de ese país en el año 2009, ver Honduras: Constitutional Issues and Theories, Law Library of Congreso. Disponible en <<http://www.loc.gov/law/help/honduras/index.php>>, fecha consulta: marzo 2011.

⁸² MERRYMAN *et al.* (1994) p. 193.

⁸³ *Cfr.* MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) p. 21.

⁸⁴ *Cfr.* NEUHAUS (1984) p. 128.

Estas ideas se propagaron rápidamente alrededor de Europa a principios del siglo XIX⁸⁵ dando fuerza a la “fuerte influencia del Estado europeo absoluto y no al modelo parlamentario británico”.⁸⁶ Desde Europa estas teorías se esparcieron hacia LA, en donde la teoría de la separación de poderes nunca llegó a ser una realidad.

La doctrina del poder absoluto del Estado fundado en el concepto de soberanía no reconoce ningún límite en cuanto a las áreas y la extensión en las cuales el gobierno puede legislar. Al dar la mayoría política su fundamento a la legislatura, la rama legislativa adquiere el poder de regular la vida de los ciudadanos en sus dormitorios, cocinas, salones, cuentas bancarias y para regular todas las organizaciones intermedias de la sociedad, sean sociales, religiosas u otras, con ninguna restricción.

Nada en la sociedad escapa el alcance del Estado, y toda la comunidad llega a estar sujeta a su poder supremo bajo esta doctrina. El gobierno igualmente goza del monopolio total sobre la vida comunitaria.

La doctrina tradicional de la supremacía legislativa ha sido erosionada y de alguna manera incluso repudiada en su cuna, Francia, durante los últimos 50 años después de la SGM. Un académico identifica dos de los elementos principales en este fenómeno, particularmente con posterioridad a la Const. de 1958.⁸⁷ El primero es el caso del poder legislativo autónomo del poder ejecutivo en virtud del art. 27 de dicha Const., conforme al cual materias que no están reservadas al dominio legislativo poseen un carácter ejecutivo. Y en segundo lugar, un ejemplo del lento abandono de la ortodoxia constitucional revolucionaria es la delegación de poder para legislar en el poder ejecutivo para aprobar reglamentos legislativos, la denominada *potestad reglamentaria*.⁸⁸ Sin embargo, los académicos constitucionalistas franceses que representan la corriente principal piensan que el estricto principio de la separación de poderes no ha sido derogado por estos desarrollos recientes. A pesar del hecho de que la evolución no ha alterado el patrón tradicional de la supremacía estatal, ellos argumentan que en realidad la primacía de la rama ejecutiva ha sido ampliamente reafirmada con estas innovaciones. Cualquiera sea el caso, el diseño original de los revolucionarios es aún un *malum consilium quod mutari non potest* (Un mal plan que no puede ser cambiado). Y desde el tiempo de su independencia, las naciones latinoamericanas han seguido el

⁸⁵ Cfr. PERIÑÁN – GÓMEZ (2002) p. 107.

⁸⁶ JORDAN (1991) p. 34.

⁸⁷ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) p. 3.

⁸⁸ MERRYMAN *et al.* (1994) p. 194.

mismo curso en el sentido que la legislación se ha transformado en "*el trabajo del Ministerio de Justicia y de otros departamentos*".⁸⁹

Como el poder genera poder, y el soberano no toma bien la crítica, la verdad se transforma siempre en la primera víctima del poder absoluto. Si la verdad en la sociedad es aún un valor, entonces la prensa tiene un rol que cumplir en la *polis*. Por lo mismo, el soberano ha impuesto restricciones a la libertad de la prensa y otras libertades relacionadas en nombre de la legitimidad democrática.

En resumen, la historia, al menos en LA, ha demostrado que existe una línea directa entre la doctrina revolucionaria francesa de la separación absoluta de los poderes del Estado y las amplias limitaciones a las libertades individuales de la supremacía y soberanía del Estado.

VIII. FALTA DE PODERES CONSTITUCIONALES DE EMERGENCIA

La independencia de los países de LA fue muy violenta debido al hecho, en parte, de que los españoles eran muy fuertes militarmente. A diferencia de los inexpertos ejércitos revolucionarios criollos, los españoles habían conocido victoria tras victoria luego de haber derrotado a los turcos en Lepanto y ganado control sobre el Mediterráneo en la Edad Media.⁹⁰ Ellos eran guerreros muy fuertes y experimentados. Las guerras de independencia en LA fueron combatidas en enormes fortalezas y fortificaciones, y mucha sangre fue derramada durante esos años.

Luego que los españoles fueron expulsados de LA, algunas facciones permanecieron entre los independentistas. Por un lado, aquellos nutridos en la RF despreciaron todo lo que era romano⁹¹ o católico.⁹² Para ellos, el nuevo mundo debía emerger con ninguna referencia al pasado. Ellos pretendieron crear un nuevo orden y, en tal sentido, todo lo que era romano, o basado en la herencia romana, debía ser desechado.⁹³ La otra facción estaba formada por aquellos que rechazaron el dominio político del Continente, pero deseaban preservar las antiguas instituciones culturales e inspiradas por la religión bajo las cuales habían vivido y prosperado durante generaciones.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ KONSTAM (2005) p. 38, describe el papel militar central del Imperio Español en la Santa Alianza.

⁹¹ *Cfr.* HERMAN (1981) p. 672.

⁹² Ver GEFFRÉ y JOSSUA (1989), STANLIS *et al.* (2003) p. 175.

⁹³ *Cfr.* PERIÑÁN – GÓMEZ (2002) p. 111.

Luego de su independencia, las facciones triunfadoras en las excolonias españolas rechazaron la influencia de España, el extinto Imperio colonialista. Al hacerlo, tuvieron que recurrir a alguna clase de otro modelo para configurar sus nacientes sistemas constitucionales y legales. Ellos miraron a los Estados Unidos, pero dicho modelo era demasiado nuevo, aún no probado, y todavía intranquilo pues estaba inmerso en una lucha entre los federalistas y los republicanos. Las ideas francesas provinieron de Europa junto con muchos de los libertadores latinoamericanos, quienes poseían fuertes conexiones con el continente. BOLÍVAR y la mayoría de los líderes de la Independencia, por ejemplo, fueron educados en Europa, principalmente en Francia. BOLÍVAR mismo asistió a la coronación de NAPOLEÓN, y poseía la mayor biblioteca napoleónica fuera de Francia. El libertador chileno, Bernardo O'HIGGINS, incluso intentó copiar literalmente el CC francés de 1804 en Chile. BOLÍVAR, cuyo tutor fue BELLO -autor del CC más influyente en LA-, admiró profundamente el Código de Napoleón.⁹⁴

En suma, la RF tuvo un gran impacto en la formación de los sistemas legales no sólo a la fecha del movimiento de independencia de LA, sino que también esta influencia aún se hace sentir a través de la región. Después de todo, fue Francia la que ha proveído a LA con el modelo para el derecho privado, en la forma del CC, el cual Napoleón dijo que duraría para siempre.⁹⁵

Tal como lo habían hecho con el CC, los latinoamericanos tomaron prestado el modelo constitucional revolucionario francés. En consecuencia, cuando las nuevas naciones de LA obtuvieron su independencia, miraron a Francia como modelo en el ámbito del derecho privado, pero también buscaron imitar su paradigma constitucional.

Sin embargo, al formular pautas relativas a los poderes de emergencia constitucional, encontraron que Francia no había proveído de ningún modelo. En efecto, esta omisión fue deliberada. La RF denegó a las ramas de gobierno poderes de emergencia o discrecionales en su totalidad. MONTESQUIEU había rechazado expresamente que se podía otorgar poderes discrecionales a las ramas de gobierno, por cuanto ello habría involucrado la destrucción, o al menos, la sujeción a enormes amenazas, a la doctrina de la estricta separación de poderes.⁹⁶

⁹⁴ Cfr. MIROW (2005) p. 179, MURILLO (2000) p. 9, MIROW (2005) p. 183.

⁹⁵ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 133.

⁹⁶ Ver MAINWARING y SHUGART (1997).

El vacío dejado por el modelo revolucionario francés fue claramente en contra de la tradición legal occidental, en la cual el derecho romano presentó un modelo relativo a las emergencias constitucionales. La importancia de hacer una referencia al modelo romano reside en que fue el único procedimiento para hacer frente a emergencias constitucionales en Occidente hasta el período de la RF. En efecto, los romanos tenían el modelo de la *dictadura constitucional*. Conforme a este sistema constitucional, en casos de emergencia era nombrado un dictador. El procedimiento de designación involucraba complejas etapas comenzando con la declaración de un período de emergencia por el Senado, y la designación de dos cónsules. Los cónsules, a su turno, designaban al dictador, que no podía ser un senador o un cónsul. El dictador usualmente sería un magistrado, alejado del proceso político, que podía suspender garantías constitucionales como parte de sus poderes de emergencia sólo por un lapso de seis meses. Él no podía adoptar medidas permanentes o declarar la prisión de ningún otro de los miembros de los demás poderes del Estado. Una vez que el período de emergencia concluía, el orden constitucional era restablecido a la normalidad.⁹⁷

Por lo tanto, la teoría constitucional revolucionaria francesa pasó a LA sin un modelo para el ejercicio de poderes de emergencia. En otras palabras, el modelo francés rechazó tales poderes, y se pensó que tal vacío encarnaba un principio constitucional clave de dicho modelo.

Esto explica que cuando ocurrieron sobresaltos políticos tempranamente durante el movimiento de independencia no existía ningún modelo para seguir. Los gobernantes se apropiaron del poder de las ramas legislativa y judicial, y éstas, a su turno, consintieron a las pretensiones del poder ejecutivo para declarar y mantener extensos períodos de emergencias constitucionales. La legislatura no presentó virtualmente ninguna oposición a tales medidas. La judicatura, a su vez, declaró que los poderes de emergencia constitucional eran una cuestión política no sujeta a revisión judicial y, por lo tanto, el decidir de otra manera habría significado una seria violación del principio de fuerte separación de poderes.

Así las cosas, las consecuencias lógicas de la asunción de ideas constitucionales revolucionarias francesas en LA ha permitido la actitud injustificada del ejecutivo, la subyugación sistemática de los poderes legislativo y judicial al presidente, y abusos masivos de derechos humanos durante períodos de emergencias constitucionales. De hecho, LA ha sido gobernada mediante

⁹⁷ Cfr. McCARTHY (2005) p. 8.

decretos de emergencia y otros tipos de legislación transitoria y de emergencia durante largos períodos en el transcurso de casi 200 años.⁹⁸

Sólo 179 años después de la RF, Francia creó un sistema de emergencias constitucionales con la Const. de 1958.⁹⁹ Este es sólo otro aspecto de la así llamada *Desviación Francesa*¹⁰⁰, esto es, un desvío desde los principios de la RF, que no cambian nada en la ideología revolucionaria original relativa a la falta de poderes constitucionales de emergencia.

IX. EL ROL DISMINUIDO DE LA JUDICATURA

MONTESQUIEU, que es el verdadero autor de la miseria que iba a caer sobre la judicatura francesa y toda su progenie con posterioridad a 1789, describió el rol del poder judicial en el nuevo modelo en los siguientes términos: “*En las repúblicas, la verdadera naturaleza de la Const. requiere que los jueces sigan la letra de la ley; de otra manera la ley podría ser explicada en perjuicio de cada ciudadano, en casos en los cuales su honor, propiedad, o vida están involucrados*”.¹⁰¹

Se pensó que la judicatura era servil a la monarquía a la época de la RF. Como no era posible para la RF eliminar esta *multitud de tiranos* de una vez, el CC de 1804, que fue un resultado mismo de la RF, incluyó normas particularmente rigurosas al delimitar el papel de los jueces.¹⁰² A saber, el art. 5 estableció la prohibición a los jueces de decretar disposiciones generales en los casos que adjudican. La herramienta técnica de la referencia legislativa (*référé législatif*)¹⁰³ fue concebida para aquellos casos repetidamente decididos por los tribunales en los que no existía una solución legislativa.¹⁰⁴ Ni siquiera en aquellos casos se reconoció valor de precedente a las decisiones judiciales. En la ideología de MONTESQUIEU, los jueces iban a transformarse en *el portavoz de la ley*.¹⁰⁵ El papel extremadamente mecánico asignado a los

⁹⁸ *Ídem.*, p. 352.

⁹⁹ GUILLENCHMIDT (2005) pp. 334 a 338.

¹⁰⁰ MERRYMAN (1996) p. 111.

¹⁰¹ MONTESQUIEU (1748) p. 75.

¹⁰² *Cfr.* MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) p. 133.

¹⁰³ Ver Const. de 1791, Tít. III, Cap. 5 § 2. *Cfr.* BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 427.

¹⁰⁴ *Cfr.* VAN CAENEGEM (1992) p. 131.

¹⁰⁵ De acuerdo a VAN CAENEGEM (1992) p. 123 n.16, MONTESQUIEU (1748) llamó a los jueces: “*seres inanimados que no pueden moderar ya sea su fuerza o su rigor*”.

jueces fue instrumental para la generación de una adjudicación judicial débil y, en muchos casos, corrupta.

La historia y realidad de LA demuestran que los jueces han sido tradicionalmente *extremadamente deferentes* a las otras dos ramas del gobierno y, por lo mismo, sujetos a manipulación judicial.¹⁰⁶ Luego de la RF la judicatura emergió como una rama lisiada del gobierno, y este legado pasó a LA, en donde la judicatura ha sido acertadamente llamada la *Cenicienta del sistema público*.¹⁰⁷

Otra consecuencia de la demolición de la judicatura a manos de la RF ha sido que el papel de interpretar la ley fue transferido desde los jueces hacia los expertos legales. Estos últimos adquirieron una influencia sin precedentes en los procesos de adjudicación judicial en la región. Así, los escritos de los expertos llegaron a "*indirectamente controlar, en gran parte, el entendimiento que los jueces tienen de la jurisprudencia*".¹⁰⁸ La lógica detrás de este esquema es que como no se permite a los jueces el crear derecho o apoyarse en sus propias decisiones o en las decisiones de tribunales superiores, los tratados jurídicos llenan los vacíos a través de la colección y el análisis de los casos más importantes, en los cuales a su vez confían los jueces.¹⁰⁹ Esta influencia es predominantemente importante "*cuando el derecho no está establecido, o cuando no existe derecho establecido en una materia determinada*".¹¹⁰

Nuevamente, actores ajenos y sin responsabilidad han agregado una nueva capa de ilegitimidad a un proceso de adjudicación ya incapacitado, y todo esto gracias a la RF de 1789.

X. SISTEMA DE REVISIÓN JUDICIAL DÉBIL Y ENGORROSO

El control legal de las actividades de otras ramas de gobierno por la judicatura difícilmente fue una preocupación de los revolucionarios. Una judicatura ya disminuida¹¹¹ tuvo que enfrentar la realidad prontamente luego que los códigos revolucionarios fueron dictados. La realidad muestra que tanto el poder ejecutivo como el legislativo frecuentemente violan la Const. o la ley o quebrantan los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, fue necesario

¹⁰⁶ TAYLOR (2006) p. 279.

¹⁰⁷ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 20.

¹⁰⁸ MERRYMAN *et al.* (1994) p. 209.

¹⁰⁹ *Ídem.*, p. 710.

¹¹⁰ *Ídem.*, p. 209.

¹¹¹ DOMINGO (2000) p. 718, analiza la falta de independencia de la judicatura mexicana.

crear un control sobre las otras ramas de gobierno a fin de contrarrestar su influencia indebida sobre los jueces, como también para asegurar la interpretación y aplicación correctas del derecho según este es emitido por la legislatura. Las alternativas fueron otorgar poderes adicionales a los tribunales existentes o crear nuevos tribunales.

Nuevamente, en concordancia con la *Desviación Francesa*, la *Cour de Cassation*, creada por la Const. de 1791, ha recibido más y más poderes. La *Cour* fue concebida como dependiente y subordinada a la rama legislativa, para así mantener la apariencia de fidelidad al manifiesto revolucionario, para evitar la creatividad judicial, y los descarrilamientos desde el derecho escrito, y para asegurar la correcta aplicación de la ley. De este modo, este organismo “sólo hace alusiones a los hechos” de un caso. Los procedimientos de casación llegaron eventualmente a LA durante el siglo XX.¹¹²

En consonancia con el espíritu revolucionario de mantener a una judicatura encadenada, y a fin de aplacar todo ánimo potencialmente activista en la *Cour*, la Const. de 1791 también creó la institución del *référé législatif*. Este mecanismo fue establecido para casos en que la actividad judicial llevaría a una interpretación del derecho escrito.¹¹³

Además de la *Cour de Cassation* se creó un nuevo tribunal llamado *Consejo Constitucional* en 1958. Este organismo fue diseñado para efectuar el control de la constitucionalidad de la actividad legislativa. Supuestamente, y para mantener consistencia con los ideales proclamados por la RF, la revisión constitucional fue llamada entonces *política* en lugar de *judicial*.¹¹⁴

La legalidad de la acción administrativa, por su parte, fue confiada al *Consejo de Estado*, como un organismo no judicial.¹¹⁵ La Ley de la Asamblea Constitutiva del 16–24 agosto 1790, que reorganizó el sistema judicial, proveyó en el art. 13 que, “[l]a función judicial es distinta y estará siempre separada de la función administrativa. Los jueces no... interferirán de ninguna manera en las acciones de las agencias administrativas o ejercerán su jurisdicción sobre los administradores”.¹¹⁶

¹¹² Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 345, OQUENDO (2006) p. 272.

¹¹³ Cfr. MERRYMAN et al. (1994) pp. 706 y 709, ROSENN (1974) pp. 785-819, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 345.

¹¹⁴ MERRYMAN et al. (1994) p. 758.

¹¹⁵ Ídem., pp. 706 y 729.

¹¹⁶ Ídem., p. 705.

Bajo la influencia de la RF, la Francia del siglo XX también creó otro tribunal, el *Tribunal de Conflictos*, para resolver conflictos de jurisdicción entre los tribunales ordinarios y el *Consejo de Estado*. Adicionalmente, durante la mitad del siglo XX, Francia creó cuerpos judiciales especiales en un intento de garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces designados.¹¹⁷

Como podía esperarse, estas tendencias creacionistas fueron imitadas en las naciones de LA a comienzos de la segunda mitad del siglo XX. Estas naciones crearon sistemas mixtos de revisión constitucional, a manos de las cortes supremas o mediante tribunales constitucionales especialmente creados. Los tribunales de LA, a su vez, siguieron esta tendencia y comenzaron a liberarse de la camisa de fuerza doctrinaria impuesta por las ideas revolucionarias francesas. Las principales innovaciones procedimentales judicialmente creadas incluyen el diseño de recursos constitucionales para contrarrestar los abusos originados por el absolutismo ejecutivo. Estas novedades, sin embargo, han encontrado contrarreacciones fuertes y decisivas de parte de las otras dos ramas de gobierno, que en algunas ocasiones han creado inestabilidad constitucional y caos.¹¹⁸

Los peligros de la autoafirmación y supremacía aún permanecen ocultos en las relaciones entre las ramas de gobierno en LA. Esta situación ha sido causada, en gran medida, por el legado constitucional de la RF, y sus desbalanceados principios constitucionales.

XI. PROCESO LEGISLATIVO CONCEBIDO COMO UN ESFUERZO RACIONAL Y CIENTÍFICO SEPARADO DE CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

Dentro del contexto de la Ilustración, los revolucionarios franceses previeron un proceso legislativo modelado como una labor racional y científica desconectada de la realidad. Al centro del nuevo movimiento estaba la creencia de que unos pocos *illuminati* pueden producir legislación basada puramente en la razón que duraría por muchos años con ni siquiera alguna enmienda. BELLO, el gran codificador latinoamericano, repitió esta idea en el diseño del CC chileno de 1855¹¹⁹, que es "*quizás el código más influyente en el desarrollo del derecho privado latinoamericano*".¹²⁰ Es patente al observar los principios del CC que sus redactores pensaron que la solución para cada

¹¹⁷ Cfr. HALEY (2006) p. 81, MERRYMAN *et al.* (1994) p. 705.

¹¹⁸ Cfr. MERRYMAN *et al.* (1994) p. 810, SOIBELMAN (2005) p. 9, OQUENDO (2006) p. 290. PÉREZ - PERDOMO y MERRYMAN (2007) p. 25.

¹¹⁹ JAKSIC (2001) p. 154.

¹²⁰ MIROW (2005) p. 183.

problema legal podría ser derivada con casi una certeza matemática a través de un proceso de deducción lógica.¹²¹

Mientras que es verdad que NAPOLEÓN promulgó el CC y no los revolucionarios, el CC, ese instrumento *magnum* de uniformidad y dominación legal, sirvió como una herramienta formidable para la consolidación de victorias políticas a la luz de la ideología revolucionaria totalizante previa. Aquí yace la conexión íntima entre el CC y la RF.

El autoritarismo interior del CC se refleja también en su meta declarada de exhaustividad. NAPOLEÓN mismo aborreció la posibilidad de aceptar que su Código fuera objeto de comentarios de expertos.¹²² La pretensión de universalidad inherente en la idea del CC se estrelló desde su inicio. De hecho, la primera ley promulgada conjuntamente con el CC se titula, *Ley sobre la Reunión de las Leyes Civiles en un Cuerpo Legal, Bajo el Título "Code Civil des Français"*. La inconsistencia en la aspiración legislativa del Código es evidente. Si el CC iba a abarcar todas las situaciones posibles en que el derecho positivo fuera necesario, qué consistencia existe si la misma ley antes mencionada listó 36 leyes que fueron *entendidas* como parte del CC. La técnica legislativa fue defectuosa o el principio sobre el cual estuvo fundada fue inalcanzable. Todos los elementos de juicio y la historia subsecuente conllevan a concluir lo último. En verdad, el CC de 1804 ha atravesado innumerables correcciones, adiciones y enmiendas durante los siglos. El enorme desorden legislativo presente en LA es una consecuencia directa de la adopción del CC y sus pretensiones de totalidad.

Otro ideal de los revolucionarios fue crear legislación escrita e implementada en una manera que fuera accesible al hombre común. La Iluminación fue el primer fruto de filósofos y abogados que pensaron altamente de sí mismos, y que tomaron cada paso para diferenciarse de los hombres comunes. Al final resultó que, debido a la amplia derivación del CC desde el derecho romano¹²³, la pretensión de simplicidad, accesibilidad, y facilidad de lectura, comprensión e implementación quedó en gran medida sin cumplirse, debido principalmente a la RF.

¹²¹ Cfr. JAKSIC (2001) p. 154.

¹²² BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 410 n.7, citan las palabras de Napoleón cuando supo sobre la publicación de un análisis legal del Código por Maleville en 1805: "[U]n comentario, y mi Código está perdido".

¹²³ Cfr. JAKSIC (2001) p. 156, LOBINGIER (1918) p. 114.

XII. LA CODIFICACIÓN COMO UN INSTRUMENTO PARA AMPLIO CONTROL GUBERNAMENTAL DE LA SOCIEDAD

La idea de codificación es un antiguo concepto cuyo origen data, por lo menos, a la fecha de promulgación del Código de Justiniano en 534 A.D.¹²⁴ Existieron experimentos de codificación en Europa antes de la RF, pero sólo el CC francés logró el estrellato deseado por otros esfuerzos. Luego de su aprobación, el CC gatilló un movimiento de codificación casi universal. El CC vino a recoger las principales normas legales aplicables a un área determinada de la vida, y de esta manera a proveer de certeza y estabilidad legal¹²⁵, y facilidad de consulta a través de la coherencia legislativa. El CC se transformó en *lege ferenda*, el nuevo derecho que gobernaría la *polis* desde ese tiempo para la posteridad, de una manera centralizada.¹²⁶

El hecho de que el CC fue diseñado para ser un medio para expandir ampliamente el control gubernamental de la sociedad es difícilmente disputado.¹²⁷ El CC llegó a ser el primer medio para implementar los principios de la codificación y unificación del derecho, proclamados en el Tít. I de la Const. de 1791. Además, La *Ley sobre la Reunión de las Leyes Civiles en un Cuerpo Legal, Bajo el Título "Code Civil des Français"*, prescribió en su art. 7 que: "*comenzando en el día en que estas leyes entran en efecto, las leyes romanas, ordenanzas, generales o costumbres locales, estatutos [y] reglamentos cesan de tener la fuerza de una ley general o particular en las materias que son sujeto de dichas leyes que componen el presente Código*". Con NAPOLEÓN como portaestandarte, los autores del CC creyeron que estaban siguiendo los pasos de JUSTINIANO, y que el reemplazo de todas las leyes preexistentes antes del Código "*era adecuado para gobernar todas las materias legales de todas las naciones en todas las épocas a fuerza de su contenido racional*".¹²⁸ Así, la pretensión de universalidad, de amplio control gubernamental y de autoritarismo estatal fueron claramente declarados al comienzo mismo de los esfuerzos legales revolucionarios.

El CC de 1804 fue seguido por el Código de Procedimiento Civil de 1806, reemplazado en 1976; el Código de Comercio de 1807; el Código de Procedimiento Penal de 1808, reemplazado en 1958; y el Código Penal de 1810, reemplazado en 1994.

¹²⁴ BERRY (2006) p. 358: "[E]l Código de Justiniano fue promulgado en 534".

¹²⁵ *Ídem.*, pp. 367, 398, 419 a 423.

¹²⁶ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 115, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 359.

¹²⁷ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 125.

¹²⁸ WATKIN (1999) p. 450.

La Const. francesa revolucionaria de 1791 claramente concibió al CC como una herramienta para el control hermético de la sociedad. LA, en conformidad con la meta establecida, siguió a la RF en su debido curso y por doscientos años ha vivido bajo el baldaquín del CC francés de 1804.

XIII. PROMOCIÓN DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y PROCESAL DISFUNCIONALES

La disfuncionalidad de los sistemas de derecho penal sustantivo y procesal ha sido largamente atribuida a su carácter inquisitorio. Se dice que más de 300 años de derecho y procedimientos ibéricos inquisitorios en las colonias de LA pavimentaron el camino para un sistema penal profundamente inhumano.

Extrañamente, sin embargo, los procedimientos coloniales inquisitorios no fueron diferentes *qua processus* de los procedimientos penales instituidos en contra de personas acusadas de crímenes no religiosos. De hecho, los procedimientos inquisitorios representaron un gran avance en la búsqueda humana temporal de una justicia penal humanizante. En efecto, en el sistema romano exclusivamente acusatorio el denunciante o querellante tenía que asumir las penas que conllevaba el delito denunciado en caso que fuera incapaz de probar su acusación. El derecho canónico añadió otras dos clases de procedimiento penal: la denuncia y la inquisición, que tuvieron el significado de actuar como *sustitutos de la acusación*. Los procedimientos penales y civiles tradicionales en Occidente fueron acusatorios¹²⁹, hasta la fecha de la RF. Los procesos consistieron en una “*contienda entre un demandante o querellante y un demandado, con el juez actuando como moderador*”.¹³⁰

El procedimiento inquisitorio representó una verdadera humanización del antiguo procedimiento penal romano desde el sistema de venganza privada. Estos desarrollos incluyeron que el querellante citaba al acusado y explicaba los cargos presentados en su contra; que el acusado disfrutaba del derecho a permanecer callado; que su culpa o inocencia iba a ser determinada en una decisión basada en evidencia legalmente proferida ante el tribunal; y que el acusado poseía un amplio derecho de apelación en contra de decisiones no favorables en cualquier etapa del proceso.¹³¹

¹²⁹ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ- PERDOMO (2007) p. 128, KELLY (2001) pp. 443, 480, 995.

¹³⁰ KELLY (2001) p. 409.

¹³¹ Cfr. KELLY (2001) Cap. “Trial Procedures against Wyclif and Wycliffites in England and at the Council of Constance”, MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) p. 128.

Muchas de las garantías penales procedimentales actuales fueron creadas por el derecho canónico y tomadas expresa y directamente desde fuentes bíblicas.¹³² Por ejemplo, el derecho a permanecer callado al enfrentar un arresto traza su origen al derecho medieval inquisitorio al silencio, específicamente "*deducido de las reglas canónicas del debido proceso*".¹³³ Lo mismo ocurre con el derecho del demandado a recibir una explicación detallada de los cargos presentados en su contra por un juez en un proceso legalmente ordenado. No se puede negar que existieron abusos humanos acaecidos en la forma de salidas flagrantes de los procedimientos inquisitorios, pero incluso en aquellos casos inquisidores prominentes hicieron lo mejor que pudieron para corregir tales abusos.¹³⁴

La RF parece haber mirado a todos los procedimientos disponibles bajo el *ancien régime* (*accusatio* - acusación; *denunciatio* - denuncia; e *inquisitio* - inquisición), y concluyó que el último calzaba medio a medio con el concepto revolucionario de un Estado omnipotente, que no reconocía ninguna otra autoridad o soberano superior que él mismo.

Existe una serie de conexiones, por tanto, entre las ideas revolucionarias francesas y el lamentable estado del derecho penal en LA comenzado desde inicios del siglo XIX. Es necesaria una amplia revisión de las reformas de derecho penal acaecidas después de 1789 para realizar un seguimiento a la influencia monumental de la agenda revolucionaria sobre los sistemas penales de LA.¹³⁵

Una de las prioridades del programa revolucionario fue la reestructuración total del sistema penal.¹³⁶ Este programa comprendió los principales aspectos que se revisan más abajo.

Primero, el derecho penal sustantivo y procesal revolucionario se basó ampliamente en los escritos de BECCARIA, que es hasta la fecha el autor en derecho criminal más influyente en Occidente.¹³⁷ En su obra principal, *De los Delitos y las Penas*, de 1764, señala: "*los jueces en casos penales no tienen derecho a interpretar las leyes penales, por cuanto ellos no son legisladores. Una vez que los códigos de leyes han sido establecidos, éstos deberían*

¹³² KELLY (2001) p. 995.

¹³³ *Ídem.*, p. 992.

¹³⁴ *Ídem.*, pp. 995 y 999.

¹³⁵ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 125, KARST et al. (1975) p. 55.

¹³⁶ BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 331.

¹³⁷ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 125, MERRYMAN et al. (1994) p. 1063.

ser observados en el sentido literal y no queda nada otra cosa al juez que determinar si una conducta se conforma o no al derecho escrito".¹³⁸

Los revolucionarios se pusieron del lado de la visión iluminada de BECCARIA sobre la función judicial y, en consecuencia, institucionalizaron el estatus degradado de los jueces; rol de sirvientes menores de la maquinaria de justicia revolucionaria.¹³⁹ Sin embargo, como no fue posible para la RF deshacerse de los jueces penales de una vez, los mantuvo en el nivel más bajo del gobierno, sujetos a la voluntad de la mayoría según esta sea representada por la legislatura.

Existe abundante información y trabajo académico en LA a través de las generaciones que demuestran que el engrillamiento de los jueces en LA ha cooperado extensamente a la ruina de los procedimientos penales en la región, y a la perpetuación del lamentable estado de las cosas.¹⁴⁰ En contraste con el ideal revolucionario, un razonamiento legal y código mínimos son suficientes para entender que los jueces en realidad interpretan las leyes penales.

Segundo, la RF eliminó la presunción de inocencia. La meta general inicial de liberar a la sociedad de los grilletes de la religión¹⁴¹, incluyó un desprecio activo hacia todas las cosas que emanaban del concepto judeocristiano de justicia y culpabilidad.¹⁴² En particular, la Ilustración rechazó aquellos conceptos de justicia y culpabilidad desarrollados en el derecho canónico. El rechazo del derecho religioso por la RF incluyó la presunción de inocencia, que fue una noción ampliamente presente en, y en gran medida familiar, al *ius commune* de Europa anterior a la RF.¹⁴³

Tercero, la imposición de severas leyes penales para disuadir el delito calzó perfectamente con el apego de ROBESPIERRE a la *justicia de la guillotina* y con la exhortación de BECCARIA para aplicar severas penas a los delincuentes. Los revolucionarios aristócratas buscaron protegerse a sí mismos de los indeseables, y se pensó que el castigo penal severo era conducente a tal efecto.

¹³⁸ BECCARIA (1764) p. 12, MERRYMAN *et al.* (1994) p. 1061.

¹³⁹ FARER (1995) p. 1315, describe a los jueces como "*sólo una cierta clase de burócrata*".

¹⁴⁰ KARST *et al.* (1975) p. 91, describe al juez latinoamericano como "*un tipo de funcionario experto*".

¹⁴¹ *Cfr.* NEUHAUS (1984) p. 86.

¹⁴² Ver el *Libro de la Sabiduría (Sirach)*, 11, 7: "[A]ntes de investigar no culpes. Examina primero y luego critica".

¹⁴³ *Cfr.* KELLY (2001) p. 445.

Como una materia de política criminal, la RF estaba más preocupada de la preservación del orden público que de la rehabilitación de los delincuentes.¹⁴⁴ El hacinamiento de las cárceles de LA es testigo de los severos castigos impuestos sobre el delito causado por la pobreza.

Cuarto, la RF eliminó la obligación del demandado o acusado de testificar bajo juramento a nombre de su propia persona. Esto es ciertamente una materia muy controvertible en donde la religión y el derecho, en sus expresiones más básicas, chocan o colaboran. Dicho de otro modo, el origen mismo del concepto de juramento es religioso, y se traza en los *Diez Mandamientos*. Los sistemas legales en Occidente construyeron la noción procedimental de juramento basado en la sacralidad del concepto judeocristiano. Un juramento es la invocación de lo sagrado para respaldar, o citar como testigo, el propio testimonio de una persona. Y así puede ser únicamente entendido en el campo de lo espiritual. El mandamiento de no invocar el nombre del Señor en vano conlleva la consecuencia implícita de castigo en la vida próxima para el caso de perjurio.¹⁴⁵ Como casi todos los europeos eran creyentes cuando se formaron los sistemas legales de Occidente, ya sea en el derecho romano cristianizado, o en el subsiguiente *ius commune*¹⁴⁶, fue un paso natural para aquellos sistemas legales el incorporar un juramento obligatorio en sus procedimientos civiles y penales. Si el deponente estaba dispuesto a tomar un juramento en la Iglesia, entonces él estaba aún más dispuesto a tomar tal juramento en procedimientos seculares, en donde los castigos disponibles afectaban el cuerpo y no el alma.

Según se indicó, la RF, fiel a su espíritu secular, eliminó la sacralidad del juramento.¹⁴⁷ Lo que hizo fue *laicizar* el juramento en el sentido de que aún forzó al demandado a testificar, pero sólo se requirió una simple promesa de decir la verdad, y la violación de la misma ya no fue una razón para el procesamiento por perjurio del acusado en el caso.

El derecho común fue incluso un paso más adelante en esta evolución y eliminó la obligación del acusado o demandado de testificar bajo juramento en su totalidad, con el *addendum* de que no está permitido efectuar ninguna

¹⁴⁴ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 397, BECCARIA (1764) p. 40.

¹⁴⁵ Éxodo 20, 7: "No tomarás el nombre del SEÑOR, tu Dios, en vano... porque el SEÑOR no dejará sin castigo a aquél que toma su nombre en vano".

¹⁴⁶ Cfr. JAKSIC (2001) pp. 172 a 176.

¹⁴⁷ Ver Const. de 1791, Título II, § 2 a 5.

inferencia del rechazo a testificar.¹⁴⁸ Esta elección ha privado al juzgador de los hechos de un medio de prueba muy importante para establecer la verdad. Esta garantía “negativa” abre las posibilidades para que el acusado culpable siga en pie sin castigo, y de esta manera pavimenta el camino para la burla del sistema judicial penal. En tal sentido, el sistema de derecho civil de requerir que los acusados testifiquen bajo promesa de decir verdad, frena los riesgos extremos existentes en el derecho común. Tal compulsión está ligeramente más de acuerdo con la razón humana, y la meta ontológica de todos los procedimientos penales, la cual es el establecimiento de la verdad.

Ahora volviendo a la influencia revolucionaria sobre los procedimientos penales de LA, éstos hicieron lo mismo y eliminaron la obligación del acusado o demandado de testificar obligatoriamente bajo juramento. Sin embargo, la aproximación revolucionaria pasó por alto los aspectos racionales esenciales del juramento obligatorio. Si el acusado es inocente, su testimonio ayudará a establecer la verdad.¹⁴⁹ No existe ninguna exposición al perjurio y se sirve a la justicia. Y como la justicia es, supuestamente, la meta última de todo el aparato legal, puede decirse con confianza que *malum quidem nullum esse sine aliquo bono* (Estamos seguros de que no existe ningún mal sin algo bueno). Por otra parte, si el acusado es culpable, y teniendo en cuenta que él ya cometió un delito (la falta subyacente por la cual ha sido acusado), el razonamiento fue que él no tendría ningún obstáculo en cometer otro delito (perjurio) para evitar el castigo secular. Este razonamiento, sin embargo, es insuficiente en el sentido de que cuando el acusado culpable es forzado a testificar bajo juramento y comete perjurio, ese no es el fin de la historia. Su confesión debe ser contrastada con otros medios de prueba para cumplir con el estándar de culpa de ser hallado culpable más allá de toda duda razonable, como lo exige el derecho común ciertamente.

En resumen, el testimonio del acusado en un procedimiento penal no basta, en sí mismo, para efectos de la determinación procesal de la culpa o inocencia. Es necesaria prueba adicional para efectuar tal determinación. El testimonio del acusado es relevante para determinar los hechos de un caso y, consecuentemente, la verdad de los hechos subyacentes, a fin de lograr la justicia, sea esta civil o penal. Nunca se concibió este sistema para servir como, y nunca fue, un medio para provocar un juramento de autoincriminación.¹⁵⁰ La eliminación revolucionaria del juramento forzado en proce-

¹⁴⁸ MERRYMAN *et al.* (2010) pp. 27-50, discuten las diferencias generales entre el derecho común y el derecho civil.

¹⁴⁹ *Cfr.* GRANDE (2009) p. 8.

¹⁵⁰ *Cfr.* KELLY (2001) p. 1005, GRANDE (2009) p. 2.

sos penales no ayudó a apoyar la búsqueda de la justicia en tales procesos. Conforme a estos argumentos, no hay razón para no obtener que el acusado o demandado testifique sin requerirle que tome un juramento.

Lo que los ideólogos revolucionarios buscaron aparentemente fue lenidad, especialmente hacia los acusados en procesos penales, a través de evitar que ellos cometieran perjurio al testificar bajo juramento. La idea implícita fue que el acusado podía testificar en cualquier momento de manera voluntaria. Además, las ideas del derecho penal revolucionarios nunca distinguieron entre el ocultamiento de la verdad de la realización directa de declaraciones falsas. El nuevo concepto de justicia procesal falló en hacer esta distinción, lo que fue instrumental para la formación de los códigos de derecho penal también en LA.¹⁵¹

Todavía persiste el argumento de que al no exigirse que los acusados testifiquen bajo juramento, la lenidad revolucionaria mostró más humanidad hacia la tendencia natural del alma humana a mentir en autodefensa. Incluso para el caso en que, *arguendo*, se diera el beneficio de la duda a estos *ideales* revolucionarios, la *laicización* revolucionaria del juramento obligatorio trae muchos más males. Por lo tanto, debido a que la RF eliminó el juramento obligatorio milenario en los procesos penales de los sistemas legales occidentales, muchas personas culpables han marchado de la justicia sin recibir un castigo, muchos inocentes han sido castigados sin tener culpa, y muchas víctimas han sido privadas de su día en la corte.

Por último, mediante la *Ley Chapelier* de 1791 la RF eliminó el derecho a la autodefensa judicial, esto es, el derecho del acusado a defenderse mediante abogado. La creencia fue que el hombre moderno era autosuficiente y capaz de defenderse a sí mismo sin necesidad de recurrir a la asistencia de una profesión desacreditada: los abogados. De esta manera la RF eliminó una institución romano canónica por excelencia, a saber, el derecho ser representado por un a abogado, que incluso los procedimientos inquisitorios respetaron y promovieron. En suma, la denegación del derecho a un abogado, tan a menudo incluida en las acusaciones académicas que los comentaristas del derecho común esgrimen en contra de los procedimientos penales de LA, es en verdad un legado de la RF a LA, y no una progenie del sistema legal legado por España.¹⁵²

¹⁵¹ Cfr. KARST *et al.* (1975) p. 55.

¹⁵² Cfr. BLANCO *et al.* (2005) p. 253, MERRYMAN *et al.* (1994) p. 1063, KELLY (2001) p. 445.

XIV. PROCEDIMIENTO CIVIL RÍGIDO E INCONSISTENTE

El autoritarismo revolucionario también hizo sentir su influencia en el ámbito del procedimiento civil. Se puso el énfasis en el control gubernamental de las diversas fases del procedimiento: la etapa de la discusión, la compilación y producción de prueba, el peso de la prueba por el juzgador de los hechos y múltiples otras coyunturas procesales.¹⁵³ Se impusieron estándares legales rígidos sobre los jueces para la revisión de la prueba. Se restringió grandemente la discreción judicial; en efecto, los poderes de desacato, los poderes de equidad y otras medidas relacionadas fueron visiblemente dene-gadas a la judicatura.

Usualmente se traza una comparación entre el rol activo de las partes en los procedimientos del derecho común y su rol pasivo en los sistemas de derecho civil.¹⁵⁴ En cuanto existe un grado de verdad en esta observación, la advertencia es que el rol activo del juez en los procedimientos civiles de LA es, en general, de naturaleza subordinada. La latitud otorgada al juez para intervenir en el procedimiento civil ha sido ya predeterminada en la ley. Por lo tanto, el control del procedimiento civil resta en la legislatura y no en los jueces. Si a primera vista aparece que el control judicial del procedimiento civil conduce al establecimiento de la verdad, el control mediato verdadero recae en las manos del legislador.

Ciertos aspectos específicos del legado legal revolucionario a los procedimientos civiles de LA merecen una revisión más detallada.

Primero, la RF rechazó el uso de testimonio jurado obligatorio en procedimientos civiles y penales, conformando en su lugar la institución del juramento decisorio. El juramento decisorio, típico en los procedimientos civiles de LA, consiste en que una parte es citada a una audiencia especial en la que se abre un sobre sellado que contiene una serie de preguntas planteadas en sentido interrogativo o afirmativo preparado por la otra parte, y que la parte citada debe responder bajo juramento. Si la parte citada asiste a la audiencia y admite los hechos presentados en el listado de preguntas preestablecidas, los hechos son tomados como probados de manera conclusiva en contra de dicha parte. Lo mismo ocurre si la parte citada rechaza asistir a la audiencia

¹⁵³ MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 118.

¹⁵⁴ Para una comparación de los sistemas de derecho civil y derecho común, ver DAINOW (1966–1967), DAVID y BRIERLY (1985), DAWSON (1968), DERRETT (1968), MERRYMAN (1985), SHAPIRO (1981), VON MEHREN (1988), y, VON MEHREN y GORDLEY (1977).

con respecto a las preguntas señaladas en sentido afirmativo.¹⁵⁵ Así, el rigor aparejado al rechazo a comparecer para responder a estas preguntas es una consecuencia de la remoción del juramento obligatorio en el procedimiento civil por la RF.

Segundo, la descalificación de ciertas personas de proveer testimonio ha privado a los procedimientos civiles de una herramienta importante en la determinación de los hechos durante las etapas de obtención de la prueba. Estas descalificaciones existieron con anterioridad a 1789, pero la RF no hizo nada para revisarlas.¹⁵⁶

Tercero, la evaluación de la prueba por el juzgador de los hechos está sujeta a reglas legales escritas rígidas. Estas pautas proveen poca latitud para la apreciación de la prueba. El así denominado sistema de *prueba legal* consiste en un conjunto de reglas mecánicas que predeterminan el valor que el juez está obligado a asignar a la evidencia a mano.¹⁵⁷

Cuarto, el derecho sin límite de las partes para deducir apelaciones directas e interlocutorias en todas las etapas del proceso judicial de LA ha causado una parálisis de las actividades de adjudicación judicial. De hecho, como el modelo revolucionario estaba basado en una profunda desconfianza hacia el rol judicial, se concedieron a los litigantes amplios derechos para proseguir instancias ante los tribunales superiores. Así surgieron interminables litigios.

Quinto, la falta de *stare decisis* ha causado gran congestión judicial en los tribunales de LA. Vale considerar, por ejemplo, que miles de casos son iniciados cada año ante el tribunal supremo de Brasil sobre tópicos que ya han sido decididos por dicho tribunal. Estas cifras se pueden contrastar con el número de casos que la Corte Suprema de los EE.UU. acepta revisar en un período determinado vía *certiorari*. Estos enormes retrasos judiciales han generado un gran grado de desconfianza de parte del ciudadano común hacia los procedimientos de adjudicación civil en LA.

Sexto, la falta de control de parte de los litigantes sobre los procedimientos y el autoritarismo resultante de ellos, ha promovido una cultura de secreto en los procedimientos civiles de LA. La eliminación de la sala de justicia

¹⁵⁵ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO (2007) p. 119, GOLBERT y NUN (1982) p. 24.

¹⁵⁶ Ver Código de Procedimiento Civil francés de 1806, art. 283 sobre la descalificación de ciertas personas para servir como testigo.

¹⁵⁷ Cfr. PÉREZ - PERDOMO y MERRYMAN (2007) pp. 118 y 120.

existente con anterioridad a 1789 y su reemplazo por las salas cerradas es donde recae la responsabilidad, en una gran medida, de esta situación.

Séptimo, la falta de poderes de desacato significativos de parte de los jueces para forzar a las partes a cumplir con sus decisiones ha generado una burla del sistema judicial¹⁵⁸, y una prolongada baja autoestima de parte de la judicatura. A diferencia del derecho común, el juez civil de LA carece de poderes de desacato sustantivos que le permitan imponer penas en el acto a quienes intervienen en los procedimientos. La imposición de estas penas está sujeta en LA a un proceso adjudicatorio diferente.¹⁵⁹ De esta forma, la amenaza de prisión o multas directamente no existe. Entonces, la inmediatez que se obtiene por el uso de amplios poderes de desacato en el despacho de casos se pierde largamente debido a la prolongada *capitis diminutio* a la cual los jueces han estado sujetos.

Este artículo simplemente presenta un ejemplo de los defectos patentes y latentes propios de los procedimientos civiles de LA conformados por las ideas de la RF. Si bien es cierto que el nuevo Código de Procedimiento Civil francés de 1986 elimina muchos de los defectos arraigados¹⁶⁰, los pilares del sistema procesal civil revolucionario aún persisten.

XV. UN CÓDIGO CIVIL ESTROPEADO CON INCONSISTENCIAS E INSTRUMENTAL A UNA NOCIÓN DE SOCIEDAD QUE BENEFICIA A POCOS EN DETRIMENTO DE MUCHOS

El CC es, de muchas maneras, el producto de la Ilustración y, al mismo tiempo, el candado impuesto por la RF sobre el pueblo. El CC es igualmente el producto de un movimiento filosófico que puso a la razón al centro de toda institución social. Por el contrario, las ideas liberales del CC no pudieron eliminar completamente los valores tradicionales, la cultura incrustada y la organización de la sociedad que vino a regir. En tal sentido, el CC es una combinación del positivismo y del derecho natural, representado el primero por el derecho romano, y el segundo por el derecho consuetudinario. De hecho, el CC tomó prestado ampliamente instituciones del derecho romano en numerosas áreas, incluyendo el derecho de los contratos, derecho de propiedad, testamentos y ciertos aspectos patrimoniales del derecho de familia.¹⁶¹

¹⁵⁸ MIROW (2004) pp. 235–238, señala que la falta de acatamiento de la ley es un problema significativo en LA.

¹⁵⁹ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO (2007) pp. 122 y 123.

¹⁶⁰ MERRYMAN *et al.* (1994) pp. 1041 y ss.

¹⁶¹ CC francés, art.s 1540 a 1548.

Pero el CC claramente sigue el derecho consuetudinario, especialmente la *Costumbre de París*, en el derecho de familia, el derecho de herencia (con un fuerte énfasis en la unidad de la familia y el poder doméstico del marido y de los padres), la herencia forzosa de los parientes, el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la administración de los testamentos y la prescripción adquisitiva de buena fe.¹⁶²

El supuesto revolucionario fue que si la soberanía reside en el pueblo y que los representantes elegidos ejercen soberanía a través de la legislación, entonces los trabajos de la legislatura son la expresión suprema del soberano. Esta proclamación está en la raíz de la homilía revolucionaria. Entonces, el CC, con sus pretensiones implícitas de ser la *Tabla XI de la Ley Mosaica*, se transformó en una herramienta crucial del poder político para la dominación total de la sociedad. A la inversa, el CC reconoció ese mismo poder político como su supremo señor. Desde el comienzo del movimiento de independencia, los padres fundadores latinoamericanos entendieron que el CC era el instrumento más utilizable e ingenioso para el dominio político de las nacientes naciones. Es más, existieron serios esfuerzos en Chile en 1822 para adoptar el CC francés *in toto*, una iniciativa que finalmente falló.¹⁶³

En este contexto, vale la pena examinar algunas de las inconsistencias sustantivas del CC francés, que luego pasaron a la mayoría de los países latinoamericanos vía el CC chileno.

Primero, bajo el aura montesquiana, el CC estableció que los jueces no eran sino los *voceros* de la ley y, en cuanto tales, estaban absolutamente impedidos de interpretar la ley. En la así llamada *Deviación Francesa*, la *Cour de Cassation* fue creada en 1791 autorizando a sus jueces a anular decisiones judiciales. La función de casación inevitablemente implica el poder de interpretar leyes escritas, y determinar que ciertas decisiones judiciales son contrarias al sentido literal de un determinado material estatutario, como fundamento para anular tales decisiones. El estratagema de la *Cour de Cassation* como un cuerpo no judicial no es sino una maquinación para ocultar que los jueces interpreten las leyes.

¹⁶² ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 89, menciona el art. 2279 del CC francés.

¹⁶³ JAKSIC (2001) p. 156: "[E]l 23 de julio de 1822, el Director Supremo Bernardo O'Higgins hizo un llamado entusiasta para que el Congreso chileno considerara la adopción del CC francés: "[U]stedes saben cuán necesario es reformar nuestras leyes", declaró, "permítanme esperar que ustedes adoptarán los cinco celebrados códigos [los *grands codes*], incluyendo el CC, que son tan merecedores de la sabiduría de los tiempos, y que han expuesto el barbarismo de toda la legislación previa...".

Segundo, el rechazo de los poderes de equidad a los jueces, forzándolos a atenerse complementamente a los actos de la legislatura, está igualmente teñida con contradicciones. Se suponía que los jueces adjudicarían los casos basados en la ley. Pero si la ley no existía, les estaba prohibido crearla. En tal caso, ellos tenían que recurrir a la institución de la referencia legislativa, esto es, remitir el caso a la *Asamblea Nacional* para que ésta dictara una ley que solucionara el caso. Aquí ocurre una inconsistencia insuperable: el artículo 4 del CC¹⁶⁴, que fuerza a los jueces a decidir los casos sometidos a su decisión bajo severas penas incluso si no existe una ley llamada a solucionar tal caso, es incompatible con la entera etiología de la filosofía judicial revolucionaria.¹⁶⁵

Tercero, la meta de exhaustividad del CC colisionó con la realidad insuperable de que *“el más ingenioso de los legisladores no puede prever y determinar todos los problemas posibles que puedan surgir”*.¹⁶⁶ Esto es, los redactores dejaron sin regular importantes áreas del derecho, siendo el principal ejemplo aquél de la responsabilidad extracontractual, que está cubierta por apenas cinco normas del CC.¹⁶⁷ A pesar de sus pretensiones de universalidad, incontables otras áreas fueron dejadas sin regular por el CC, incluyendo sociedades comerciales, cheques y otros instrumentos comerciales, almaces de depósito, hipoteca marítima, un sistema satisfactorio de hipotecas que permitiera la separación de la transacción subyacente de las acciones derivadas¹⁶⁸, un tratamiento adecuado del derecho de los muebles (propiedad personal mueble), una regulación más detallada de entidades legales, seguros, quiebras, responsabilidad por productos, acciones de clase, una regulación minuciosa de la responsabilidad vicaria, la responsabilidad del trabajador o empleado dependiente, y múltiples otros tipos de contratos modernos¹⁶⁹. Igualmente, teorías clave de derecho corporativo que existen en los sistemas de derecho común han sido ampliamente ignoradas por el CC, a saber, la doctrina de la sociedad equitativa, la doctrina de la remoción del velo corporativo, la doctrina que hace responsables a los promotores corporativos

¹⁶⁴ Ver CC francés, art. 4.

¹⁶⁵ ZWEIGERT y PUTTFARKEN (1996) pp. 259 a 274, discuten la *Regla de la Inexcusabilidad* del CC francés.

¹⁶⁶ ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 92.

¹⁶⁷ CC francés, arts. 1382 a 1386.

¹⁶⁸ Para una revisión de leyes recientes relativas a operaciones de securitización y transacciones con garantía en LA, ver FIGUEROA (2007), HILL (1998).

¹⁶⁹ Ver LOBINGIER (1918) p. 116.

por sus acciones, la teoría de responsabilidad *ultra vires*, y la doctrina de la empresa ficticia¹⁷⁰, para nombrar únicamente algunos casos.

Cuarto, la estructura global del CC mendiga rigor lógico y seguridad. Por ejemplo, el derecho de la propiedad matrimonial está regulado en el Libro I (*De las Personas*), cuando debería estar incluido conjuntamente con la institución del matrimonio. Se cataloga a la responsabilidad extracontractual como un *modo de adquirir la propiedad* en lugar de ser tratada como una institución legal en sí misma. Precisamente esta desorganización llevó al jurista francés PLANIOL a señalar que el *Libro III* es un cajón de sastre de materias heterogéneas.¹⁷¹

Quinto, contrastando con la exactitud terminológica del CC alemán, un autor ha identificado la falta de rigurosidad o precisión en el lenguaje de muchas provisiones claves del CC.¹⁷²

Sexto, el desmantelamiento progresivo del CC durante los últimos dos siglos ha creado un generalizado sentido de falta de certeza legal y la falta de respeto por la ley consecuencial en LA.¹⁷³ La combinación de la pretensión del CC de poseer una universalidad perenne con su consiguiente inhabilidad para prevenir los muchos cambios que surgirían en la sociedad, ha dejado el CC en un vacío muy poco comfortable. El prestigio de sabiduría del CC

¹⁷⁰ Ver BAINBRIDGE (2001) p. 479, SUNDER (2002–2003) p. 1399, y OH (2010) p. 81.

¹⁷¹ ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 95.

¹⁷² *Ídem.*, pp. 92 y 93, identifica los siguientes aspectos: (a) Conforme al art. 778 del CC, una herencia puede ser aceptada bien sea mediante un *“acto auténtico o privado”*, o por medio de un *“acto que supone necesariamente su intención de aceptar”*. Aquí, en la misma sentencia la palabra *“acto”* es usada en el sentido de *“escritura”* y en el sentido de *“acción”*. La noción de propiedad está usada en el sentido de *“propiedad de cosas”* (art. 544) y en el sentido de riqueza de todas las clases (Título del Libro III); (b) Art. 1147, una persona debe pagar daños por el incumplimiento de contrato, salvo que demuestre que la *“causa extraña que no lo puede ser inputada”* fue la razón del incumplimiento; (c) Art. 1148 relativo al deber de pagar una compensación en el evento de *“fuerza mayor”* o *“caso fortuito”*, la relación entre estos términos nunca es clarificada; (d) La famosa fórmula: *“en cosa de muebles la posesión vale como título”*. Fueron los tribunales de Francia los que resolvieron las siguientes preguntas: ¿bajo qué condiciones es la posesión un fundamento para una *rei vindicatio*?; ¿Qué quiere decir *posesión*?; ¿Se requiere la buena fe?; ¿En qué momento debe ser establecida?

¹⁷³ MIROW (2005) pp. 186 a 189, reseña los elementos que contribuyen al *“sepultamiento”* del CC en LA.

surgido de su supuesta capacidad para proveer soluciones a los desafíos más imperativos en sociedad, se ha tumbado en vista de su diseño defectuoso.

La lenta y penosa agonía del CC se puede presenciar en cada esquina del mundo en que se ha extendido su influencia durante los últimos dos siglos. Por ejemplo, la *patria potestas* ha sido gradualmente erosionada, la capacidad comercial de la mujer casada ha cambiado profundamente, y su posición frente a la muerte de su marido mejorada¹⁷⁴, y las distinciones entre hijos legítimos y otros ha sido completamente eliminada.¹⁷⁵ Además, uno de los pilares del CC, la libertad contractual, ha sido progresivamente desgastado.¹⁷⁶ Este ha sido el caso, por ejemplo, de los contratos de arrendamiento, venta, transporte, derecho del trabajo, o derecho de seguros, entre otros. El campo de la responsabilidad civil objetiva ha sido igualmente expandido. También, como un reconocimiento expreso del abiertamente impropio amordazamiento de los jueces, muchas reformas recientes les han otorgado ciertos limitados poderes de equidad.¹⁷⁷

El efecto global de estos cambios ha sido que los tribunales han venido a llenar las lagunas dejados por el CC. En Francia únicamente, enteras áreas del derecho han sido sujetas de creacionismo legal. Han existido intentos fallidos para reformar el CC francés desde su primer centenario. En 1945 fue designado un comité para redactar reformas al CC.¹⁷⁸ Sólo limitadas reformas parciales han sido aprobadas, causando que el CC actual no sea más que un mosaico inorgánico de actividad legislativa.¹⁷⁹ Por ejemplo, los escasos cinco artículos originales de 1804 relativos a la responsabilidad extracontractual están casi intactos en la versión actual del CC, como si la vida no hubiera cambiado durante los 200 años que han pasado.¹⁸⁰

¹⁷⁴ *Ídem.*, p. 96.

¹⁷⁵ Por ejemplo, la Const. de El Salvador de 1983, art. 36, establece que los hijos nacidos fuera del matrimonio y los hijos adoptivos poseen los mismos derechos frente a sus padres. Esta norma constitucional ha sido ratificada por decisiones de la Corte Suprema de Justicia de ese país de fechas 27 nov. 1991, 3 dic. 1991, y 27 feb. 1992.

¹⁷⁶ Para un crecimiento exponencial del derecho regulatorio en dos jurisdicciones latinoamericanas particulares (Brasil y Chile) durante años recientes, ver McNALLEN (2005-2006) p. 147.

¹⁷⁷ *Cfr.* EDER (1950) pp. 51 a 54, ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 96, MURILLO (2000) p. 15.

¹⁷⁸ Comenta los esfuerzos reformistas llevados a cabo en Francia durante el siglo XX.

¹⁷⁹ *Cfr.* BELL *et al.* (2008) p. 24, MERRYMAN *et al.* (1994) p. 1021, ZWEIGERT y KÖTZ (1987) pp. 97 a 99.

¹⁸⁰ Arts. 1382 a 1386 del CC actual. Sólo el art. 1384, relacionado con la responsabilidad por el hecho de un tercero, fue reformado en 2002.

En suma, el desmantelamiento subsiguiente del CC en vastas áreas de la vida social que han sido dejadas sin regular por sus redactores, ha causado gran falta de certeza e inseguridad legales¹⁸¹, y desconfianza hacia la ley de parte de los pueblos de LA.

XVI. PROMOCIÓN DEL INDIVIDUO COMO LA MEDIDA DE TODAS LAS COSAS

El hombre ilustrado, esto es, el hombre que tenía derecho a votar, con una alta vida intelectual, conocedor de los negocios y del mundo, es el que resultó el vencedor en la RF. Este carácter altamente individualista y, hasta cierto punto, con tintes racistas¹⁸², se transformó en el actor dominante en la sociedad. El individualismo iluminado trajo consecuencias calamitosas en el campo legal según impactó LA en el siglo XIX.

Primeramente, y por sobre todo, es necesario destacar que la reafirmación del CC y, hasta cierto nivel, la sacralización de la propiedad absoluta individual por sobre todas las clases de propiedad, esto es, la exaltación de la propiedad privada como inviolable y sagrada, llevó a la destrucción de la propiedad comunitaria. De hecho, el CC de 1804 prohibió la propiedad común al dar a todos los sujetos el derecho absoluto para disolver toda propiedad indivisa.¹⁸³ Para tal efecto, el CC creó una acción legal estableciendo que toda propiedad en común puede ser disuelta mediante una acción deducida por cualquiera de los copropietarios indivisos en cualquier momento. El resultado fue que la propiedad común devino en prohibida bajo el CC. Es digno de destacarse el contraste entre las normas contrarias a la propiedad indivisa en los primeros CC latinoamericanos con la realidad de LA antes que tales códigos fueran promulgados. En las *Nuevas Indias* los habitantes nativos vivieron desde tiempos inmemoriales manteniendo ciertas tierras, principalmente praderas, pero también otras tierras, en común.¹⁸⁴ Un ejemplo clarificador es el caso de las tierras de ejido en México, que han luchado durante siglos para sobrevivir la severidad de las normas antipropiedad indivisa del CC. Como el Código no pudo deshacer siglos de tradición consuetudinaria en las colonias, se encontraron nuevas formas para esquivar las normas anti-

¹⁸¹ Cfr. JAKSIC (2001) p. 158 a 167.

¹⁸² MONTESQUIEU (1748) p. 238 se refiere a las personas de raza negra como "*criaturas completamente negras, con una nariz tan plana que difícilmente pueden ser compadecidos. Es difícil creer que Dios, que es un Ser sabio, ubicaría un alma buena, en tan repugnante cuerpo negro*".

¹⁸³ GLENDON (1999) pp. 16 a 57, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 348.

¹⁸⁴ Cfr. MIROW (2004) pp. 11-18, 61-69, 84-94, MERRYMAN et al. (1994) pp. 364-373.

propiedad indivisa, bien sea en la forma de redacción sagaz de los contratos, o de abierta corrupción. Existe abundante literatura que argumenta que en LA estas tácticas facilitaron la acumulación de tierra en lugar de su distribución, y que esto sucedió gracias, en gran parte, al legado de la RF.

Segundo, las guildas, aquellas magníficas instituciones del *ancien régime*, en las que la gente se asociaba conforme a su profesión u oficio (mercaderes, campesinos, artesanos, etc.), fueron completamente destruidas por la RF.¹⁸⁵ Estas organizaciones proveyeron una red de seguridad para sus miembros y aseguraron el bienestar de cada miembro. Las cooperativas fueron igualmente arruinadas por la RF.¹⁸⁶ Se pensó que la cooperativa y el espíritu comunitario pertenecían a las clases más bajas de la sociedad y que, en cuanto tales, fueron una amenaza directa al espíritu capitalista individualista, que fue el verdadero triunfador y propietario de la RF. En tal sentido, la RF, junto con inaugurar una nueva etapa de la historia mundial, destruyó una entera forma de vida.¹⁸⁷

Tercero, al centro del espíritu revolucionario existe un sentido de desconfianza hacia las masas profundamente asentado.¹⁸⁸ En el caso de los Estados Unidos de América, por ejemplo, Tomás JEFFERSON mostró un cierto grado de incomodidad luego de su apoyo inicial incondicional a la RF cuando vio los levantamientos esclavos en Haití. Este país había sido la primera nación latinoamericana en pasar su propia versión del CC francés en 1825.

Cuarto, el triunfo del individualismo fue erigido en detrimento de la familia en la forma que ésta había sido organizado por alrededor de 1400 años en Europa con anterioridad a 1789.

¹⁸⁵ Cfr. DAWSON (1950) p. 203 a 207, BELLOC (2008) p. 165, KOENIGSBERGER y BRIGGS (1987) p. 310.

¹⁸⁶ Const. de 1791, Preámbulo: “[Y]a no existen... corporaciones de profesiones, artes, y oficios”.

¹⁸⁷ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 331.

¹⁸⁸ MONTESQUIEU (1748): “[L]a democracia tiene, por lo tanto, dos excesos que evitar –el espíritu de falta de igualdad, que conduce a la aristocracia o la monarquía, y el espíritu de extrema igualdad, que conduce al poder despótico, en la medida que este último es completado por medio de la conquista”.

XVIII. EL ORDEN BURGUÉS: MUCHO PARA POCOS, POCO PARA MUCHOS

Un autor ha indicado correctamente que *"el CC original fue el libro de derecho de la burguesía"*.¹⁸⁹ La defensa de la propiedad burguesa fue una preocupación central de los revolucionarios. El CC favoreció el dominio irrestricto del capitalismo en el mundo del derecho civil occidental. En tal sentido, tanto las ventajas como los males del capitalismo están íntimamente vinculadas al CC.¹⁹⁰

En LA, la filosofía de la economía liberal que se plasma en el CC es una aliada y promotora decisiva. Cuando la Revolución Industrial golpeó al mundo occidental, golpeó a LA incluso más fuerte. Las nuevas elites se volcaron en los brazos del CC y lo utilizaron como su escudo para proteger su acumulación y dominación. Por ejemplo, el silencio sepulcral del CC hacia prácticas anticompetitivas y monopolísticas ha sido bien documentado en Occidente. La idea del derecho civil de que el precio es determinado en el contrato de compraventa a través del libre juego de la oferta y la demanda se transformó en una gran artimaña después de la RF. El hecho es que la libertad contractual y la libre determinación de los precios mediante el juego de la oferta y la demanda son ilusorias con respecto a la mayoría de los ítemes más elementales en el mercado. El surgimiento del Estado regulatorio en el siglo XX como un fenómeno antinómico frente a la libertad económica irrestricta, se explica largamente por la idea de la libertad económica individual extrema avanzada por el CC.¹⁹¹

Se ha requerido mucho esfuerzo para perforar la muralla jurídica erigida por el CC durante los últimos 200 años a fin de proteger al pequeño empresario frente a aquellos ya establecidos que ejercen un dominio del mercado. Los contratos de adhesión emergieron como la expresión de mercados desequilibrados favoreciendo el poder aplastante de unos pocos en detrimento de muchos. El derecho regulatorio surgió en el siglo XX en LA como una respuesta frente a los abusos del capitalismo a pesar, y en contra de, la filosofía ilustrada del CC.

Sólo décadas después de la promulgación del CC en LA surgieron nuevas doctrinas dirigidas a moderar los duros efectos de la filosofía capitalista desenfrenada del CC. Estas ideas se originaron en la Iglesia Católica y tomaron

¹⁸⁹ ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 95.

¹⁹⁰ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 127, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 396.

¹⁹¹ Cfr. ESQUIROL (2008) p. 15, DE LEÓN (2001), BELLOC (2008) pp. 60 y ss, JAKSIC (2001) p. 14.

expresión en la noción de la función social de la propiedad. Surgieron batallas doctrinales colosales con posterioridad a 1893 entre los adoradores del CC y los proponentes de nuevos conceptos legales basados en el principio católico de justicia social, y el deber de ejercer los derechos de cada uno sin afectar los derechos de otros o el bienestar de las masas.¹⁹²

Como una consecuencia del experimento revolucionario, ocasionalmente las masas en LA han puesto su fe en experimentos extremos tales como el comunismo, que es una ideología que ha exterminado más personas que ningún otro sistema político en la historia de la humanidad. Nuevamente, estos fenómenos han sido facilitados en gran medida, por la RF.

XVIII. PROMOCIÓN DE LA IDEA QUE LA CONDUCTA SEXUAL DEL CIUDADANO ES UNA MATERIA PURAMENTE PRIVADA

Si la familia tradicional funciona, y funciona bien, existe poco espacio para la intervención del gobierno. De hecho, cuando la familia nuclear tropieza y se destruye se agranda el papel del gobierno. Muchos males¹⁹³ forman el caldo de cultivo para un incremento en la intrusión del gobierno en el esquema de la familia tradicional, que ha estado basada en el Occidente sobre el concepto judeocristiano de la sexualidad humana. La amplitud de estos tópicos excede largamente el propósito de este artículo, pero estos puntos sirven para ilustrar el enormemente nefasto efecto de las ideas revolucionarias en el derecho de familia a lo largo de LA. Si las plagas antes mencionadas, o una combinación de ellas ocurren, el gobierno surge como el salvador necesario proveyendo servicios de bienestar, y una multiplicidad de beneficios para paliar el sino de las víctimas generadas por la destrucción de la familia.

Pero el gobierno no hace nada gratuitamente. También se arroga para sí mismo el poder de definir las instituciones que son tan naturales para el hombre, como el hombre lo es para la naturaleza. La institución del matrimonio, por ejemplo, que estuvo a la raíz del orden social prerevolucionario, fue redefinido por los ideólogos revolucionarios. El matrimonio evolucionó desde ser un concepto sujeto a muchos vicios en los tiempos paganos, hasta llegar

¹⁹² Ver las Cartas Encíclicas: *Rerum Novarum*, del Papa León XIII (1891); *Quadragesimo Anno*, del Papa Pius XI (1931); *Centesimus Annus*, del Papa Juan Pablo II (1991). Cfr. BRASS (2003) p. 342, KALENSKÝ (1971) pp. 58 y ss.

¹⁹³ Incluyendo el adulterio, el divorcio, el incesto, la sodomía, los hijos nacidos fuera del matrimonio, el abuso sexual, el maltrato infantil, el abandono de menores, el cuidado de los huérfanos, el de los ancianos, los de sin casa, los derechos de alimentos, la pornografía, la homosexualidad, y la violencia doméstica, entre otros.

a ser una institución social indisoluble clave en el 324 d.c. luego de la conversión de Roma a la Iglesia Católica.¹⁹⁴ Al aceptar ampliamente el divorcio, la RF transformó al matrimonio en un contrato disoluble, y de esta manera erosionó las fundaciones mismas del orden legal milenario. Correctamente, el matrimonio ha sido definido desde tiempos inmemoriales¹⁹⁵ como la fundación misma de la familia y de la sociedad. Por lo tanto, si se destruye el matrimonio, se destruye la familia, y la consecuencia lógica es esperar un aumento en la intervención del gobierno para *remediar* los males que de esta manera caen sobre la sociedad.

En verdad, los revolucionarios reemplazaron la institución natural del matrimonio por la noción de consenso, como la regla esencial para la organización basal de la familia. De esta manera, ellos degradaron lo que antes había sido considerado como una unión universalmente obligatoria hasta transformarlo en un simple contrato civil¹⁹⁶, rescindible conforme a la voluntad de las partes.¹⁹⁷ Esta regla permisiva y relativista transformó la importante institución del matrimonio en un contrato al cual se puede entrar o salir independientemente de sus consecuencias. De esta manera, el divorcio se colocó al centro del derecho de familia revolucionario en la medida que se esparció en el Occidente con una fortaleza formidable. En este sentido, la disolubilidad del matrimonio ha arrojado a millones en las manos del Estado de Bienestar, o los ha hecho totalmente dependientes de instituciones de caridad.

Es justo indicar que como el objetivo más importante de la RF fue preservar la propiedad familiar y no la institución del matrimonio¹⁹⁸, el "*derecho revolucionario arruinó las fundaciones mismas de la familia*".¹⁹⁹ En suma, este mundo, como lo conocimos ha cambiado dramáticamente para peor, y esto, en buena parte, gracias a la RF.

¹⁹⁴ Cfr. DESAN (2006), MONTESQUIEU (1748) p. 75, DAWSON (1946) p. 21, BELLOC (1937) p. 25.

¹⁹⁵ Cfr. WATKIN (1999) p. 86, WATSON (1981) p. 85.

¹⁹⁶ Ver CC francés, artículos 229 y 230.

¹⁹⁷ MONTESQUIEU (1748) p. 15, indica que "*el poder de divorcio puede únicamente ser dado a aquellos que sienten las inconveniencias del matrimonio, y que son sensibles al momento en que es de su interés hacerlo cesar*".

¹⁹⁸ ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 96.

¹⁹⁹ BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) pp. 353 y 354.

XIX. ABOLICIÓN DEL ESQUEMA DE HERENCIA HA FACILITADO PROFUNDOS RESENTIMIENTOS EN LOS NIVELES FAMILIAR Y SOCIAL

Uno de los primeros principios y más importantes de la RF fue eliminar los elementos fundamentales del sistema de sucesión del *ancien régime*.²⁰⁰ La abolición del orden hereditario fue *de rigueur* para consolidar el paso de la propiedad burguesa a la próxima generación a través de la institución de la libertad testamentaria.²⁰¹ El orden legal revolucionario se autoarrogó el poder para regular cada aspecto de la vida de los ciudadanos. La RF entregó al gobierno, a la rama política, la determinación de cómo se vería este nuevo sistema sucesorio. Dicho de otro modo, como lo describe MONTESQUIEU, nosotros heredamos no porque la naturaleza y nuestros padres así lo deciden, sino porque el gobierno permite que ello suceda.²⁰²

La clave para el nuevo esquema sucesorio fue la institución de la *legitime*. Esta fue concebida como una porción de la herencia del testador que este era libre para dejar a cualquiera de sus herederos legítimos, que equivale a una cuarta parte del total de la masa hereditaria.²⁰³ Los efectos de la *legitime* fueron agravados por otro instrumento, esto es, el derecho del testador a disponer de una cuarta parte de la masa hereditaria libremente a cualquier persona, bien fuera ésta un heredero legítimo o no. *In toto*, el testador quedó libre para disponer de hasta la mitad de sus bienes a cualquiera de sus hijos legítimos. Bajo el Antiguo Régimen, el testador carecía de tal libertad²⁰⁴, y su carencia de libertad fue considerada como una fuerza vital para asegurar el bienestar y la unidad de la familia.

La idea montesquiana de sucesión basada sobre una casi absoluta libertad para testar impactó fuertemente a LA. La extensión de este impacto es compleja y debatible. Se puede culpar, por una parte, a la institución de la *legitime*, en una proporción significativa, por las peleas generalizadas dentro de las familias. Esto es, aquellos excluidos de las últimas disposiciones del testador usualmente levantan sospechas en contra de los que han sido beneficiados. Como el testador ya no está para clarificar las cosas, las acritudes familiares han persistido entre aquellos que han sido excluidos en virtud de *la main mort*, esto es, la voluntad del testador. Más encima, si no hubiera sido por las restricciones que BELLO encontró en Chile a la promulgación del CC en

²⁰⁰ LOBINGIER (1918) p. 12.

²⁰¹ Ver CC francés, art. 723.

²⁰² MONTESQUIEU (1748) pp. 62 63.

²⁰³ Cfr. ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 96, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 386.

²⁰⁴ Cfr. JAKSIC (2001) p. 169.

1855, poco o nada del antiguo sistema de herencia provenientes del derecho romano y luego castellano hubiera sobrevivido.²⁰⁵

Mientras que es verdad que el CC mantuvo la institución de las porciones forzosas, las limitó a la mitad de la masa hereditaria.²⁰⁶ Ello eliminó el antiguo orden de las familias, bajo el cual el mundo occidental había vivido por aproximadamente 1500 años bajo la Roma pagana y luego cristianizada.

XX. IMPOSICIÓN DE UNA DOCTRINA ESTATAL BASADA EN EL PRINCIPIO DE EDUCACIÓN UNIVERSAL IMPUESTA POR MANDATO GUBERNATIVO

Después de la RF, el Estado absoluto buscó perpetuarse a sí mismo a través del más efectivo de todos los medios para el control de la sociedad: la educación de las mentes.²⁰⁷ La Const. de 1791 estableció que "*será constituida y organizada la instrucción pública para todos los ciudadanos, gratuita, en todas aquellas ramas de la educación que son indispensables para todos los hombres*".²⁰⁸ Las masas debían ser controladas, y la educación fue el mejor antídoto para evitar potenciales desafíos al nuevo orden burgués.

Tan altas como fueron las metas de la educación (o más bien de la *instrucción*²⁰⁹) universal de la gente, es que el mandato estuvo y está íntimamente entrelazado con el contenido. El gobierno hace obligatoria la instrucción, pero única y exclusivamente en los programas sustantivos y temáticos determinados por el gobierno mismo. Según ya se indicó, bien sea una monarquía, o una aristocracia, o una autocracia, o una democracia, el gobierno no hace nada gratuitamente. Últimamente, el gobierno termina aplicando impuestos a los padres e inculcando el contenido que cree apropiado para que los hijos aprendan, conozcan, formen sus vidas, y lo pasen a la próxima generación.

Además del contenido, la educación gubernamental se enfoca en la formación intelectual y la instrucción formal, en detrimento de la educación holística de los hijos basada en los valores, aspiraciones, e ideales que únicamente un entorno de familia o de Iglesia puede brindar. Aún cuando hubiera sido bien intencionada, la educación mandada por el gobierno ha causado un gran abandono de las obligaciones de los padres, por lo menos en la mayoría de LA. A fines del siglo diecinueve las *leyes de instrucción primaria*

²⁰⁵ Cfr. JAKSIC (2001) p. 12, MIROW (2004) pp. 61–69, WALTON (2003) pp. 519–526.

²⁰⁶ Cfr. ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 96, CC (Chile) arts. 1167, 1181, 1184.

²⁰⁷ BELLOC (1929) p. 139.

²⁰⁸ Const. de 1791, Título I.

²⁰⁹ BELLOC (1937) p. 160, BELLOC (1931) pp. 179–190.

obligatoria y los programas de alfabetización obligatorios barrieron a través de LA.²¹⁰ Como se pensó que la educación beneficiaba a la sociedad, y debido a que era el deber del Estado evitar la ignorancia, el gobierno forzaría a los niños a asistir al colegio.

En este sentido, la RF afirmó el poder totalizante del Estado en el tiempo presente, pero igualmente buscó perpetuarse a sí misma a través del control de las mentes de las futuras generaciones.

XXI. UNA ABOGACÍA CON ESTÁNDARES ÉTICOS Y MECANISMOS DE CONTROL ÉTICO LAXOS

La profesión legal es, literalmente más que figurativamente, un sobreviviente de la RF. De hecho, la *Ley Chapelier* de 1791, en vigencia hasta 1864, razonó que no había necesidad de mediadores entre la ley y los ciudadanos. Conforme a esto, abolió la profesión de abogado. NAPOLEÓN tuvo el mismo disgusto profundo hacia los abogados. En una evidente contradicción con la postura de la RF hacia los abogados y el derecho de representación por abogado, el *ancien régime* había garantizado a cada litigante la oportunidad de utilizar un abogado en juicio.²¹¹

Luego del restablecimiento de la profesión de *avocats*, la profesión legal sobrevivió, pero lisiada, particularmente en LA, bajo la amplia influencia de la RF. En dicha región, los abogados han sido criados bajo el concepto del positivismo legal que enseña que la ley es justa y equitativa *per se*, por el mero hecho de emanar del soberano.²¹² Sin embargo, en las muchas instancias en que el predicamento de adherencia estricta a las nociones de positivismo legal no son realizadas, la mente legal entra en un callejón sin salida. Por una parte, se supone que debe defender el orden jurídico y, por la otra, es testigo presencial de la injusticia causada por la ley que se supone debe defender. Sea o no que la ley es injusta u obsoleta, el sistema legal y juramento profesional aún fuerzan a los jueces y abogados a sostenerla y aplicarla.

Es precisamente esta desconexión entre la ley y la realidad, la que ha causado ampliamente que los abogados desconfíen también de la ley. El camino desde la desconfianza hacia el hacer caso omiso de la ley es de una

²¹⁰ KAMIL *et al* (2000) p. 41, se refiere a la expansión de “movimientos de alfabetización en LA”.

²¹¹ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 124, WATKIN (1999) p. 439, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 391. VAN CAENEGEM (1992) p. 131

²¹² El CC chileno, art. 1, define a la ley como “una manifestación de la voluntad soberana”.

sola vía. En este escenario, considerando que ya no se confía en la judicatura para impartir justicia, los abogados han debido recurrir habitualmente a toda clase de medios, algunos de ellos nublados incluso con ilegalidad o carentes de legitimidad, para obtener justicia en sus casos.²¹³ La doble lealtad de los abogados hacia la ley y hacia sus clientes terminó por generar un gran cinismo hacia el sistema legal o en un desprecio directo hacia la ley debido a su injusticia o ilegitimidad.

Además, la profesión legal entiende muy bien que su existencia depende de las acciones, reacciones e inacciones del poder político. Sus relaciones con el soberano fluctúan, pero el estatus y el bienestar de los abogados en última instancia dependen del gobierno. Más que vivir conforme al Estado de Derecho, la profesión legal ha vivido en los tiempos posteriores a la RF en LA bajo el Estado del legislador. Así se ha generado una profesión legal con una muy baja autoestima.²¹⁴

CONCLUSIÓN

Muchas teorías intentan explicar los males presentes en los sistemas legales de LA. Cualquiera sea la solidez de tales explicaciones, la verdad es que todas las debilidades observadas que aún permanecen en una sociedad por cualquiera razón (guerras, riqueza o raza), necesitan un sustrato filosófico sobre el cual consolidarse. Estos fundamentos filosóficos hacen posible redactar una Const. y también leyes que reflejan el carácter distintivo de un pueblo. Los valores que una sociedad mantiene en alta consideración hacen posible presentar un proyecto político al mundo basado en fundaciones filosóficas y no simplemente en los caprichos dictatoriales de un gobernante. En tal sentido, la RF proveyó el elemento catalizador a las deficiencias endémicas de las nuevas naciones de LA luego de su independencia.

La experiencia y la razón demuestran que no todas las ideas filosóficas son correctas o justas. La ideología revolucionaria no es la excepción, y debe hacérsela responsable por los resultados que ha provocado. Esta tarea ha sido largamente obscurecida o está aún pendiente con respecto a LA. En esta región parece existir un consenso implícito a través de los distintos círculos sociales en cuanto a que únicamente han surgido frutos buenos desde la semilla revolucionaria. Este paradigma necesita enfrentar la historia y la realidad.

²¹³ Cfr. DAKOLIAS (1995) p. 167, DAKOLIAS (1996) p. 62.

²¹⁴ Cfr. JAKSIC (2001) pp. 6-17, MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) pp. 1-19, PÉREZ – PERDOMO (2006) pp. 42-48.

Ciertamente que existieron *tendencias* poco saludables bajo la regla colonial española, por ejemplo, la frecuentemente pasada por alto obligación legal de los *encomenderos* de convertir y educar a los indios, respetar sus costumbres, darles su pago debido y de protegerlos y tratarlos como seres humanos. De hecho, la Corona española tuvo que establecer la institución del *Protector de Indios* para asegurar su buen trato.²¹⁵ Aún cuando había sido abolida²¹⁶ al tiempo del movimiento de independencia, el viejo sabor de la esclavitud de los indios, que fue ilegal en las colonias, y a menudo tuvo lugar a través de la *encomienda*, todavía impregnó las sociedades de LA.

Cualquiera sea el caso, todos estos males sociales necesitaban una forma filosófica, un *substratum*, para pervivir después de la independencia, y lo encontraron en las ideas legales promovidas por la RF.

La experiencia constitucional de los EE.UU. demuestra que un fuerte sistema de contrapesos y balances contrarresta los abusos de poder.²¹⁷ La RF no sólo avanzó a tal sistema, sino que se opuso a él como un artículo de fe.

Además, existe una aproximación inherentemente discriminatoria a la igualdad en las ideas de la Francia revolucionaria. La igualdad no fue para todos. El autoritarismo corrió en paralelo con el desprecio de la gente de los estratos inferiores. ROUSSEAU, por ejemplo, el gran inspirador de las ideas legales revolucionarias predicó que la propiedad privada era la fuente de todos los males sociales. Sostuvo que los males sociales surgieron cuando el primer hombre cercó un paño de terreno y lo llamó suyo. Sin embargo, si se brinda una mirada más cercana a las cosas, ROUSSEAU no sólo tergiversó la historia, sino que descuidó notar que la propiedad privada no está en la raíz de los males sociales que él describió, sino que por el contrario: el deseo de acumulación de unos pocos en detrimento del derecho de propiedad de todos se encuentra a la raíz de los males sociales. De manera última, fue el orgullo, la codicia de las tierras de otros la que se encuentra a la raíz de todos los males sociales, y no la institución necesaria y fundamental de la propiedad privada.

A pesar de estas contradicciones, el mundo occidental aún vive bajo el eje de la RF, y muchas de sus enfermedades son aún patentes. Incluso EE.UU. no está libre de la influencia de ese movimiento. Tomás JEFFERSON, que fue un defensor y promotor de los revolucionarios franceses exaltó los medios y los

²¹⁵ Cfr. ORTEGA (1774), Libro VI, Título VI, Bula Papal *Sublimus Dei* del Papa Pablo III (1537).

²¹⁶ Una cédula real de 1721 emitida por el Rey Felipe V abolió definitivamente el sistema de encomienda. MIROW (2004) pp. 61–69.

²¹⁷ Cfr. BARDES et al. (2008) p. 89.

finés de la RF tempranamente cuando dijo que "*los gloriosos fines de la RF justificaron sus medios apocalípticos*".²¹⁸ JEFFERSON, un impenitente dueño de esclavos, aceptó además el desprecio revolucionario hacia la judicatura, y *Marbury v. Madison* ocurrió a pesar de sus deseos.

Se menciona a menudo que las cosas tomaron un curso de acción en Francia diferente al de LA, que es una región que ha presenciado dictaduras y masivas violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, una mirada más cercana denota lo contrario. Es suficiente recordar las bajas infligidas durante las guerras napoleónicas a través de Europa y en otras partes del globo. La *Grande Armée* de NAPOLEÓN solamente perdió más de 300 mil hombres durante la invasión de Moscú en 1812.²¹⁹ El surgimiento de NAPOLEÓN al poder desde cónsul a dictador ocurrió en el espíritu del y gracias al principio de fuerte separación de poderes predicado por la RF. Si el principio puesto en marcha por la RF hubiera sido otro, también otro destino hubiera aguardado a Francia, y a LA en este caso. Además, muchos fueron masacrados bajo el Régimen de Vichy Regime durante la SGM. En resumen, en sólo alrededor de 200 años, millones de personas perdieron la vida bajo los auspicios de la RF, únicamente en Europa.

Estos eventos probablemente motivaron a Francia después de la SGM a revisar algunos de los principios políticos liberales bajo los cuales había vivido previamente. Pero Francia estaba renuente a reconocer explícitamente que tales principios estaban equivocados. En consecuencia, Francia comenzó a deshacer algunas cosas que antes había considerado como talladas en piedra bajo la RF. De manera significativa, creó una nueva corte, la *Corte Constitucional*, y actualizó el antiguo *Consejo de Estado* real. Sin embargo, denegó el estatus de tribunales a estas cortes porque al haberlo hecho hubiera tenido que renegar el principio de que los jueces carecen de poder para anular legislación, un principio que es central a toda la idea revolucionaria de separación de poderes del Estado. En esta evolución, Francia también creó un poder de veto presidencial parcial para controlar las mayorías. De esta manera, como los franceses estaban haciendo todo esto después de la SGM, los latinoamericanos comenzaron a mirar hacia Francia nuevamente para sacar lecciones de la sabiduría jurídica francesa. Como resultado, los gobiernos latinoamericanos comenzaron a implementar estos otros experimentos franceses sin ponderar la conveniencia de las bases intelectuales mismas de sus propios sistemas constitucionales y legales.

²¹⁸ PETERSON (1984) p. 1004.

²¹⁹ DODGE (2008), GEORGE (1899) y BURTON (1914).

La pregunta que surge ahora es, *¿quo vadis?* (¿Qué sucede ahora?) Según se indicó en la introducción de este artículo, el propósito de este estudio ha estado dirigido a demoler el legado jurídico de un movimiento filosófico y político que, por lo menos en el contexto de LA, ha excedido largamente su vida útil. El próximo capítulo de esta saga será proponer un modelo o marco conceptual alternativo, una fundación intelectual y filosófica diferente que provea de bases legales más saludables para las sociedades latinoamericanas. Dicha tarea debe ser dejada para otro, quizás mejor, día. Es de esperar que no pasen más de otros 200 años antes para que esto suceda.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AQUINO, Santo Tomás de (1927): *Summa Theologica* (Trans. Fathers of the English Dominican Province) Volumen 8, *Prima Secundae Partis*.
- AYERS, Edward L. et al. (2009): *American Passages: A History of the United States* (4th edition, Boston, Wadsworth Cengage Learning) 99 p.
- BAINBRIDGE, Stephen M. (2001): "Abolishing Veil Piercing", *Journal of Corporation Law* (vol. 26 n° 3): pp. 470 - 535.
- BARDES, Barbara A. et al. (2008): *American Government and Politics Today: The Essentials* (Belmont, Wadsworth Cengage Learning) 539 p.
- BARKER, Robert S. (2000): "Judicial Review in Costa Rica: Evolution and Recent Developments", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* (vol. 267): pp. 7 – ss.
- BASDEVANT - GAUDEMET, Brigitte y GAUDEMET, Jean (2000): *Introduction Historique au Droit XIIIe-XXe siècles* (París, LGD) 468 p.
- BAUDELAIRE Charles (1979): *Eugène Delacroix, His Life and Work* (New York, Lear Publishers) 94 p.
- BECCARIA, Cesare (1764): *De los Delitos y las Penas* (Indianapolis, Hackett Publishing Company) 105 p.
- BELL, John et al. (2008): *Principles of French Law* (2nd edition, Oxford, Oxford University Press) 543 p.
- BELLOC, Hilaire (1929): *Survivals and New Arrivals* (New York, Macmillan Company) 288 p.

- _____ (1931): *Essays of a Catholic* (New York, Macmillan Company) 319 p.
- _____ (1937): *The Crisis of Our Civilization* (Reprinted 2009, Illinois, Tan Books and Publishers) 208 p.
- _____ (2008): *The Servile State* (1st edition 1912, AMZ-Omaha, CreateSpace) 116 p.
- BELLOMO, Manlio (1995): *The Common Legal Past of Europe* (Washington, Catholic University Press) 276 p.
- BERMUDES, Sergio (1999): "Administration of Civil Justice in Brazil", Adrian A.S. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Oxford, Oxford University Press) pp. 347 – 362.
- BERRY, Paul (2006): *Outline History of Rome: From the Earliest Record (753 B.C.) to the Code of Justinian (A.D. 534)* (New York, Edwin Mellen Press) 375 p.
- BLANCO, Rafael et al. (2005): "Reform to the Criminal Justice System in Chile: Evaluation and Challenges", *Loyola University Chicago International Law Review* (vol. 2 n° 2): pp. 253 – 269.
- BRASS, Tom (2003): *Latin American Peasants* (Portland, Frank Cass Publishers) 421 p.
- BULLOCK (1993): *Hitler and Stalin: Parallel Lives* (New York, Vintage Books) 1089 p.
- BURTON, R. G. (1914): *Napoleon's Invasion of Russia* (London, Longman) 245 p.
- COLLINSON, Patrick (2003): *The Reformation: A History* (New York, Modern Library) 238 p.
- CORTESE, Ennio (2000): *Le Grandi Linee Della Storia Giuridica Medievale* (Roma, Il Cigno Edizioni) 540 p.
- DAINOW, Joseph (1966–1967): "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison", *American Journal of Comparative Law* (vol. 15 n° 3): pp. 419 - 435.

- DAKOLIAS, Maria (1995): "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law* (vol. 36 n° 1): pp. 167 – 231.
- _____ (1996): *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform* (Washington, World Bank Publications) 79 p.
- DAVID, Rene y BRIERLY, John E.C. (1985): *Major Legal Systems in the World Today* (3rd edition, Londres, Stevens & Sons) 624 p.
- DAWSON, Christopher (1946): *The Making of Europe* (London, Sheed & Ward) 254 p.
- _____ (1950): *Religion and the Rise of Western Culture* (New York, Sheed & Ward) 286 p.
- DAWSON, John P. (1968): *Oracles of the Law* (Michigan, University of Michigan Law) 520 p.
- DE GUILLENCHMIDT, Michel (2005): *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* (Paris, Economica) 467 p.
- DE LEÓN, Ignacio (2001): *Latin American Competition Law and Policy: A Policy in Search of Identity* (The Hague, Kluwer Law International) 300 p.
- DERRETT, John Duncan M. (1968): *An Introduction to Legal Systems* (London, Sweet and Maxwell) 203 p.
- DESAN, Suzanne (2006): *The Family on Trial in Revolutionary France* (California, University of California Press) 474 p.
- DODGE, Theodore Ayrault (2008): *Napoleon's Invasion of Russia* (Barnsley, Pen & Sword Books Ltd.) 286 p.
- DOMINGO, Pilar (2000): "Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico", *Journal of Latin American studies* (vol. 32 n° 3): pp. 705 – 735.
- DUPORT, Anne Marie (1987): *Terreur et Revolution: Nimes en l'An II, 1793-1794* (Paris, Jean Touzot) 397 p.
- EDER, Phanor J. (1950): *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin - American Law* (London, Stevens & Sons) 700 p.

ESQUIROL, Jorge L. (2008): "The Failed Law of Latin America", *American Journal of Comparative Law* (vol. 56 n° 1): pp. 75 – 124.

FARER, Tom (1995): "Consolidating Democracy in Latin America: Law, Legal Institutions and Constitutional Structure", *American University Journal of International Law and Policy* (vol. 10 n° 4): pp. 1295 - 1329.

FIGUEROA, Dante (2007): *Civil Law Trusts in Latin America: Is the Lack of Trusts an Impediment for Expanding Business Opportunities in Latin America?*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* (vol. 24 n° 3): pp. 701 – 767.

FRENCH, Peter A. (ed.) (1998): *Individual and Collective Responsibility* (Schenkman Books) 297 p.

GEFFRÉ, Claude y JOSSUA, Jean-Pierre (1989): *1789: the French Revolution and the Church* (Albany, State University of New York) 139 p.

GEORGE, Hereford B. (1899): *Napoleon's Invasion of Russia* (London, T.F. Unwin) 451 p.

GLENDON, Mary Ann (1999): *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (2nd edition, St. Paul., West Group) 344 p.

GOLBERT, Albert y NUN, Yenny (1982): *Latin American Laws and Institutions* (New York, Praeger Publishers) 591 p.

GORDLEY, James (1994): "Myths of the French Civil Code", *American Journal of Comparative Law* (vol. 42 n° 3): pp. 459 - 505.

GORLA, Gino (1990): "Samuel Livermore (1786-1833): An American Forerunner to the Modern "Civil Law-Common Law Dialogue", John Henry MERRYMAN & David S. CLARK, (eds.), *Comparative and Private International Law: Essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday* (1990) pp. 121 – 137.

GRANDE, Elisabetta (2009): "Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Procedure", *Global Jurist* (vol 9. n° 4) art. 6. Disponible en <<http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art6/>>, fecha consulta: marzo 2011.

GRANIER DE CASSAGNAC, Adolphe (1950): *Histoire des Causes de la Révolution Française* (Bruxelles, Auguste Pagny) 370 p.

- GRUNING, David (2005): "Codifying Civil Law: Principle and Practice", *Loyola of Los Angeles Law Review* (vol. 51): pp. 57 – 71.
- HALEY, John O. (2006): "Judicial Reform: Conflicting Aims and Imperfect Models", *Washington University Global Studies Law Review* (vol. 5 n° 1): pp. 81 – 98.
- HERMAN, Shael (1981): "The Uses and Abuses of Roman Law Texts", *American Journal of Comparative Law* (vol. 29 n° 4): pp. 671 – 690.
- HILL, Claire A. (1998): "Latin American Securitization: the Case of the Disappearing Political Risk", *Virginia Journal of International Law* (vol. 38 n° 3): pp. 293 - 330.
- JAKSIC, Iván (2001): *Andrés Bello Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America* (Cambridge, Cambridge University Press) 278 p.
- JORDAN, David (1991): "Latin American Constitutionalism", Thompson, Kenneth W. (ed.): *The U.S. Constitution and the Constitutions of Latin America* (Lanham - Maryland, University Press of America) pp. 33 – 49.
- KALENSKÝ, Pavel (1971): *Trends of Private International Law* (The Hague, Martinus Nijhoff's) 308 p.
- KAMIL, Michael L. et al. (2000): *Handbook of Reading Research* (London, Psychology Press) Volume 3.
- KARST, Kenneth L et al. (1975): *Law and Development in Latin America: A Case Book* (Berkeley, University of California Press) 343 p.
- KELLY, Henry A. (2001): *Inquisition and Other Trial Procedures in the Medieval West* (Portland, Ashgate Pub Co.) 436 p.
- KOENIGSBERGER, H.G. (1987): *Medieval Europe 400–1500* (London, Longman Pub Group) 416 p.
- KOENIGSBERGER, H.G. y BRIGGS, Asa (1987): *Early Modern Europe 1500–1789* (London, Longman Pub Group) 343 p.
- KONSTAM, Angus (2005): *Lepanto 1571: The Greatest Naval Battle of the Renaissance* (Westport - Connecticut, Greenwood Publishing Group) 96 p.

LOBINGIER, Charles S. (1918): "Napoleon and his Code", *Harvard Law Review* (vol. 32 n° 2): pp. 114 – 134.

MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew S. (eds.) (1997): *Presidentialism and Democracy in Latin America* (Nueva York, Cambridge University Press) 493 p.

MATTHEW M. Taylor (2006): "Beyond Judicial Reform: Courts as Political Actors in Latin America", *Latin American Research Review* (vol. 41): pp. 269 - 280.

McCARTHY, Rose (2005): *Dictatorship: A Primary Source Analysis* (New York, Rosen Publishing Group) 64 p.

MERRYMAN, John H. (1985): *The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2nd edition, Stanford, CA. Stanford University Press) 168 p.

_____ (1996) "The French Deviation", *American Journal of Comparative Law* (vol. 44 n° 1): pp. 109 - 119.

MERRYMAN, John H., CLARK, David S. y HALEY, John O. (1994): *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia* (Virginia, Michie Company) 208 p.

_____ (2010): "Comparison of the Common Law and the Civil Law", *Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America, and East Asia* (LexisNexis): pp. 27 - 50.

MERRYMAN, John Henry y PÉREZ - PERDOMO Rogelio (2007): *The civil law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3rd edition, Stanford, CA. Stanford University Press) 173 p.

MIROW, M.C. (2004): *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America* (University of Texas Press) 359 p.

_____ (2005): "The Code Napoleón: Buried but Ruling in Latin America", *Denver Journal of International Law and Policy* (vol. 33): pp. 7 – 179.

MONTESQUIEU (1748): *The Spirit of the Laws* (New York, Prometheus Books) 282 p.

- MULDOON, James (1979): *Popes, Lawyers, and Infidels: the Church and the Non-Christian World 1250–1550* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press) 212 p.
- MURILLO, Maria (2000): “The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification”, *Journal Transnational Law and Policy* (vol. 11 n° 1): pp. 1 – 20.
- NEUHAUS, Richard John (1984): *The Naked Public Square* (Michigan, W.B. Eerdmans Pub. Co.) 280 p.
- OH, Peter B. (2010): “Veil – Piercing”, *Texas Law Review* (vol. 89 n° 1): pp. 81 – 147.
- OQUENDO, Angel R. (2006): *Latin American Law* (New York, Foundation Press, Thomson) 1248 p.
- ORTEGA, Andrés (ed.) (1774): “De los Protectores de Indios”, *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* (3ª edición, Madrid, Magestad Católica del Rey don Carlos II) Libro VI.
- OVERY, Richard (2004): *The Dictators: Hitler’s Germany and Stalin’s Russia* (New York, W.W. Norton & Company) 848 p.
- PÉREZ - PERDOMO, Rogelio (2006): *Latin American Lawyers: A Historical Introduction* (Stanford, CA: Stanford University Press) 184 p.
- PERIÑÁN - GÓMEZ, Bernardo (2002): “A Romanistic Approach on Unified European Private Law”, *Roman Legal Tradition* (vol. 1): pp. 104 – 111.
- PETERSON, Merrill (1984): *Jefferson Writings* (14th edition, New York, Library of America) 818 p.
- RASOR, Paul B. (1993/1994): “Biblical Roots of Modern Consumer Credit Law”, *Journal of Law and Religion* (vol. 10 n° 1): pp. 157 – 192.
- ROSENN, Keith (1974): “Judicial Review in Latin America”, *OHIO ST. L.JOURNAL* (vol. 35): pp. 785 - 819.
- ROUSSEAU, Jean - Jacques (2005): *The Social Contract* (1762) (Trans. G. D. H. Cole, New York, Barnes & Noble Books) 104 p.

- SCHOR, Miguel (2009): "An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Colombia", *Indiana Journal of Global Legal Studies* (vol. 16 n° 1): pp. 173 – 194.
- SCHWARTZ, Bernard (2006): *French Administrative Law and the Common Law World* (New York, New York University Press) 367 p.
- SHAPIRO, Martin M. (181): *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago, University of Chicago Press) 245 p.
- SOIBELMAN, Félix (2005): "Súmula vinculante na Emenda Constitucional nº45/2004", *Revista Jus Navigandi* (Teresina, año 9, n. 618). Disponible n <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6392>>, fecha consulta: marzo 2011.
- SOMMERVILLE, C. John (1994): "Defining Religion & the Present Supreme Court", *University of Florida Journal of Law and Public Policy* (vol. 6): pp. 167 – 180.
- STANLIS, Peter J. et al. (2003): *Edmund Burke & the Natural Law* (New Brunswick, Transaction Publishers) 348 p.
- SUK, Julie Chi-hye (2007): "Equal by Comparison: Unsettling Assumptions of Antidiscrimination Law", *American Journal of Comparative Law* (vol. 55 n° 2): pp. 295 – 346.
- SUNDER, Madhavi (2002-2003): "Piercing the Veil", *Yale Law Journal* (vol. 112 n° 6): pp. 1399 – 1472.
- TAYLOR, Matthew M. (2006): "Beyond Judicial Reform: Courts as Political Actors in Latin America", *Latin American Research Review* (vol. 41 n° 2): pp. 269 - 280.
- VAN CAENEGEM, R.C. (1992): *An Historical Introduction to Private Law* (Trans. D.E.L. Jonston, Cambridge, Cambridge University Press) 215 p.
- VON MEHREN, Arthur T. (1988): *Law in the United States: A General and Comparative View* (Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers) 112 p.
- VON MEHREN, Arthur T. y GORDLEY, James R. (1977): *The Civil Law System* (2nd edition, Boston, Little Brown and Company) 1243 p.
- WALTON, Clifford (2003): *The Civil law in Spain and Spanish–America* (Washington, D.C.: W.H. Lowdermilk & Co) 672 p.

WATKIN, Thomas Glyn (1999): *An Historical Introduction to Modern Civil Law* (Aldershot:, Ashgate) 498 p.

WATSON, Alan (1981): *The Making of the Civil Law* (Cambridge, Harvard University Press) 201 p.

WESTERFIELD, Jennifer M. (2006): "Behind the Veil: An American Legal Perspective on the European Headscarf Debate", *American Journal of Comparative Law* (vol. 54 n° 3): pp. 637 – 678.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1987): *Introduction to Comparative Law* (Trans. Tony WEIR, 2nd edition, Clarendon Press) Volume I.

ZWEIGERT, Konrad y PUTTFARKEN, Hans-Jürgen (1996): "Statutory Interpretation-Civilian Style", ROGOWSKI, Ralf (ed.), *Civil Law*: pp. 259 – 274.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto de 5 de marzo de 1803.

Ley Chapelier de 1791.

Ley de la Asamblea Constitutiva del 16–24 de agosto de 1790.

Ley sobre la Reunión de las Leyes Civiles en un Cuerpo Legal, Bajo el Título "Code Civil des Français".

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema (El Salvador), sentencia, 27 noviembre 1991, en *XCII Revista Judicial Corte Suprema de Justicia*, pp. 832 y ss.

Corte Suprema (El Salvador), sentencia, 3 diciembre 1991, en *XCII Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia*, pp. 836 y ss.

Corte Suprema (El Salvador), sentencia, 27 febrero 1992, en *XCIII Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia*, pp. 934 y ss.

Marbury v. Madison (1803): Corte Suprema de los Estados Unidos, 5 U.S. 137.

Ortega contra Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua (2009): Sentencia n° 504, 19 octubre 2009, recurso de amparo, *Archivos*

de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, pp. 1–23,
Disponible en <<http://www.glin.gov/view.action?glinID=224071>>, fecha consulta: diciembre 2009.

LOS APORTES DE LA
REVOLUCIÓN FRANCESA
AL CONSTITUCIONALISMO
MODERNO y SU REPERCUSIÓN EN
HISPANOAMÉRICA A COMIENZOS
DEL SIGLO XIX*

*Contribution of the French Revolution
to modern constitutionalism and its
repercussion in Hispanic America at
the beginning of the XIX Century*

ALLAN R. BREWER-CARÍAS**

-
- * Estudio elaborado a propósito de Conferencia dictada en la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins, Seminario sobre Revisión del Legado Jurídico de la Revolución Francesa en las Américas, Santiago de Chile, 26 de abril de 2011.
- ** Abogado y Doctor en Derecho Universidad Central de Venezuela. Desde 1963 docente en la Universidad Central de Venezuela. Ha sido Profesor de Postgrado en las Universidades de Cambridge (Inglaterra), de París II, del Rosario y del Externado de Colombia (Bogotá). Profesor visitante y adjunto de la Universidad de Columbia (Nueva York). <allanbrewercarias@gmail.com>

Artículo recibido el 1 de mayo y aprobado el 28 de mayo de 2011.

RESUMEN: En este estudio se analizan los principios fundamentales del constitucionalismo moderno que se conformaron como resultado de la Revolución Francesa de 1789, que fueron: la idea de la Constitución para la organización del Estado y como emanación de la voluntad popular; la declaración en ella de los derechos del hombre; la asunción de la soberanía por el pueblo; el principio de la representación para su ejercicio; el principio de la separación de poderes para la organización del Estado; la supremacía de la ley y el principio de legalidad; y la distribución territorial del poder y el municipalismo. Estos principios influyeron enormemente en la conformación de los nuevos Estados hispanoamericano a comienzos del siglo XIX.

PALABRAS CLAVE: Revolución Francesa - Revolución Hispanoamericana – Constitución – Soberanía - Separación de Poderes

ABSTRACT: This study analyzes the modern constitutionalism fundamental principles derived from the 1789 French Revolution, which were: the idea of a Constitution for the organization of the State as expression of the will of the people; the declaration in it of the rights of the people; the people's assumption of sovereignty; the principle of representation for its exercise; the principle of separation of powers for the organization of the State; the supremacy of the law and the principle of legality; and the State power territorial distribution, and the municipal government. These principles were fundamental in influencing the organization of the new Hispanic American States at the beginning of XIX century.

KEY WORDS: French Revolution – Hispanic American Revolution – Constitution - Sovereignty - Separation of Powers

INTRODUCCIÓN

En el último cuarto del Siglo XVIII se sucedieron en el mundo dos acontecimientos que transformaron radicalmente el orden político constitucional imperante, los cuales se desarrollaron con muy pocos años de diferencia entre uno y otro, pues fueron sólo 13 años los que separaron la Revolución Americana en 1776, de la Revolución Francesa de 1789.

Esas dos revoluciones, que trastocaron el constitucionalismo de la época, junto con la Revolución hispanoamericana (1810-1930), iniciada 21 años después de la última, sin duda, desde el punto de vista político, pueden

considerarse como los acontecimientos más importantes del mundo moderno, los cuales tuvieron una enorme importancia para América Hispánica, ya que fue allí, en concreto, en las antiguas Provincias de Venezuela, donde a comienzos del Siglo XIX por primera vez recibieron las influencias de los mismos y de sus consecuencias constitucionales; influencia que se recibió, precisamente cuando los próceres de la Independencia hispanoamericana se encontraban en la tarea de estar elaborando las bases de un nuevo sistema jurídico-estatal para un nuevo Estado independiente, segundo en su género en la historia política del mundo moderno, después de los Estados Unidos de Norte América.

En Caracas, por tanto, se formularon las instituciones de un Estado independiente que confederaba antiguas Provincias bajo la influencia directa y los aportes al constitucionalismo de aquellas dos revoluciones, aún antes incluso, de que se operaran cambios constitucionales en España, lo que se configura como un hecho único en América Latina. Al contrario, la mayoría de las antiguas Colonias españolas que logran su independencia después de 1811 y, sobre todo, entre 1820 y 1830, recibieron las influencias del naciente constitucionalismo español plasmado en la Constitución de Cádiz de 1812, lo que no pudo suceder en el caso de Venezuela al formarse el Estado independiente, donde puede decirse que se construyeron las bases de un Estado moderno, con un régimen constitucional moderno, mucho antes que el propio Estado español moderno.

Aquellos dos acontecimientos que establecieron las bases del Estado de Derecho, que justamente surge en la historia constitucional a finales del siglo XVIII, dejaron un rico legado al constitucionalismo moderno, captado inmediatamente en esa Revolución hispanoamericana que se operó en América Latina, el cual se puede resumir en los siguientes siete aportes políticos fundamentales:

En *primer lugar*, la idea de la existencia de una Constitución como una carta política escrita, emanación de la soberanía popular, de carácter rígida, permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática, donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos. Hasta ese momento, esta idea de Constitución no existía, y las Constituciones, a lo sumo, eran cartas otorgadas por los Monarcas a sus súbditos.

En *segundo lugar*, de esos dos acontecimientos surgió también la idea política derivada del nuevo papel que a partir de ese momento se confirió

al pueblo, es decir, el papel protagónico del pueblo en la constitucionalización de la organización del Estado. En los Estados Unidos de América, las Asambleas coloniales asumieron la soberanía, y en Francia, la soberanía se trasladó del Monarca al pueblo y a la Nación; y a través de la idea de la soberanía del pueblo, surgieron todas las bases de la democracia, la representación y el republicanismo que, en ese sentido, constituyeron uno de los grandes aportes de dichas Revoluciones.

En *tercer lugar*, de esos dos acontecimientos políticos resultó el reconocimiento y declaración formal de la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional, y por tanto, que debían ser respetados por el Estado. La libertad se constituyó, en esos derechos, como un freno al Estado y a sus poderes, produciéndose así el fin del Estado absoluto e irresponsable. En esta forma, a las Declaraciones de Derechos que precedieron a las Constituciones de las Colonias norteamericanas al independizarse en 1776, siguieron la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de Francia de 1789, y las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos del mismo año.

En *cuarto lugar*, además, dentro de la misma línea de limitación al poder público para garantizar la libertad de los ciudadanos, las Revoluciones Francesa y Americana aportaron al constitucionalismo la idea fundamental de la separación de poderes. Esta se formuló, en primer lugar, en la Revolución Americana, razón por la cual la estructura constitucional de los Estados Unidos en 1787, se montó sobre la base de la separación orgánica de poderes. El principio, por supuesto, se recogió aún con mayor fuerza en el sistema constitucional que resultó del proceso revolucionario francés, donde se le agregaron como elementos adicionales, el principio de la supremacía del Legislador resultado de la consideración de la ley como expresión de la voluntad general; y el de la prohibición a los jueces de interferir en cualquier forma en el ejercicio de las funciones legislativas y administrativas.

En *quinto lugar*, de esos dos acontecimientos políticos puede decirse que resultaron los sistemas de gobierno que dominan el mundo moderno: el presidencialismo, producto de las Revolución Americana; y el parlamentarismo, como sistema de gobierno que dominó en Europa después de la Revolución Francesa, aplicado en las monarquías parlamentarias.

En *sexto lugar*, fue de esos dos acontecimientos revolucionarios que surgió una nueva organización territorial del Estado, antes desconocida. En efecto, frente a las Monarquías Absolutas organizadas en base al centralismo y al uniformismo político y administrativo, esas revoluciones dieron origen a nuevas formas de organización territorial que originaron, por una parte, el

federalismo, particularmente derivado de la Revolución Americana con sus bases esenciales de gobierno local, y por la otra, el municipalismo, originado particularmente de la Revolución Francesa.

En *séptimo lugar*, en particular respecto de la Revoluciones Americana, surgió otro principio del constitucionalismo moderno que fue el rol que asumieron los jueces en materia de control de la constitucionalidad de las leyes; derivado de la idea de que la Constitución, como norma suprema, tenía que tener algún control, como garantía de su supremacía, y ese control se atribuyó al Poder Judicial.

De allí, incluso, el papel político que en los Estados Unidos de Norteamérica, adquirió la Corte Suprema de Justicia. En Francia, sin embargo, dada la desconfianza revolucionaria respecto de los jueces, frente a la separación absoluta de poderes, sólo sería cien años después que se originaría la consolidación de la justicia administrativa, que aún cuando separada del Poder Judicial, controlaría a la Administración.

Estos *siete principios* o aportes que resultan de la Revolución Americana y de la Revolución Francesa significaron, por supuesto, un cambio radical en el constitucionalismo, producto de una transición que no fue lenta sino violenta, aún cuando desarrollada en circunstancias y situaciones distintas. De allí que, por supuesto, la contribución de la Revolución Americana y de la Revolución Francesa al derecho constitucional, aun en estas siete ideas comunes, haya tenido raíces diferentes: en los Estados Unidos de Norte América se trataba de construir un Estado nuevo sobre la base de lo que eran antiguas colonias inglesas, situadas muy lejos de la metrópoli y de su Parlamento soberano, y que durante más de un siglo se habían desarrollado independientes entre sí, por sus propios medios y gozando de cierta autonomía. En el caso de Francia, en cambio, no se trataba de construir un nuevo Estado, sino dentro del mismo Estado unitario y centralizado, sustituir un sistema político constitucional monárquico, propio de una Monarquía Absoluta, por un régimen totalmente distinto, de carácter constitucional y luego republicano.

Ambas Revoluciones Norteamericana y Francesa contribuyeron a los cambios profundos que se originaron en el constitucionalismo a partir de finales del siglo XVIII, por lo que en mi criterio, éstos no pueden entenderse sino de la conjunción de los aportes de las mismas, por lo que las mismas no pueden analizarse como acontecimientos aislados en las transformaciones del constitucionalismo, pues el proceso revolucionario francés y sus aportes al constitucionalismo, sin duda, recibió en muchos aspectos, el reflejo de lo que había ocurrido años antes en los Estados Unidos. Así, es conocido que muchos de los revolucionarios americanos, estuvieron en la Francia

revolucionaria, donde tuvieron gran influencia política; que los primeros proyectos de Declaración de Derechos presentados a la Asamblea Francesa fueron elaborados, incluso, por sugerencia de destacadas personalidades que habían participado en el proceso revolucionario de los Estados Unidos y que habían traído los textos a Francia; y que, en general, hubo un gran proceso de interrelación política e intelectual, entre Francia y los Estados Unidos previo a la Revolución Francesa, entre otros factores, por la ayuda financiera y militar que la propia Monarquía había aportado a la Revolución Americana, todo lo cual hace ver, con claridad, la influencia que tuvo la Revolución Americana en los acontecimientos de Francia.¹

Pero concretándonos específicamente a los aportes al constitucionalismo moderno en la forma cómo se originaron a raíz de la Revolución Francesa, hay que partir del hecho de que la misma se selló definitivamente trece años después de la Revolución Americana, en 1789 con un hecho político singular que fue la asunción del poder del Estado por una Asamblea Nacional que se enfrentó al Rey Luis XVI, adoptó la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, y asumió el papel de reorganizador del Estado. Como antes dijimos, por tanto, al contrario de la Revolución Americana que tuvo por resultado un proceso de construcción de un nuevo Estado que surgía de entre un conjunto de antiguas Colonias que habían tenido su desarrollo político lejos de la metrópoli inglesa, en el caso de Francia, el cambio brusco que se operó tenía como estructura política constitucional la de la Monarquía, produciéndose dentro de una estructura estatal propia del absolutismo con el objeto de sustituir, dentro del mismo Estado, un sistema de gobierno por otro distinto.

Por supuesto, como sucede con toda Revolución, ello no estaba totalmente planificado, pero visto retrospectivamente, ese fue el resultado. De allí que para comprender exactamente el significado y los aportes de la Revolución Francesa al constitucionalismo moderno, resulte indispensable no sólo analizar el proceso revolucionario desde el punto de vista constitucional, sino tener claramente precisado, previamente, cuál era el régimen anterior que se cambió tan brusca y radicalmente, a partir de 1789, y cómo funcionaban sus instituciones.

Ello, sin embargo, escapa totalmente al propósito de estas notas, que se limitan a concretizar los aportes que la Revolución Francesa dio al desarrollo

¹ Ello, incluso, fue así escrito por contemporáneos de la Revolución, como fue el caso de Condorcet. Véase Ginzo (2003).

del constitucionalismo moderno², con particular referencia a las repercusiones que tuvo en el constitucionalismo hispanoamericano, partiendo incluso del supuesto de que para cuando se declaró la Independencia de Venezuela hace doscientos años en julio de 1811, y con ello, el inicio de la Revolución Hispanoamericana, ni la República existía ya en Francia, ni la Declaración de Derechos tenía rango constitucional, y la Revolución Francesa había cesado aplastada por el Imperio.

Esos aportes, que analizamos a continuación, se configuraron básicamente en torno a los principios de Constitución, de soberanía y representación, de separación de poderes, de supremacía de la ley y legalidad, de declaración de derechos del hombre, y de organización territorial del Estado.

I. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

La idea de Constitución, como documento escrito, de valor superior y permanente, conteniendo las normas fundamentales de organización del Estado y la de Declaración de los Derechos de los Ciudadanos, con el carácter de ley suprema ubicada por encima de los poderes del Estado y de los ciudadanos, y no modificable por el Legislador ordinario fue, si duda, como hemos dicho, el aporte fundamental de la Revolución Americana al constitucionalismo moderno, plasmado en 1776, al declararse independientes las Antiguas Colonias Inglesas en Norteamérica.

Esta concepción también se adoptó en Francia desde el mismo momento de la Revolución, sin duda, bajo la influencia americana, pero con aproximaciones propias y una concepción formal de la Constitución en su expresión y extensión, más en la tradición latina del derecho escrito, que fue la que influyó en América Latina.

En efecto, al contrario de la Constitución norteamericana de 1787 que en un conjunto de 7 artículos sólo reguló la parte orgánica y, al contrario de las Constituciones de las antiguas Colonias, no contuvo inicialmente una declaración de derechos; el primer acto constitucional de la Asamblea Nacional revolucionaria francesa en 1789, fue adoptar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual estaba precedida de unos artículos de la Constitución, en los cuales se recogieron los principios fundamentales de organización del Estado con base en el principio de la separación de poderes

² Véase en general sobre los aportes de ambas Revoluciones al constitucionalismo moderno BREWER-CARÍAS (1992) y una segunda edición ampliada de este estudio en BREWER-CARÍAS (2008a).

(El Poder Legislativo reside en la Asamblea Nacional (artículo 8); El Poder Ejecutivo supremo reside exclusivamente en el Rey (artículo 6); y El Poder Judicial no podrá en ningún caso ser ejercido por el Rey ni por el cuerpo Legislativo (artículo 17)).

Posteriormente, en 1791, la Asamblea dictó la primera Constitución francesa, formalmente hablando, que fue la segunda en la historia constitucional del mundo moderno, regulando extensamente una Monarquía Constitucional en cerca de 210 artículos, e incorporando al texto la Declaración de Derechos (17 artículos). El mismo esquema se siguió en las Constituciones Republicanas de 1793 (124 artículos) y 1795 (377 artículos).

La Constitución de 1791, concibió al Rey como un delegado de la Nación, sujeto a la soberanía de la Ley como expresión de la voluntad general. A partir de ese texto, el Estado dejó de ser el Rey, como Monarca Absoluto, y comenzó a ser el pueblo organizado en Nación sujeto a una Constitución.

El aporte fundamental del constitucionalismo francés en cuanto a la idea de Constitución, por tanto, fue que no sólo los Textos revolucionarios de 1791, 1793 y 1795 se configuraron como Constituciones no sólo orgánicas sino dogmáticas, precedidas todas de una Declaración de Derechos que no contenía la Constitución norteamericana de 1787, y que sólo se incorporaron a la misma, precisamente en 1789 y 1791, al sancionarse las primeras diez Enmiendas. La Declaración de Derechos de rango constitucional es, por tanto, el gran aporte a la idea de Constitución de la Revolución Francesa.

Ahora bien, la primera de las Constituciones latinoamericanas que es la *Constitución Federal para los Estados de Venezuela*, de 21 de diciembre de 1811³, recibió la influencia directa tanto de la Constitución Francesa como de la Constitución Americana. De la Constitución Americana recibió la influencia de la forma federal del Estado, del Presidencialismo como sistema de gobierno dentro del esquema de la separación de poderes, y del control de la constitucionalidad, como la garantía objetiva de la Constitución. Pero en cuanto a la redacción del Texto Constitucional de 1811, la influencia directa de la Constitución Francesa es evidente, particularmente en la regulación detallada de la forma de elección indirecta de los representantes, en el reforzamiento de la separación de poderes, y en la extensa Declaración de Derechos Fundamentales que contiene.

³ Véase el texto en BREWER-CARÍAS (2008b) pp. 553 y ss.

Con frecuencia se ha argumentado que el texto de la Constitución venezolana de 1811 provino de la Constitución norteamericana, lo que no es exacto, no sólo por el contenido de ambas, sino por la extensión de los textos: 7 artículos -aún cuando extensos cada uno- en la Constitución americana de 1787 contra 228 artículos de la Constitución venezolana de 1811. En realidad, este texto se inspiró de principios de la Constitución americana y a la vez, de la redacción del texto de las Constituciones francesas revolucionarias, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica.

Lo cierto es que en la conformación inicial del Estado Venezolano no se recibió influencia alguna de las instituciones españolas.⁴ Para 1811, España era una Monarquía invadida por las tropas Napoleónicas, en plena guerra de independencia frente al invasor francés, y fue a partir de 1812, con la Constitución de Cádiz, que comenzó a recibir alguno de los aportes del constitucionalismo, como el principio de la separación de poderes. Sin embargo, España continuó siendo una Monarquía durante todo el Siglo XIX, en tanto que la evolución republicana de Venezuela que comienza en 1811, y con todos sus altibajos políticos, se desarrolló sin interrupciones hasta el presente. Venezuela, por tanto, al contrario de lo que sucedió en otros países de América Latina, no recibió inicialmente influencia alguna derivada de la Constitución de Cádiz, la cual sólo rigió en parte de su territorio durante la confusión de la guerra de independencia, al contrario de lo que sucedió en otros países de América Latina, que al haber logrado su independencia más tarde, a comienzos del Siglo XIX, recibieron la influencia de la Constitución gaditana.⁵

II. EL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA NACIONAL, EL REPUBLICANISMO Y EL GOBIERNO REPRESENTATIVO

El segundo principio que surge del constitucionalismo revolucionario francés, fue el de la soberanía nacional que contrasta con el régimen del absolutismo basado en la soberanía era el Monarca, quien ejercía todos los poderes e, incluso, otorgaba la Constitución del Estado. Con la Revolución, el Rey fue despojado de su soberanía; deja de ser Rey de Francia y comenzó a ser Rey de los franceses, trasladándose la soberanía al pueblo. La noción de Nación surgió entonces, para lograr privar al Rey de su soberanía; pero como la soberanía existía sólo en la persona que la podía ejercer, era necesario crear la noción de *Nación*, como personificación del pueblo, para reemplazar al Rey en su ejercicio. Para usar las palabras de BERTHÉLEMY: “Había

⁴ Véase BREWER-CARÍAS (2005).

⁵ Véase BREWER-CARÍAS (2010).

una persona soberana que era el Rey. Otra persona debía ser encontrada para oponérsele. Los hombres de la Revolución encontraron esa persona soberana en una persona moral: la Nación. Le quitaron la Corona al Rey y la pusieron en cabeza de la Nación".⁶

Esa Nación en la teoría revolucionaria, se identificada con lo que SIEYÈS estudió como el *Tercer Estado* de los *Estados Generales*, que comparado con los otros estamentos (nobleza y clero), era el estamento bajo, es decir, la Nación globalmente considerada. *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* fue la pregunta que se planteó SIEYÈS en su libro, y la respuesta que dio fue "*todo, toda la Nación*".⁷ Las clases privilegiadas, así, fueron excluidas del concepto de Nación, en la cual tenía sin embargo cabida la burguesía.

La burguesía como lo señaló SIEYÈS, tenía "*la modesta intención de tener en los Estados Generales o Asambleas una influencia igual a la de los privilegiados*"; pero la situación real, particularmente por su poder económico y por la reacción contra los privilegios, llevó a la burguesía a acaparar el poder, por la Revolución, con apoyo popular.⁸ El pueblo, en realidad, apoyó al *Tercer Estado*, es decir, a la burguesía, pues no tenía otra alternativa, en el sentido de que no podía apoyar ni a la nobleza ni al clero, que representaban los privilegios. Por ello, la Revolución Francesa ha sido considerada como la revolución de la burguesía, para la burguesía y por la burguesía⁹, configurándose como un instrumento contra los privilegios y discriminaciones, buscando, al contrario, la igualdad de todos los hombres en el goce de sus derechos. De allí que, incluso, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* haya sido calificada como "*la expresión ideológica del triunfo de la burguesía*".¹⁰

De allí el principio de la soberanía atribuida a la Nación y no al Rey o a los gobernantes, que se recogió en el texto de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*: "*El principio de toda soberanía reside*

⁶ Véase BERTHÉLEMY - DUEZ, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1933, p. 74, citado GARCÍA (1957) p. 461.

⁷ Véase SIEYÈS (1970) p. 121.

⁸ DE RUGGIERO (1967) p. 74: "*El pueblo -los no privilegiados- por supuesto eran los que apoyaban al tercer Estado, es decir, a la burguesía, pues no tenían otra alternativa, en el sentido de que no podían apoyar a la nobleza ni al clero, que representaban los privilegios*".

⁹ *Ídem.*, pp. 75 y 77.

¹⁰ Véase ARANGUREN, *Ética y política*, Madrid 1963, pp. 293, 297, citado por DÍAZ (1966) p. 80.

esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad alguna que no emane de ella expresamente" (artículo 3).

La Declaración de Derechos que precedió la Constitución de 1793, señalaba: *"La soberanía reside en el pueblo. Ella es una e indivisible, imprescriptible e inalienable"* (artículo 25).

Y la Declaración que precedió la Constitución de 1795, señaló: *"La soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos. Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía"* (artículo 17).

Estos principios fueron recogidos en la Declaración venezolana de Derechos del Pueblo de 1811¹¹, cuyos primeros dos artículos de la sección *"Soberanía del Pueblo"* establecieron: *"La soberanía reside en el pueblo; y el ejercicio de ella en los ciudadanos con derechos a sufragio, por medio de sus apoderados legalmente constituidos"* (artículo 1); *"La soberanía, es por su naturaleza y esencia, imprescriptible, inajenable e indivisible"* (artículo 2).

La Constitución de 1811, además, definió la soberanía popular conforme a la misma orientación, indicando que: *"Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y gobiernos forma una soberanía"* (artículo 143). *"La soberanía de un país, o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución"* (artículo 144).

Conforme a estas normas, por tanto, en las antiguas Provincias coloniales de España que formaron Venezuela, la soberanía del Monarca Español cesó y comenzó la soberanía a ejercerse por el pueblo, que se dio a sí mismo una Constitución a través de sus representantes electos. Por ello, la Constitución de 1811, comienza señalando: *"En nombre de Dios Todopoderoso, Nos, el pueblo de los Estados de Venezuela, usando de nuestra soberanía (...) hemos resuelto confederarnos solemnemente para formar y establecer la siguiente Constitución, por la cual se han de gobernar y administrar estos Estados"*.

La idea del pueblo soberano, por tanto, que no sólo proviene de la Revolución Francesa sino antes, de la Revolución Americana, se arraiga en

¹¹ Véase el texto en BREWER-CARÍAS (2008b) pp. 549-551.

el constitucionalismo venezolano desde 1811, contra la idea de la soberanía monárquica que aún imperaba en España en ese momento.

Debe destacarse, además, que a pesar de su carácter monárquico, la Constitución francesa de 1791 fue representativa, desde el momento en que la Nación ejercía su poder a través de representantes. En todo caso, fue precisamente por el sistema que se estableció para la participación, que la Revolución tuvo una especial significación social vinculada a la burguesía, ya que conforme al sistema de sufragio que se estableció, un gran número de ciudadanos fue excluido de la actividad electoral.

En todo caso, después de la Monarquía y ejecutado Luis XVI, la Constitución de 1793 estableció la República, en sustitución de la Monarquía, como única e indivisible (artículo 1). En consecuencia, el pueblo soberano, constituido por *la universalidad de los ciudadanos franceses*, nombraba sus representantes en los cuales le delegaba el ejercicio de los poderes públicos (artículos 7 a 10). Esta idea de la representatividad, sin embargo, en Francia se impuso desde el momento mismo de la Revolución, en 1789, a pesar de que al inicio la forma del gobierno siguió siendo monárquica. Así, en la Constitución de 1791 se estableció que: *“La Nación de la cual emanan todos los poderes, no los puede ejercer sino por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey”* (artículo 2, título III).

Por tanto, incluso el Rey se convirtió con la Revolución en representante de la Nación, hasta que fue decapitado, y con ello la Monarquía convertida en República, fue completamente representativa.

Esta idea de representatividad republicana, por supuesto, también provino inicialmente de la Revolución Americana, y se recogió en la Constitución Venezolana de 1811, en la cual, como señalamos, se establece que la soberanía se ejercita sólo *“por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución”* (artículo 144). Por ello, agrega la Constitución de 1811: *«Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido, puede atribuirse la soberanía de la sociedad que es imprescindible, inajenable e indivisible, en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la Constitución»* (artículo 146).

En definitiva, siendo el sistema de gobierno netamente republicano y representativo, conforme a la más exacta expresión francesa de la Declaración de 1789 (artículo 6), la Constitución de 1811 estableció que: *«La Ley es la*

expresión libre de la voluntad general de la mayoría de los ciudadanos, indicada por el órgano de sus representantes legalmente constituidos” (artículo 149).

III. EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

La idea de la separación de poderes, debido a la formulación teórica de LOCKE y MONTESQUIEU, fue expresada constitucionalmente, por primera vez, en las Constituciones de las Colonias Americanas de 1776, y luego imbuida en el texto de la Constitución Norteamericana de 1787, que como se dijo fue una Constitución básicamente de carácter orgánico.

El principio de la separación de poderes, sin embargo, en Francia, fue materialmente el motivo fundamental de la Revolución, al punto de que en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* en 1789 se incluyó, en el artículo XVI, la famosa proposición de que: «*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución*”.

Por lo tanto, en los artículos de la Constitución que siguieron a la Declaración de 1789, como primer acto constitucional revolucionario, se establecieron expresamente las consecuencias del principio, al establecer que “*el Poder Legislativo reside en la Asamblea Nacional*” (artículo 8); que “*el Poder Ejecutivo supremo reside exclusivamente en el Rey*” (artículo 16), no pudiendo este poder “*hacer ninguna ley*” (artículo 17); y que “*el Poder Judicial no podrá en ningún caso, ser ejercido por el Rey, ni por el cuerpo legislativo*” (artículo 17).

Este principio de la separación de poderes, de la esencia del proceso revolucionario francés, fue incorporado en forma expresa en la Constitución de 1791 en la cual se precisó (Título III): “*3. El Poder Legislativo es delegado a una Asamblea Nacional, compuesta de representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo, para ser ejercido por ella, con la sanción del Rey, de la manera que se determina en esta Constitución. 4. El gobierno es monárquico: el Poder Ejecutivo es delegado en el Rey, para ser ejercido bajo su autoridad, por los Ministros y otros agentes responsables, de la manera que se determina en esta Constitución. 5. El Poder Judicial es delegado a los jueces electos temporalmente por el pueblo*”.

En particular, surgió así la idea misma del Poder Judicial y su papel, pues la justicia dejaría de administrarla el Monarca y comenzaría a ser impartida por funcionarios independientes, en nombre de la Nación.

Sin embargo, en el sistema francés de separación de poderes que se consagró en la Constitución de 1791, se estableció un claro predominio del Poder Legislativo, de manera que el Rey no podía ni convocar, ni suspender ni disolver la Asamblea; sólo tenía un poder de veto, de suspensión, pero no tenía iniciativa, aun cuando podía sugerir a la Asamblea tomar en consideración ciertos asuntos. La Asamblea, por su parte, no tenía control sobre el Ejecutivo, ya que la persona del Rey era sagrada e inviolable hasta que fue juzgado y ejecutado. En principio, sólo los Ministros eran responsables penalmente. En todo caso, la Asamblea tenía importantes atribuciones ejecutivas, como el nombramiento de algunos funcionarios, la vigilancia de la administración, la declaración de la guerra y la ratificación de los Tratados.

La consecuencia del principio de la separación de poderes, en un esquema en el cual el Legislador tenía la supremacía, fue la prohibición impuesta a los Poderes Ejecutivo y al Judicial de inmiscuirse en los asuntos de los otros Poderes. Así, al regular las funciones de los administradores de Departamento, la Constitución de 1791 precisó que "*no podrán, ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni actuar en el orden judicial, ni sobre las disposiciones u operaciones militares*" (artículo 3, Capítulo IV, Título IV). En cuanto al Poder Judicial, se estableció, que este "*en ningún caso podría ser ejercido por el Cuerpo Legislativo ni por el Rey*" (artículo 1, Capítulo V, Título DI), pero se expresaba además que "*los Tribunales no pueden, ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni actuar en relación a los funcionarios administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones*" (artículo 3, Capítulo V, Título III).

En materia judicial, esta concepción extrema de la separación de poderes tenía una razón histórica: los *Parlements*, que eran los Tribunales del Antiguo Régimen, habían tenido un papel activo como instrumentos de la aristocracia, para oponerse a las reformas impositivas. La Revolución había surgido, entonces, signada por una reticencia tal respecto del Poder Judicial, que la separación de poderes llegó allí al extremo de impedir no sólo que los jueces pudiesen interpretar las leyes (por supuesto, jamás la posibilidad de anular leyes), sino la injerencia de los Tribunales respecto de la Administración, lo que fue incluso consagrado expresamente en la Ley 16 - 24 de agosto de 1790 sobre la reorganización del Poder Judicial, en la cual además de abolir la venalidad de las funciones judiciales y establecer la gratuidad de la justicia (Título II, artículo 2), se estableció que: "*Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, perturbar, de la manera que sea, las*

operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones” (Título II, artículo 13).¹²

Fue este principio externo, el que llevó, casi 100 años después, a la consolidación de la jurisdicción contencioso administrativa a cargo del Consejo de Estado para juzgar la Administración y para anular los actos administrativos (jurisdicción contencioso - administrativa) pero, por supuesto, en forma separada respecto del Poder Judicial. Es decir, la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia, en definitiva, tuvo su origen en el acto revolucionario de expresión extrema de la separación de poderes, que prohibía a los jueces ordinarios juzgar a la Administración, lo que sigue teniendo vigor.

En materia de control de la legislación, la situación de abstención de los jueces era similar. Conforme a las enseñanzas de MONTESQUIEU¹³ los jueces sólo podían ser *“la boca que pronuncia las palabras de la ley”* por lo que incluso, como se señaló, la interpretación de la Ley les era prohibida inicialmente, y mediante el procedimiento llamado del *referé legislatif*, los jueces estaban obligados a consultar a la Asamblea Nacional cuando tuviesen dudas sobre la interpretación de las leyes. En este esquema, los jueces no podían controlar la constitucionalidad de las leyes, lo que incluso condujo a que, a partir de la Constitución de 1958 en Francia, se hubiese creado un Consejo Constitucional, también separado del Poder Judicial, para juzgar dicha constitucionalidad, pero sólo respecto de las leyes sancionada por la Asamblea, pero aún no promulgadas.

El principio de la separación de poderes, por supuesto, también influyó en el constitucionalismo de nuestros países, pero no conforme a la interpretación extrema francesa, sino conforme a la modalidad adoptada en los Estados Unidos, y que se expresó en las Constituciones de las Colonias de 1776, de las cuales proviene la siguiente expresión del Preámbulo de la Constitución de Venezuela de 1811: *“El ejercicio de la autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos cuerpos independientes entre sí y en sus respectivas facultades”*.

Sin embargo, el principio de la separación de poderes no se concibió como el establecimiento de compartimientos estancos, sino conforme a un sistema de pesos, contrapesos, e interferencias constitucionales radicalmente distintas al sistema francés. En particular, entre ellas, resulta necesario

¹² Véase RIVERO (1973a) p. 129, AUBY y DRAGO (1984) p. 379.

¹³ MONTESQUIEU, *De l’Esprit of Laws*, Book XI, Ch. VI, citado por MC ILWAIN (1910) p. 323.

destacar el papel del Poder Judicial en el control de los otros poderes respecto de su adecuación a la Constitución, y a la vigencia de la garantía objetiva de la Constitución, conforme a la influencia recibida del constitucionalismo americano.

De acuerdo a ello, en Venezuela, desde el siglo XIX el Poder Judicial (la Corte Suprema) ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa (control de la legalidad y constitucionalidad de las actividades administrativas) y la jurisdicción constitucional (control de la constitucionalidad de las leyes), y ello no puede considerarse ni nunca se ha considerado como una ruptura o violación del principio de la separación de poderes, sino como una consecuencia esencial del mismo.

En efecto, la Constitución de 1811, estableció expresamente el principio de la supremacía constitucional, con la consecuencia expresa de que: *"Las leyes que se expidan contra el tenor de ella no tendrán ningún valor sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción"* (artículo 227).

En el mismo sentido, luego de la enumeración de los derechos fundamentales, la Constitución de 1811 precisó que dichos derechos: *"[E]stán exentos y fuera del alcance del poder general ordinario del gobierno y que, conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellos que se expida por la legislatura federal o por las provincias será absolutamente nula y de ningún valor"* (artículo 199).

En estos principios, sin duda, debe situarse el origen de la concepción venezolana del poder atribuido a la Corte Suprema de Justicia para declarar la nulidad de las leyes inconstitucional, tan característico de nuestra tradición constitucional, e inexistente en Francia, salvo a partir de 1958 por lo que se refiere al control preventivo de la constitucionalidad de las leyes no promulgadas, y más recientemente en 2009, por lo que refiere al control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes.

En los principios establecidos en la Constitución venezolana de 1811, además, también debe situarse el origen del poder atribuido a todos los jueces para desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales en los casos concretos que decidan, plasmado en el Código de Procedimiento Civil desde 1897, adoptado, sin duda, bajo la influencia del constitucionalismo norteamericano.

IV. EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA DE LA LEY, DEL QUE DERIVA EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

La Revolución Francesa estuvo signada por el principio de la supremacía del legislador, que representaba a la Nación, de manera que al haber estado la Asamblea Nacional en 1789 controlada por el *Tercer Estado*, la misma se convirtió en representante todopoderosa de la Nación. De allí que de acuerdo al postulado definido por Rousseau de que la *“ley es expresión de la voluntad general”*, y haber la Asamblea asumido el carácter de poder constituyente al momento de la Revolución, en la Constitución de 1791 se estableció que: *“No hay en Francia una autoridad superior a la de la ley. El Rey no reina sino por ella, y es en nombre de la Ley que él puede exigir obediencia”* (artículo 3, Cap. II, Título III).

La ley, entonces, como *“expresión de la voluntad general”* según lo indicó la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (artículo 6), adquirió en el constitucionalismo francés un rango superior, consecuencia de la primacía del propio Poder Legislativo.

Además, desde el punto de vista sustantivo, el principio de la supremacía de la Ley se fundó sobre el de su generalidad, lo que a la vez fue garantía de la igualdad, uno de los postulados básicos de la Revolución. Las leyes de libertad, que tenían por objeto hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social, fueron el instrumento de la Asamblea contra los privilegios que fueron abolidos.

En todo caso, siendo la ley expresión de la voluntad general, se consagró el derecho de todos los ciudadanos de *“concurrir personalmente o por sus representantes”* a la formación de la ley (artículo 6), estableciéndose en los artículos de la Constitución que siguieron a la Declaración los siguientes principios: *“Ningún acto de los Cuerpos Legislativos podrá ser considerado como ley, si no ha sido hecho por los representantes de la Nación libremente elegidos y si no ha sido sancionado por el Monarca”* (artículo 9); *“El Poder Ejecutivo no puede hacer ley alguna, incluso prioritaria, sino proclamar, conforme a las leyes, para ordenar o recordar su observación”* (artículo 16); *“El Poder Judicial será administrado por tribunales establecidos por la ley, según los principios de la Constitución y según las normas determinadas por la ley”* (artículo 19).

Por su parte, la Ley de 16-24 de agosto de 1790, agregó que: *“Los Tribunales no podrán tomar directa o indirectamente, parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender o impedir la ejecución de los decretos”*

del Cuerpo Legislativo, sancionados por el Rey, so pena de prevaricación" (artículo 10).

Por otra parte, a la base de la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, está la idea que emergió de la Revolución de que no sólo no había autoridad superior a la de la ley, sino que era a través de ella como se podía gobernar y exigir obediencia. Así, frente al poder absoluto del Monarca en el Antiguo Régimen, emergió el principio de la legalidad, base del Estado de Derecho: sólo se puede gobernar en virtud y con sujeción de las leyes.

La concepción de la ley como expresión de la voluntad general, fue recogida expresamente en la Declaración venezolana de Derechos del Pueblo de 1811, al establecer que: "*La ley se forma por la expresión libre y solemne de la voluntad general, y ésta se expresa por los apoderados que el pueblo elige para que representen sus derechos*" (artículo 3, Segunda Sección).

Asimismo, en el texto de la Constitución de 1811 se estableció: "*La ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos, indicadas por el órgano de sus representantes legalmente constituidos. Ella se funda sobre la justicia y la utilidad común y ha de proteger la libertad pública e individual contra toda opresión o violencia*" (artículo 149).

La Constitución de 1811, sin embargo, no siguió el postulado tan radical de la supremacía de la ley, y en cambio, formuló el principio de la supremacía constitucional al declarar como "*absolutamente nulas y sin ningún valor*" las leyes contrarias a los derechos fundamentales (artículo 199); y en general, al considerar sin "*ningún valor*" las leyes contrarias a la Constitución, la cual se declaró como la "*Ley Suprema del Estado*" (artículo 227).

V. LA DECLARACIÓN DE DERECHOS

Conforme a la más clásica concepción liberal, y a las enseñanzas de LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU, la declaración de Derechos Fundamentales es una pieza clave del constitucionalismo francés y de la Revolución.

En efecto, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, el producto más importante del inicio de la Revolución, sancionada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, contiene en 17 artículos los derechos fundamentales del hombre. En su redacción, sin duda, a pesar de la multiplicidad de fuentes que la originaron, tuvieron gran influencia los *Bill of Rights* de las Colonias americanas particularmente en cuanto al principio mismo de la necesidad de una formal declaración de derechos. Una larga

polémica se ha originado en cuanto a esa influencia americana desde comienzos del siglo XX¹⁴, la cual puede decirse que incluso, fue mutua entre los pensadores europeos y americanos. Los filósofos franceses, comenzando por MONTESQUIEU y ROUSSEAU, eran estudiados en Norteamérica; la participación de Francia en la Guerra de Independencia norteamericana fue importantísima; LAFAYETTE fue miembro de la Comisión redactora de la Asamblea Nacional que produjo la Declaración de 1789, y sometió a consideración su propio proyecto basado en la *Declaración de Independencia Americana* y en la *Declaración de Derechos de Virginia*; el *rappporteur* de la Comisión Constitucional de la Asamblea propuso “*trasplantar a Francia la noble idea concebida en Norte América*”; y JEFFERSON estaba presente en París en 1789, habiendo sucedido a Benjamín FRANKLIN como Ministro americano en Francia.¹⁵ En todo caso, el objetivo central de ambas declaraciones fue el mismo: proteger a los ciudadanos contra el poder arbitrario y establecer el principio de la primacía de la Ley.

Por supuesto, la Declaración de 1789 fue influenciada directamente por el pensamiento de ROUSSEAU y MONTESQUIEU: sus redactores tomaron de ROUSSEAU los principios que consideraban el rol de la sociedad como vinculado a la libertad natural del hombre, y la idea de que la Ley, como expresión de la voluntad general adoptada por los representantes de la Nación, no podría ser instrumento de opresión. De MONTESQUIEU derivó su desconfianza fundamental respecto del poder y consecuentemente, el principio de la separación de poderes para que el poder frene al poder.

Por supuesto, los derechos proclamados en la Declaración eran los derechos naturales del hombre, en consecuencia inalienables y universales. No se trataba de derechos que la sociedad política otorgaba, sino derechos que pertenecían a la naturaleza inherente del ser humano. La Declaración, por tanto, se configura como una formal adhesión a los principios de la Ley natural y a los derechos naturales con los que nace el hombre, por lo que la ley sólo los reconoce y declara, pero en realidad no los establece. Por ello, la Declaración tiene un carácter universal. No fue una declaración de los derechos de los franceses, sino el reconocimiento por la Asamblea Nacional, de la existencia de derechos fundamentales del hombre, para todos los tiempos y para todos los Estados. Por ello, DE TOCQUEVILLE comparó la revolución política de 1789 con una revolución religiosa, señalando que a la manera de las grandes religiones, la Revolución estableció principios y reglas generales, y adoptó un mensaje que se propagó más allá de las fronteras de Francia. Ello

¹⁴ Véase JELLINEK (1902a), BOUTMY (1902), JELLINEK (1902b).

¹⁵ RIVERO (1973) p. 455, ROBERTSON (1982) p. 7.

derivó del hecho de que los derechos declarados eran *derechos naturales* del hombre.

Esta concepción es clara en el texto de la Declaración adoptada por los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional: "*Considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos*".

La Declaración fue, entonces, un recuerdo perpetuo de los "*derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*" (Preámbulo).

Así, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* comenzó por proclamar que "*el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre*", que se enumeraron como "*la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*" (artículo 2). Además, la Declaración postuló como derecho fundamental, la igualdad, al inscribir en su primer artículo que "*los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos*" y proclamar en su artículo 6 la igualdad ante la Ley, así: "*Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja o que castigue. Todos los ciudadanos siendo iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos*".

Esta Declaración de 1789, además de referir a los derechos naturales de todos los hombres, puede caracterizarse por otros aspectos: Primero, sin duda, por la influencia de *Rousseau*: se basa en la concepción de la bondad natural del hombre, lo que implícitamente es un rechazo a la idea del pecado original; por ello se señala que ha sido "*la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos*".

En segundo lugar, y esto es fundamental, desde el punto de vista legal y político, los poderes del Estado son limitados hasta el punto de que sólo puede actuar dentro de los límites impuestos por los derechos declarados y consecuentemente, sometido a la soberanía de la Ley, principio recogido en la Constitución de 1791.

Debe decirse, en todo caso, que entre la Declaración Francesa de 1789 y las Declaraciones Americanas de 1776 se destaca una diferencia fundamental, en contenido y sentido. La Declaración de 1789 no tenía por objeto establecer un nuevo Estado sino que se adoptó como acto revolucionario, dentro del estado nacional y monárquico que ya existía. En las Declaraciones

Americanas, en cambio, se trataba de manifestaciones para construir nuevos Estados, y por tanto, nuevos ciudadanos. En la Declaración de 1789, como se proclama en el Preámbulo, se buscaba recordar solemnemente a todos los miembros de la comunidad política sus derechos, por los que el nuevo principio de la libertad individual aparecía sólo como una importante modificación en el contexto de una unidad política existente. En cambio, en las Declaraciones Americanas, la vigencia de los derechos era un importante factor en un proceso de independencia, y en consecuencia, en la construcción de nuevos Estados sobre nuevas bases, particularmente sobre el principio de la soberanía del pueblo con todo su contenido democrático y antimonárquico.

En todo caso, la Declaración de 1789 marcó el hito de la transformación constitucional de Francia en los años subsiguientes, y así, fue recogida en el texto de la Constitución del 13 de septiembre de 1791; en el de la Constitución de 1793; y en la Constitución del año III (promulgada el 1^{er} Vendémiaire del año IV, es decir, el 23 de septiembre de 1795).

Este aporte fundamental de la Revolución de la proclamación de derechos naturales del hombre (no sólo de los franceses), tuvo sus repercusiones inmediatas en Venezuela, donde la Sección Legislativa de la Provincia de Venezuela del Congreso General, el 1° de julio de 1811, adoptó la *Declaración de Derechos del Pueblo*, incluso, antes de la firma del Acta de la Independencia el 5 de julio de 1811. Se trata de la primera declaración de derechos fundamentales con rango constitucional, adoptado luego de la Declaración Francesa, en la historia del constitucionalismo moderno, con lo cual se inició una tradición constitucional que ha permanecido invariable en Venezuela.

El texto de la Declaración de 1811, que fue luego recogido y ampliado en la Constitución de ese mismo año, puede decirse que fue la traducción de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* que precedió la Constitución francesa de 1793. Ese texto llegó a Venezuela antes de 1797, a través de un español, José María PICORNELL y GOMILLA, uno de los conjurados en la llamada "*Conspiración de San Blas*", de Madrid, de 1794, quien, una vez ésta descubierta, fue deportado a las mazmorras españolas en el Caribe.¹⁶

En el Puerto de La Guaira, en 1797, PICORNELL entró en contacto con los criollos Gual y España, y en la conspiración que llevaba el nombre de ambos, de ese año, también debelada, circuló la traducción de los Derechos del Hombre.

¹⁶ Véase GRASES (1978) p. 13.

Ese texto fue el que, catorce años después, sirvió para la *Declaración de Derechos del Pueblo* de 1811 y luego para el capítulo respectivo de la Constitución de 1811. En ese texto, sin embargo, se incorporó una novedosa norma que no encuentra antecedentes ni en los textos constitucionales norteamericanos ni franceses, y es la que contiene la "garantía objetiva" de los derechos, y que declara "nulas y de ningún valor" las leyes que contrariaran la declaración de derechos, de acuerdo a los principios que ya se habían establecido en la célebre sentencia *Marbury contra Madison* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1803).

VI. LOS PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

El séptimo de los aportes al constitucionalismo revolucionario francés concierne a la organización territorial y, particularmente a la autonomía local, que tuvo una influencia directa en el mundo americano, y, particularmente, en Venezuela. En efecto, el Antiguo Régimen fue un régimen político altamente centralizado, en el cual no había poderes locales. Los Intendentes eran la fuente única de poder en las Provincias, y las autoridades locales que podía haber, eran delegados del Intendente, sometidos a su control. No existía, por tanto, un poder municipal ni nada que se le pareciera.

Con motivo de las propuestas de reforma impositiva, en 1775, el Ministro TURGOT había planteado establecer Municipalidades, pero ello no llegó a prosperar. En cambio, la Revolución cambió la faz territorial de Francia, y por los Decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789 eliminó los antiguos reinos y las antiguas e históricas circunscripciones territoriales, estableciendo una uniformización territorial general, al dividir el país en Departamentos, éstos en Distritos, los Distritos en Cantones y éstos en Comunas, que eran las municipalidades, creándose así el Poder Municipal. En cada villa, burgo o parroquia, entonces, se constituyó una municipalidad o una comuna, generalizándose la institución municipal.

En efecto, la creación de Municipios uniformes en todo el territorio de Francia, por tanto, condujo a la sustitución definitiva de las cartas, fueros y privilegios locales, de manera que como lo observó DE TOCQUEVILLE, producto de la Revolución: "*Las instituciones deben ser las mismas para todas las partes del territorio y para todos los hombres que los habitan*".

Debe insistirse en que las reformas del régimen municipal en Francia precedieron la Revolución, con la creación antes de 1787, a iniciativa de los Ministros de Luis XVI, de las asambleas provinciales junto al Intendente, y en cada pueblo, de un cuerpo municipal electivo que sustituiría a las antiguas asambleas parroquiales, y en la mayoría de los casos, al síndico. Contrario a

las costumbres que existían, todos los poderes que se pretendieron crear fueron colectivos, y el intendente fue disminuido en su poder. Todo ello condujo a la parálisis de la administración, y, como lo apuntó DE TOCQUEVILLE, “las asambleas, queriendo mejorarlo todo, acabaron por enredarlo todo”, produciéndose entonces “una de las mayores perturbaciones que haya registrado jamás la historia de un gran pueblo”, en la cual “cada francés había experimentado una confusión particular. Nadie sabía ya ni a quien obedecer, ni a quién dirigirse”;¹⁷ y terminaba señalando DE TOCQUEVILLE, que “perdido el equilibrio de las partes que componían la Nación, un último golpe bastó para hacerla oscilar y producir el más vasto trastorno y la más espantosa confusión que hayan tenido lugar jamás”.¹⁸

La Revolución quiso poner fin a esta situación, y en el mismo año de 1789, la Asamblea Nacional Constituyente definió un nuevo orden municipal uniforme, fragmentado, generalizado y de carácter electivo; el cual en definitiva, si bien complicó aún más la situación de la Administración, puso las bases para el régimen municipal del constitucionalismo moderno. Comenzó el 4 de agosto de 1789, con un Decreto que declaró irrevocablemente abolidos “todos los privilegios particulares de provincias, principados, cantones, ciudades y comunidades de habitantes, sean pecuniarios o de cualquier otra naturaleza”¹⁹; y al mismo lo siguieron los Decretos de 14 y 22 de diciembre del mismo año 1789. En el primero se dispuso la supresión y abolición que “las Municipalidades existentes en cada villa, burgo, parroquia o comunidad”, con las denominaciones que tuvieran, y se agregó que serían sustituidas por “colectividades locales del reino” tanto en las ciudades como en el campo, con la misma naturaleza y situadas en el mismo plano constitucional, con el nombre común de municipalidad, que tendían en su cabeza al alcalde.

En el segundo Decreto se dividió el territorio francés de manera uniforme en departamentos, distritos y cantones, suprimiéndose los intendentes, y además se dispuso que “en cada villa, burgo, parroquia y comunidad del campo habrá una municipalidad”.²⁰ Este principio se consagró luego, expresamente, en la Constitución de 1791, al regular en su título “La división del Reino”, que: “El Reino es uno e indivisible: su territorio se distribuye en 83 Departamentos, cada Departamento en Distritos, cada Distrito en Cantones”.

¹⁷ DE TOCQUEVILLE (1982) p. 197.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ VANDELLI (1992) p. 28 n. 10.

²⁰ SOBOUL (1981) pp. 198 y ss.

De ello resultó que en 1791 en la Francia revolucionaria había 43.915 municipios, que comenzaron a llamarse comunas. Estas entidades municipales, además de las funciones propias de la Administración general que les podían ser delegadas, ejercían el *poder municipal*, concepto que venía de los escritos de Benjamín CONSTANT y de las propuestas de reforma del ministro TURGOT (1775)²¹, y que luego se arraigaría en el constitucionalismo iberoamericano, de manera que por ejemplo, aparece en Venezuela, a partir de la Constitución de 1857 (artículos 6 y 85).

Con esta división territorial, como lo percibió Edmund BURKE en tiempos de la Revolución: "*Es la primera vez que se ve a los hombres hacer pedazos su patria de una manera tan bárbara*"; pero DE TOCQUEVILLE acotaría años después, que en realidad, si bien "*parecía, en efecto que se desagarraban cuerpos vivos, (...) lo único que se hacía era despedazar cuerpos muertos*".²² Sin embargo, lo cierto es que el sistema produjo la disolución del Estado al haber estallado Francia en cuarenta mil pedazos, cada uno con una especie de república soberana y anárquica que no tenían nexo alguno con el poder central en construcción.

Por ello, esta reforma sólo duró cinco años, porque al tratar la Revolución de desmontar un sistema tan centralizado como el de la Monarquía Absoluta, en un sistema de división territorial donde se crearon más de 40.000 comunas o municipios, con poderes locales propios, lo que hizo fue desquiciar el Estado, por lo que fue la propia Asamblea Nacional, la que luego tuvo que retroceder en la creación del Poder Municipal.

Por ello, de tal anarquía vinieron las reformas para tratar de controlar la acción municipal desde el poder central, como por ejemplo, al atribuírsele en la Constitución de 1791 poderes anulatorios al Rey, respecto de los actos municipales; al crearse en la Ley del 14 de frimario del año II (4 de diciembre de 1793) unos agentes nacionales directamente conectados al centro (Paris) para ejercer la vigilancia sobre los municipios; y además, al pretender reducir el número de comunas en la Constitución del año III (5 fructuoso, 22 de agosto de 1795), reagrupándoselas en entidades locales, y estableciendo la subordinación de las comunas a las Administraciones departamentales, y estas a los ministros.

Pero el torbellino revolucionario que no había cesado, comenzó a producir su propia transformación con el golpe de Estado del 18 de brumario del

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (1981) p. 72, 76, 135.

²² DE TOCQUEVILLE (1982) p. 107.

año VIII (9 de noviembre de 1799), a raíz del cual Napoleón reimplantará la centralización que se había establecido en el Antiguo Régimen y que había quedado destrozada con la Revolución. Sin eliminarse las 40.000 comunas, se estableció un esquema de control centralizado sobre las mismas, creándose un sistema escalonado y jerarquizado de control sobre ellas, donde serían esenciales las figuras del prefecto y subprefecto dependientes del poder central y controlando a los alcaldes, establecidos en la Ley de 28 pluviioso del año VIII (17 de febrero de 1800).²³

La centralización administrativa por el establecimiento de esa rígida cadena institucional que unía: Ministro, Prefecto, Subprefecto y Alcalde, y que dio origen al llamado control de tutela, sin duda, fue uno de los aportes más importantes a la Administración municipal y local, y a la propia construcción del Estado centralizado. Como lo diría el Presidente François MITTERRAND, casi doscientos años después, al proponer la reforma descentralizadora de 1981: *“Francia tuvo que acudir a un poder fuerte y centralizado para hacerse. Hoy necesita un poder descentralizado para no deshacerse”*.²⁴ Esta, entre tantas, fue precisamente una de las motivaciones de la sanción de la conocida Ley francesa de Libertad de las Comunas de 1982.²⁵

Tres principios configuraron el régimen municipal napoleónico: primero, el principio de la creación de un municipio por cada colectividad local –aún de dimensiones mínimas- abarcando desde el pequeño pueblo rural hasta el gran centro urbano; segundo, el principio de la uniformidad e igualdad formal del régimen de los municipios a pesar de la diversidad territorial, geográfica y demográfica de los mismos a lo largo y ancho de los territorios estatales; y tercero, las reglas generales de funcionamiento de la tutela, como instrumento de control sobre las entidades locales. Todo ello configuró un modelo de régimen municipal, sin duda que se extendió por toda Europa.²⁶

Hacia América, sin embargo, sólo hicieron la travesía del Atlántico algunos aspectos del régimen de municipalización uniforme, pero ni el primero ni el último de los principios, es decir, el de la generalización de colectividades locales en el territorio y el del control de tutela, llegaron a nuestras costas; y al contrario, desde el inicio del siglo XIX, no sólo el municipio se ubicó en

²³ Véase VANDELLI (1992) pp. 29 y ss., GARCÍA DE ENTERRÍA (1981) pp. 107 y ss., MORELLI, (1991) pp. 31 y ss.

²⁴ Citado por CASTRO (2003) p. 26.

²⁵ Sobre la aplicación de la Ley del 2 de marzo de 1982, véase en general, TERRAZZONI (1987).

²⁶ VANDELLI (1992) pp. 153 y ss.

niveles territoriales muy alejados de los pueblos sino que además, se implantó el principio de la autonomía municipal.

En todo caso, como se dijo, la idea del Poder Municipal penetró en América Latina, y en 1811, Venezuela recogió sus influencias, al igual que las de la Revolución Americana, siendo como estaba el nuevo estado constituido por provincias aisladas, descentralizadas y con gran autonomía, que venían del esquema colonial español. La forma de unir políticamente aquellas Provincias en un solo Estado, realmente era el esquema federal, por lo que Venezuela lo tomó del federalismo de los Estados Unidos para estructurar el nuevo Estado, en Provincias soberanas (equivalentes a los Estados miembros de la Federación).

Pero además, para organizar internamente a las Provincias, los constituyentes venezolanos tomaron el esquema territorial francés, pero no en el texto de la Constitución de 1811 que organizaba una *Confederación*, sino en el de las Constituciones provinciales. No se olvide que conforme a la Constitución de 1811, las Provincias eran *Estados Soberanos*, correspondiéndoles a ellos, en sus respectivas Constituciones, disponer la organización territorial interna. Por tanto, una vez dictada la Constitución de 21 de diciembre de 1811, las Provincias comenzaron a dictar sus Constituciones regulándose en ellas, la organización territorial del país.

Es de destacar, así, por ejemplo, el esquema territorial establecido en la *Constitución de la Provincia de Venezuela* (enero 1811), cuyo territorio comprendía el área central del país, conforme al cual como en Francia, Se dividió la Provincia en cinco Departamentos, los Departamentos en Cantones y los Cantones en Distritos, estableciéndose las Municipalidades en las Capitales de Distritos. Se creó así, el Poder Municipal en 1811, en la Constitución Provincial de Venezuela agregando a la propia tradición municipal que provenía de España, los aportes de la concepción francesa. Por ello, desde el punto de vista de la organización territorial, el municipalismo venezolano puede considerarse que no tiene su origen en el español, sino más bien en la concepción francesa, que luego España recoge, con posterioridad, a partir de 1830.

APRECIACIÓN FINAL

Todos los antes mencionados aportes del constitucionalismo francés fueron fundamentales para el desarrollo del derecho constitucional posterior del mundo moderno, por supuesto, con vicisitudes en el propio país que los originó, pues después de la Revolución, y del caos institucional que surgió de la misma, vino la dictadura napoleónica y la restauración de la Monarquía a

partir de 1815, por lo que Francia continuó siendo un país con régimen monárquico durante buena parte del siglo XIX, hasta 1870. Sus frutos se dieron en estas tierras, cuando ya Francia no era una República, y los derechos del hombre, había sido eliminado del texto de las Constituciones.

Sin embargo, los aportes al constitucionalismo moderno de la Revolución fueron, a tiempo, recogidos por otros países y sin la menor duda, en particular, por los países de América Latina. En estos, en particular, los principios de constitucionalismo tanto de la Revolución Americana como de la Revolución Francesa, encontraron de inmediato campo de cultivo en nuestros países, habiéndose desarrollado conforme a moldes propios, lo que significó un avance sustancial del derecho constitucional republicano durante el siglo XIX e inicios del siglo XX, cuando todavía la mayoría de los países europeos estaban regidos por monarquías.

La realidad de este proceso, en todo caso, fue que algunas antiguas colonias españolas en Hispanoamérica, como es el caso de Venezuela, no recibieron influencia alguna para la Constitución de sus Estados independientes en 1811, del régimen político - constitucional español, que en ese momento era el propio del Antiguo Régimen, por lo demás, en crisis general por la invasión napoleónica. España, durante el siglo XIX, siguió siendo además una Monarquía, en la cual ni siquiera una Declaración de Derechos se dictó, por lo que sólo fue con la Constitución de 1978 cuando España entró, definitivamente, en los moldes del constitucionalismo moderno (declaración de derechos, control de la constitucionalidad de las leyes, Constitución como norma).

En consecuencia, fueron las transformaciones constitucionales originadas por la Revolución Americana y de la Revolución Francesa las que tuvieron mayor influencia directa en la construcción inicial del sistema constitucional hispano americano, razón por la cual nunca llegaremos a entender, adecuadamente, nuestras propias instituciones sin, en definitiva, tener claros los aportes recibidos tanto de la Revolución Francesa como de la Revolución Americana, y que he intentado resumir someramente.

Esos aportes fueron los que permitieron que a comienzos del siglo XIX, después de las primeras dos Constituciones del mundo moderno, la de los Estados Unidos de América de 1776 y la de Francia de 1791, la tercera Constitución moderna, republicana, en la historia constitucional haya sido la de Venezuela de 1811.

Para ello, en Venezuela, la Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando constituida el 19 de abril de 1810, entre los primeros actos

constitucionales que adoptó, estuvo la convocatoria a elecciones de un Congreso General con representantes de las Provincias que conformaban la antigua Capitanía General de Venezuela²⁷, cuyos diputados, en representación del pueblo constituido en Congreso constituyente, fueron los que adoptaron el 21 de diciembre de 1811 la Constitución Federal de los Estados de Venezuela, luego de haber declarado solemnemente la independencia el 5 de julio del mismo año 1811.

Antes, incluso, el Supremo Congreso de Venezuela había adoptado la tercera de las declaraciones de derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo moderno, que fue la *Declaración de Derechos del Pueblo* adoptada el 1 de julio de 1811 por el Congreso General de Venezuela, texto que meses después se recogió, ampliado, en el Capítulo VE de la Constitución de 1811.

La Constitución venezolana de diciembre de 1811, en esta forma, fue el tercer texto constitucional del mundo moderno en establecer expresa y precisamente el principio de la separación de poderes, aún cuando más dentro de la línea del balance norteamericano que de la concepción extrema francesa. El presidencialismo, se instauró en Venezuela, a partir de 1811, inicialmente como un ejecutivo triunviral, y luego, unipersonal, a partir de 1819.

Además, Venezuela fue el primer país del mundo, en 1811, después de Norteamérica, en adoptar la forma federal en la organización del Estado conforme a la concepción norteamericana; y a la vez, fue el primer país del mundo, en 1812, en haber adoptado la organización territorial municipal que legó la Revolución Francesa.

Por último, fue en Venezuela, además, en la Constitución de 1811, donde por primera vez se recogió toda la influencia del papel del Poder Judicial, como fiel de la balanza entre los poderes del Estado, proveniente fundamentalmente de la experiencia norteamericana.

Haciendo este recuento histórico, y destacando cómo Venezuela fue a comienzos del siglo XIX el suelo más fértil para comenzar el largo proceso de sembrar las raíces y cultivar el surgimiento de un Estado de derecho, montado en los principios del constitucionalismo moderno derivados de las Revoluciones norteamericana y francesa, y que encontró su desarrollo adecuado con el advenimiento del régimen democrático en la segunda mitad del siglo XX; ante la realidad de lo que ha ocurrido en Venezuela en esta primera

²⁷ Véase el texto del Reglamento de Elecciones en BREWER-CARÍAS (2008b) pp. 535-543.

década de este siglo XXI, con el asalto al poder y al Estado perpetrado por una horda de forajidos que han implantado el régimen autoritario e ineficiente que padecemos; no tengo otras expresiones que no sean las de dolor, al ver ahora completamente seco aquél otrora frondoso –aún cuando algo descuidado- árbol de la democracia y del Estado de derecho; de ver marchitados sus frutos, y sus ramas –las del poder público- cortadas despiadadamente y con furia, y lanzadas a una hoguera de una utopía desquiciada.

La esperanza de reconstruir lo perdido de democracia y de Estado de derecho es, sin embargo, lo que no perdemos, para lo cual tendremos que prepararnos en el futuro a los efectos de poder partir de las cenizas y quizás, volver a los inicios, casi como si estuviéramos en 1811; y volver a aprender, pero ahora con mejores bagajes y aportes de nuestros propios países hispano-americanos, como es el caso de esta tierra, de Chile, de la que fue la Nueva Extremadura, que tantas veces y en forma tan exitosa ha tenido que rehacer el Estado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AUBY, Jean - Marie y DRAGO, Roland (1984): *Traité de contentieux administratif* (Paris, Librairie Général de Droit et Jurisprudence) Tomo I.

BOUTMY, G. (1902) : “La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek” *Annales de l’Ecole libre des Sciences politiques* (vol. XVIII): pp. 415 - 443.

BREWER-CARÍAS, Allan R. (1992): *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer - Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1) 213 p.

____ (2005): “El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)”, AA.VV., *Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara* (Caracas, Universidad Central de Venezuela, Estudios de Derecho Público) pp. 101-189.

____ (2008a): *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno* (2ª Edición Ampliada, Bogotá, Editorial Jurídica Venezolana, Serie Derecho Administrativo n° 2, Universidad Externado de Colombia) 369 p.

- ____ (2008b): *Las Constituciones de Venezuela* (3ª edición ampliada y actualizada, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios n° 71) Tomo I.
- ____ (2010): "La Constitución de Cádiz y los principios del constitucionalismo moderno: Su vigencia en Europa y en América", AGUIAR, Asdrúbal (coordinador), *La Constitución de Cádiz de 1812, fuente del derecho Europeo y Americano. Relectura de sus principios fundamentales. Actas del IV Simposio Internacional Unión Latina* (Cádiz, Ayuntamiento de Cádiz) pp. 35 - 55.
- CASTRO, Jaime (2003): *La cuestión territorial* (2ª edición, Bogotá, Editorial Oveja Negra) 118 p.
- DE RUGGIERO, Guido (1967): *The History of the European Liberalism* (Traducc. R. G. Collingwood, Boston, Beacon Press) 253 p.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis (1982): *El Antiguo Régimen y la Revolución* (Madrid, Alianza Editorial) Tomo II.
- DÍAZ, Elías (1966): *Estado de derecho y sociedad democrática* (Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo) 140 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981): *Revolución Francesa y Administración contemporánea* (Madrid, Taurus Ediciones) 142 p.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1957): *Derecho Constitucional Comparado* (4ª edición, Madrid, Ed. Revista de Occidente) 619 p.
- GRASES, Pedro (1978): *La Conspiración de Gual y España y el Ideario de la Independencia* (2ª edición, Caracas, Ministerio de Educación, Departamento de Imprenta) 300 p.
- GINZO FERNÁNDEZ, Arsenio (2003): "Europa y America en el pensamiento de Condorcet", *Revista de Filosofía* (Maracaibo, vol. 21 n° 45): pp. 91-135.
- JELLINEK, George (1902a): *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Traducc. G. Fardis, Paris, Fontemoing) 101 p.
- ____ (1902b): "La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Réponse de M. Jellinek a M. Boutmy)", *Revue du Droits Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* (vol. XVIII): pp. 385 - 400.

MC ILWAIN, Charles Howard (1910): *The High Court of Parliament and its Supremacy* (New Haven, Yale University Press) 408 p.

MORELLI, Sandra (1991): *La Revolución Francesa y la Administración Territorial en Colombia. Perspectivas comparadas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 343 p.

RIVERO, Jean (1973a): *Droit Administratif* (6ª edición, Paris, Dalloz) 510 p.

_____ (1973b): *Les libertés publiques* (Paris, Presses Universitaires de France) Tomo I.

ROBERTSON, Arthur Henry (1982): *Human Rights in the World* (2nd edition, Manchester, Manchester University Press) 243 p.

SIEYÈS, Emmanuel - Joseph (1970): *Qu'est-ce que le Tièrs- Etat?* (Genève, Librairie Droz) 231 p.

SOBOUL, Albert (1982): *La Révolution Française* (Paris, Gallimard) 605 p.

TERRAZZONI, André (1987): *La décentralisation à l'épreuve des faits* (Paris, Librairie Général de Droit et Jurisprudence) 288 p.

VANDELLI, Luciano (1992): *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones* (Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas) 280 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Bill of Rights.

Constitución de España de 1978.

Constitución de Venezuela de 1857 y de 1811.

Constitución Francesa de 1791 y de 1958.

Constitución Norteamericana de 1776 y de 1787.

Constituciones de las Colonias Americanas de 1776.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Declaración de Derechos del Pueblo de Venezuela de 1811.

Declaración de Derechos de Virginia.

Declaraciones Americanas de 1776.

Ley 16-24, agosto de 1790 sobre la reorganización del Poder Judicial.

JURISPRUDENCIA CITADA

Marbury contra Madison (1803): Corte Suprema de los Estados Unidos, 5 U.S. 137.

Natural Law and The United States Constitution

*El Derecho Natural y la Constitución de los Estados Unidos**

ROBERT S. BARKER**

ABSTRACT: In the Declaration of Independence of the United States, the Founders proclaimed their belief in God and in the Natural Law. Eleven years later, another group of Founders met to frame an instrument that would strengthen the union of the States. Their work – the Constitution of the United States – is a practical application of the principles of the Natural Law invoked in the Declaration of Independence.

The Natural Law of the Founders of the Constitution is the classical - traditional Natural Law of Greek – Roman - Christian civilization, based upon God, and not the *Natural law* of the Enlightenment, which was based only on human reason and will.

* Versión en español de este estudio en *Actas del Simposio Internacional: Revisión del Legado Jurídico de la Revolución Francesa en las Américas*, efectuado en Santiago de Chile, 28 abril de 2011, organizado por la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins en sus 20 años.

** Master of Arts (in History) and Juris Doctor (in Law), Duquesne University. Professor at Duquesne University School of Law and Adjunct Professor at the University of Pittsburgh School of Law. <barker@duq.edu> .

Artículo recibido el 13 de abril y aprobado el 23 de mayo de 2011.

The influence of classical-traditional Natural Law is reflected in three fundamental aspects of the Constitution: limited government, subsidiarity, and the guaranteeing of rights only as against government.

KEY WORDS: Natural Law - The United States Constitution - limited government – subsidiarity – rights guarantee

RESUMEN: En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, los Fundadores proclamaron su fe en Dios y en el Derecho Natural. Once años después, otro grupo de Fundadores se reunieron para diseñar un instrumento que fortaleciera la unión entre los Estados. Su obra -la Constitución de los Estados Unidos- es una aplicación práctica de los principios del Derecho Natural invocados en la Declaración de Independencia.

El Derecho Natural de los Fundadores de la Constitución es el Derecho Natural clásico - tradicional de la civilización griega – romana - cristiana, basado en Dios, y no el *Derecho Natural* de la Iluminación, basada en la razón y voluntad humana.

La influencia del Derecho Natural clásico - tradicional se refleja en tres aspectos básicos de la Constitución: el principio de gobierno limitado, la subsidiariedad, y la práctica de garantizar derechos sólo frente al gobierno.

PALABRAS CLAVE: Derecho natural – Constitución de los Estados Unidos – gobierno limitado – subsidiariedad – garantía de los derechos

INTRODUCTION

The Constitution of the United States was written in Philadelphia between May and September, 1787, and it entered into effect in April, 1789. Today, more than two hundred twenty-two years later, it continues to be the fundamental law of the country. Over the years, much has been said in praise of the Constitution, its longevity and its various provisions; and thoughtful books and articles have been devoted to the ideals and deeds of the men who drafted this extraordinarily durable document. Frequent mention is made of the drafters' intellectual attachment to the *Natural Law*. However, what is frequently overlooked in that regard is that the Natural Law in which the Founding Fathers believed and to which they adhered, was the traditional Natural Law of classical Greece and Rome and the High Middle Ages, based on God, and not the deracinated, counterfeit *natural law* of the Enlightenment,

based on man. Despite the fact that they share the name *natural law*, those two philosophies are profoundly different. The essential features of the United States Constitution reflect and demonstrate that the Founding Fathers believed in God as the ultimate source of all law and, consequently, of all legal rights and obligations. To ignore the true Natural Law foundation of the United States Constitution is to invite abuse and degradation of that praiseworthy document.

The article that follows breaks no new ground in either law or philosophy; it attempts merely to re-emphasize certain basic characteristics of the Constitution that are all-too-often overlooked and underappreciated.

INDEPENDENCE AND THE CONSTITUTION

On July 4, 1776, the United States of America, in declaring their independence, invoked "*the Laws of Nature and of Nature's God*," proclaimed that men are "*endowed by their Creator*" with unalienable rights, appealed to "*the Supreme Judge of the world*," and concluded by expressing their reliance on "*Divine Providence*."¹

There can be no doubt that those delegates in Philadelphia who adopted that Declaration believed in, and, based our nation's independence on, the Natural Law; that is, that God, in creating the universe, implanted in the nature of man a body of Law to which all human beings are subject, which is superior to all manmade law, and which is knowable by human reason.²

Eleven years later, another group of delegates, representatives of the States, assembled in the same hall in Philadelphia, this time with the eminently practical task of creating a new structure of government for the United States, one that would establish "*a more perfect union*."³ That document, written in 1787, was ratified by the people of the several States⁴, and entered into effect in 1789 as the Constitution of the United States of America.

Since the Constitution was designed to be a practical - juridical document for the operation of a more effective government, one should not expect to find there the ringing statements of principle that characterize the

¹ *Declaration of Independence of the United States of America*, 1776.

² For a detailed review of the Natural Law, see RICE (1999).

³ For the history of the Constitutional Convention, see BOWEN (1966).

⁴ For the history of the ratification process, see MAIER (2010).

Declaration of Independence⁵, and, indeed, no such philosophical statements are present. But several important characteristics of the Constitution – indeed its *most important characteristics* – are clear and admirable applications of the Natural Law.

NATURAL LAW: TWO VERSIONS

Before examining those characteristics of the Constitution, it is important to emphasize that the Natural Law as understood by the Founding Fathers of the Constitution was the Natural Law that for two millennia had been a traditional and essential element of Western Civilization; that is, Natural law as understood and explained by, for example, SOPHOCLES⁶, ARISTOTLE⁷, CICERO⁸, St.

⁵ Henry Steele COMMAGER, "Introduction" to BOWEN (1966) n. 3, p. xxi: "*In the words of one historian, the delegates at the Constitutional Convention did not discuss abstractions like the nature of liberty....*" MORISON et al. (1969) p. 246: "*The temper of the Convention, in marked contrast to that of the French Constituent Assembly of 1789, was realistic and objective, rather than idealistic and theoretical*".

⁶ In Sophocles' play *Antigone*, the heroine (of that name) is condemned to death for having buried the body of her brother (who had been killed in battle), such burial having been prohibited by royal decree. Facing the king, Antigone justifies her disobedience by invoking a superior, natural law. She tells the king: "*I had to choose between your law and God's law, and no matter how much power you have to enforce your law, it is inconsequential next to God's. His laws are eternal, not merely for the moment. No mortal, not even you may annul the laws of God, for they are eternal*" (SOPHOCLES, 1999, p. 209).

⁷ In his *Rhetoric*, ARISTOTLE (1958) p. 369, asserts: "*The two sorts of law ... are the particular and the universal. Particular law is the law defined and declared by each community for its own members.... Universal law is the law of nature....there really exists, as all of us in some measure divine, a natural form of the just and unjust which is common to all men, even when there is no community to bind them to one another*".

⁸ CICERO (1941) p. 188: "*True law is right reason in agreement with nature; it is of universal application, unchanging and everlasting.... It is a sin to try to alter this law, nor is it allowable to attempt to repeal any part of it, and it is impossible to abolish it entirely. We cannot be freed from its obligations by senate or people.... And there will not be different laws at Rome and at Athens, or different laws now and in the future, but one eternal and unchangeable law will be valid for all nations and all times, and there will be one master and ruler, that is, God, over us all, for he is the author of this law, its promulgator, and its enforcing judge. Whoever is disobedient is fleeing from himself and denying his human nature....*".

Thomas AQUINAS⁹, and FRANCISCO DE VITORIA.¹⁰ It was the Founders' traditional understanding of Natural Law, rather than the various "enlightenment" versions, that were most influential in the thinking that characterizes the United States Constitution.

The fundamental difference between the classical - traditional understanding of the Natural Law and that of the Enlightenment is that the classical - traditional thinkers knew and declared that *God* is the author and source of the Natural Law, and that human reason is the faculty by which the Law established by God is made accessible to man, while the philosophers of the Enlightenment (who inspired the French Revolution) rejected God as the author of the Natural Law, or diminished His significance, and elevated human reason, or the general will, or a legislative majority to the position of supremacy. In the words of one historian, the Enlightenment philosophers "*deified nature and denatured God*".¹¹ These differences can produce, and in fact have produced dramatic differences in the activities of the governments of the nations of the world.¹²

⁹ AQUINAS (s.d.) pp. 32-33, 40-54. See also COPLESTON (1970) pp. 199 - 242.

¹⁰ PAGDEN and LAWRENCE (1991) p. 10, Vitoria affirmed that "*public power is founded upon natural law, and if natural law acknowledges God as its only author, then it is evident that public power is from God, and cannot be over-ridden by conditions imposed by men or by any positive law*".

¹¹ BECKER (1958) p. 51, says that for the Illuminati "... *Nature was now the new God ...*". See also, HERBERT W. SCHNEIDER "Editor's Introduction" to HOBBS (1958) pp. vii-ix, RUDÉ (1975) pp. 142-144 (with respect to ROUSSEAU and ROBESPIERRE), and BURKE (1999) pp. 208 - 209.

¹² The famous French observer and analyst TOCQUEVILLE, in his classic work, *Democracy in America* (1969) p. 295, wrote in 1835: "*The religious atmosphere of the country was the first thing that struck me on arrival in the United States. The longer I stayed in the country, the more conscious I became of the important political consequences resulting from this novel situation. / In France I had seen the spirits of religion and of freedom almost always marching in opposite directions. In America I found them intimately linked together in joint reign over the same land*".

The great Venezuelan constitutionalist of our own day, Dr. Allan R. BREWER-CARÍAS (1992) p. 186, speaking of the French Revolution, says: "*One principle that arises from French revolutionary constitutionalism is that of national sovereignty. / ... [I]n the absolutist regime, the sovereign was the Monarch, who exercised all powers, including the authorization of the State Constitution. With the Revolution, the King is deprived of his sovereignty..., ceases to be King of France, and becomes King of the French, sovereignty being transferred to the people. Thus the idea of the Nation arises, in order to deprive the King of his sovereignty, but as sovereignty existed only in the person who could exercise it, the idea of the 'Nation', as the personification of the people, was necessary to replace the King in its exercise. In*

THE NATURAL LAW OF THE FOUNDERS

The most influential Founders of the United States Constitution saw God as the source of the supreme rules of law and government, and applied the Natural Law in their work in the 1787 Constitutional Convention. Let us examine the thinking of the four most influential delegates at the Convention.

James MADISON, of Virginia, considered the "*Father of the Constitution*" wrote, two years before the Philadelphia Convention, of the duty that man owes to God: "*This duty is precedent, both in order of time and in degree of obligation, to the claims of Civil Society. Before any man can be considered as a member of Civil Society, he must be considered as a subject of the Governor of the Universe*".¹³

Alexander HAMILTON, of New York, said that God: "*(...) has constituted an eternal and immutable law, which is indispensably obligatory upon all mankind, prior to any human institution whatever. This is what is called the law of nature (...). Upon this law depend the natural rights of mankind. The sacred rights of mankind (...) are written, as with a sunbeam, in the whole volume of human nature, by the hand of Divinity itself, and can never be erased or obscured by mortal power (...). No tribunal, no codes, no systems, can repeal or impair this law of God, for by his eternal law, it is inherent in the nature of things*".¹⁴

James WILSON, of Pennsylvania, considered by everyone the second or third most influential delegate at the Constitutional Convention, not only affirmed the traditional, Divinely - based understanding of the Natural Law, but indeed, refuted and rejected the Enlightenment ideas that utilized that same name:

the words of Barthélemy: 'There would be one sovereign person who was the King. Another person had to be found in opposition to him. The men of the Revolution found that sovereign person in a moral person: the Nation. They took the Crown from the King and placed it on the head of the Nation'".

The long-term consequences of these philosophical difference are noted by the Spanish jurist AHUMADA (2005) p. 254: "*The liberal State of nineteenth century European law, by basing the safety and liberty of the individual upon the system of State norms, led inevitably to the conclusion that there is no genuinely fundamental right other than 'to be treated in accordance with the laws of the State'*".

¹³ MADISON (1987) p. 82.

¹⁴ HAMILTON (2002) p. 132.

“That our Creator has a supreme right to prescribe a law for our conduct, and that we are under the most perfect obligation to obey that law, are truths established on the clearest and most solid principles (...). There is only one source of superiority and obligation. God is our creator: in him we live, and move, and have our being; from him we have received our intellectual and our moral powers: he, as master of his own work, can prescribe to it whatever rules to him shall seem meet. Hence our dependence on our Creator: hence his absolute power over us. This is the true source of all authority (...). The law of nature is universal. For it is true, not only that all men are equally subject to the command of their Maker; but it is true also, that the law of nature, having the foundation in the constitution and state of man, has an essential fitness for all mankind, and binds them without distinction.

*This law, or right reason, as Cicero calls it (...) is, indeed (...) a true law, conformable to nature, diffused among all men, unchangeable, eternal”.*¹⁵

George WASHINGTON, delegate from Virginia and President of the Constitutional Convention, and the most respected man in the country, said very little during the debates in Philadelphia, but did express himself on other occasions. In his first year as President of the United States, he issued a Thanksgiving Proclamation that began this way: *“Whereas, it is the duty of all Nations to acknowledge the providence of Almighty God, to be grateful for his benefits, and humbly to implore his protection and favor (...).”*¹⁶

Many other delegates at the Philadelphia Convention, such as John DICKINSON¹⁷ of Delaware and Daniel CARROLL¹⁸ of Maryland, also expressed their adherence to the traditional concept of Natural Law.

It should be remembered that a large number of the delegates to the Constitutional Convention were educated in the law, and most of those were practicing lawyers.¹⁹ At that time the most widely - used lawbook, for students and practitioners in the United States as in England, was Blackstone’s

¹⁵ HALL and HALL (2007) pp. 500, 501, 523.

¹⁶ WASHINGTON (1997) p. 386.

¹⁷ DICKINSON in NOVAK (2002) p. 75 said, *“Our liberties do not come from charters; for these are only the declarations of preexisting rights. They do not depend on parchment or seals; but come from the King of Kings and the Lord of all the earth”.*

¹⁸ CARROLL in NOVAK (2002) p. 140 - 142.

¹⁹ Of the thirty-nine signers of the Constitution, at least twenty were practicing lawyers. Saul K. PADOVER (1953) pp. 35 - 36.

Commentaries. BLACKSTONE says the following: “*This law of nature, being co-eval with mankind and dictated by God himself, is of course superior in obligation to any other. It is binding all over the globe, in all countries, and at all times: no human laws are of any validity, if contrary to this; and such of them as are valid derive all their force, and all their authority, mediately or immediately, from this original*”.²⁰

Many of the Founding Fathers were familiar with the writings of Enlightenment thinkers, particularly those of John LOCKE²¹; however, it is clear that the dominant philosophical and ethical influence was that of classical Natural Law. The philosophy of LOCKE was so tempered in the United States by its immersion in the older and larger classical tradition²², that in the new nation it did not operate in opposition to traditional Natural Law.²³

How, then, are the Natural Law understandings of the Founders reflected in the Constitution? Most importantly, in three interrelated ways:

First, in the establishment of limited government;

Second, in the establishment and recognition of subsidiarity; and

Third, in the guaranteeing of rights only as against the government.

TRADITIONAL NATURAL LAW AND LIMITED GOVERNMENT

First, the establishment of limited government. The Natural Law tradition, as enunciated by, for example, ARISTOTLE, CICERO, St. Thomas AQUINAS, and Francisco de VITORIA, and as affirmed by HAMILTON, WILSON, MADISON, WASHINGTON, and others, holds that the state, and human law, are by nature limited; that is to say, there are things that government may not do. The Constitution drafted in Philadelphia reflects this principle by establishing a national government of enumerated powers. The powers of each branch of the national government are specified, with the necessary implication that all powers not thereby granted, are denied. Article I begins by stating: “*All*

²⁰ BLACKSTONE (1979) p. 41.

²¹ LOCKE (1955).

²² See, Russell KIRK, “Introduction” to LOCKE (1955) pp. iv-xiii.

²³ In the words of the historian Ahlstrom, (1975) p. 435, in the United States “*the wines of the Enlightenment were sipped with cautious moderation*”. See also COPLESTON (1964) p. 176, ROSSITER (1966) pp. 59 - 60, MARTY (1985) pp. 154 – 156, ADAMS (1958) pp. 172 - 177.

legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States (...).²⁴

It does not say that “*all legislative powers shall be vested*” in the Congress, but only those powers granted by the Constitution shall be so vested.

Article II begins with the words, “*The executive Power shall be vested in a President of the United States of America*”, but proceeds to specify the President’s powers, thereby limiting the presidential authority.²⁵

Article III, establishing the national judiciary, states that “*The Judicial Power shall extend to*” certain specified categories of “*cases and controversies*”²⁶, thereby limiting that branch of government as well.

Another manifestation of the principle of limited government is found in the separation of powers and system of checks and balances within the national government. Either HAMILTON or MADISON – it is not known for certain which of them – advocating the ratification of the Constitution, said:

“(...) the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others (...). Ambition must be made to counteract ambition (...) the constant aim is to divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other – that the private interest of every individual may be a sentinel over the public rights. These inventions of prudence cannot be less requisite in the distribution of the supreme powers of the State”.²⁷

Thus, for example, the national government is divided into three branches: legislative, executive, and judicial²⁸; the legislative branch is, in turn, divided into two chambers²⁹; the President has a qualified veto of bills passed

²⁴ Constitution of the United States of America (hereinafter, *Constitution*), art. I, §1.

²⁵ *Constitution*, art II, §§1-3.

²⁶ *Constitution*, art. III, §2.

²⁷ Alexander HAMILTON or James MADISON, *The Federalist*, No. LI, (February 8, 1788), in HAMILTON et al. (1994) pp. 347, 348.

²⁸ *Constitution*, arts. I, II, III.

²⁹ *Constitution*, art. I, §§1-3.

by Congress³⁰; and the President and the Senate both participate in the appointment of federal judges and the making of treaties.³¹

TRADITIONAL NATURAL LAW AND THE SUBSIDIARITY

The second Natural Law principle embedded in the Constitution is the principle of subsidiarity; that is, the principle that government should perform only those tasks not better performed by the family or by private associations³²; and that, when it *is* appropriate for government to intervene, governmental authority should be exercised by the smallest, most local unit of government capable of effectively performing the task.³³ The United States Constitution had as its principal purpose the re-allocation of governmental power between

³⁰ Constitution, art. I, §7.

³¹ Constitution, art. II, §2.

³² In the words of Professor RICE (1999) p. 43: *"The jurisprudence of the Enlightenment is an individualist, utilitarian positivism. It leaves no room for mediating institutions, such as the family and social groups, between the individual and the state.... The natural law tradition, by contrast, includes the principle of subsidiarity, which emphasizes the role of intermediate family and voluntary groups...which stand between the individual and the state."* Professor FINNIS (1998) pp. 242, 243, 247-248, treatise on the philosophy of St. Thomas AQUINAS, explains the origin of subsidiarity this way: *"Prior to or independently of any politically organized community, there can exist individuals and families and indeed groups of neighbouring families... The family, essentially husband, wife, and children, is antecedent to, and more necessary than, political society... What is it that solitary individuals, families, and groups of families inevitably cannot do well? [I]ndividuals and families cannot well secure and maintain the elements which make up the public good of justice and peace.... And so their instantiation of basic goods is less secure and full than it can be if public justice and peace are maintained by law and other specifically political institutions and activities, in a way that no individual or private group can appropriately undertake or match".*

³³ This "governmental subsidiarity" is an obvious corollary to the general principle of subsidiarity. Its importance in the constitutional system of the United States is recognized by MADISON in *Federalist*, No. XIV, in HAMILTON et al. (1994) p. 85: *"In the first place it is to be remembered that the general [i.e., national] government is not to be charged with the whole power of making and administering laws. Its jurisdiction is limited to certain enumerated objects, which concern all the members of the republic, but which are not to be attained by the separate provisions of any. The subordinate governments, which can extend their care to all those other objects which can be separately provided for, will retain their due authority and activity. Were it proposed by the plan of the convention to abolish the governments of the particular states, its adversaries would have some ground for their objections; though it would not be difficult to show that if they were abolished the general*

the national government and the various States.³⁴ The Constitution of the United States, by limiting the powers of the national government, and at the same time acknowledging that the States have retained governmental powers, establishes the principle of subsidiarity, a principle confirmed by the Tenth Amendment, which was adopted in 1791 as part of the Bill of Rights: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*”.³⁵

TRADITIONAL NATURAL LAW AND GUARANTEES OF RIGHTS

This principle of subsidiarity is further demonstrated by the fact that the national Constitution does not regulate the internal governmental organization of the States, but rather leaves them free to apply the principle of subsidiarity in their respective state constitutions and statutes, which all of them have done.³⁶

The traditional Natural Law has always recognized that “*the social nature of man is not completely fulfilled [by or] in the state, but is realized in and by various intermediary groups, beginning with the family and including economic, social, political, and cultural groups which stem from human nature itself and have their own autonomy*”.³⁷ In other words, the state should not attempt to control all of society, try to meet all societal needs, or subordinate all other groups to governmental domination. The family, the Church, labor unions, political parties, and schools and universities have a right to exist and to operate, independent of the government.

The Founders of the Constitution recognized this, and that recognition is reflected in the way in which rights are guaranteed by the Constitution: rights are guaranteed by prohibiting government – the national government and the governments of the States from doing certain things. For example, the First

government would be compelled, by the principle of self-preservation, to reinstate them in their proper jurisdiction.”

³⁴ As ROSSITER (1966) p. 63, observed, in a slightly different context, the delegates at the Constitutional Convention believed that “[g]overnment must be kept as near to the people as possible....”.

³⁵ Constitution, amendment X.

³⁶ Each one of the States, then and now, has its own constitution, laws, and system of courts. Each State has divided itself into “*counties*” (which in Louisiana are called “*parishes*”), and each county is divided into municipalities. With respect to Pennsylvania, for example, see TROSTLE (2009) vol. 119.

³⁷ See, RICE (1999) p. 277, citing Pope John Paul II’s encyclical *Centesimus Annus*.

Amendment (adopted in 1791) states: "*Congress shall make no law respecting (...)*".

The Fourteenth Amendment, adopted just after the Civil War, provides that "*No State...*" shall deprive persons of due process of law or the equal protection of the laws. In other words, the Constitution does not purport to regulate all of society; neither does it attempt to "*guarantee*" everything that might be considered desirable. The classical and medieval exponents of the Natural Law understood that, given the limitations and imperfections of human nature, "*the law should not try to prescribe every virtue and forbid every vice*"³⁸, and the Founding Fathers and their Nineteenth Century successors understood it as well.³⁹ Thus, the Constitution, in protecting rights, does not seek to create an absolutist government or to deprive the family and private intermediate institutions of their legitimate freedom of action.

In drafting and promoting a Constitution of limited government, subsidiarity both in governmental and in larger societal matters, and restraint in the imposition of obligations, the Founders did not explicitly declare that they were applying classical Natural Law principles.⁴⁰ Such a declaration would have been both inappropriate and unnecessary.⁴¹ But anyone who doubts the overwhelming influence of the Natural Law should read the best-known of the *Federalist Papers* – No. 10, written in 1787 by James MADISON, "*the Father of the Constitution*", to urge the ratification of the Constitution by the State of New York.

³⁸ See, AQUINAS (s.d.) pp. 70-71.

³⁹ MADISON, *Federalist*, No. XLI, in HAMILTON *et al.* (1994) p. 268, recognized this principle when he wrote: "*(...) in every political institution, the power to advance the public happiness involves a discretion which may be misapplied and abused (...). Therefore, ... in all cases where power is to be conferred, the point first to be decided is, whether such a power be necessary to the public good; as the next will be, in case of an affirmative decision, to guard as effectually as possible against a perversion of the power to the public detriment*".

In ROSSITER's words (1966) p. 63, the consensus that dominated the Constitutional Convention included the principle that "*[g]overnment must be limited – in purpose, reach, methods, and duration*".

⁴⁰ The historian R. R. PALMER (1964) p. 229 observes that, "*The men at Philadelphia in 1787 were too accomplished as politicians to be motivated by anything so impractical as ideology or mere self-interest*"

⁴¹ ROSSITER (1962) p. 103, calls the Constitution the permanent monument to the success of the delegates who declared independence.

THE DANGER TODAY

Federalist No. 10 reveals a classical Natural Law understanding of the nature of man and of government. Man is neither depraved nor angelic, but fallen – capable of good but subject to temptation. The state and government are natural institutions, not artificial creations. Government exists neither to perfect man [which it cannot do] nor to repress him [which it should not do], but rather to pursue the limited goal of promoting the common good by acting or refraining from acting, as the situation may require, always in accordance with its own nature and the nature of man.⁴²

As we know, the Natural Law has been under attack for more than a century, not just in the United States, but throughout the Western World. Those attacks have made it easier for activist courts and weak or misguided legislators to reject or ignore the Natural Law foundation of Western Civilization and of the United States Constitution⁴³, and to adopt programs that deny the inherent dignity and essential equality of every human being, that weaken the family⁴⁴, that distort education⁴⁵, that seek to make all groups and organizations in society subservient to the state⁴⁶, and that even deny legal protection to the weakest and most innocent among us.⁴⁷

With respect to many of these excesses, then-Justice Byron White of the United States Supreme Court, in an opinion written in 1986, observed: *“The Court is most vulnerable and comes closest to illegitimacy when it deals with*

⁴² MADISON, *Federalist*, No. X, HAMILTON et al. (1994) pp. 54 - 62.

⁴³ As Professor BERMAN (1985) p. 348: “(...) in the past two generations (...) the public philosophy of America [has] shifted radically from a religious to a secular theory of law, from a moral to a political or instrumental theory, and from a historical to a pragmatic theory (...). The triumph of the positivist theory of law – that law is the will of the lawmaker – and the decline of rival theories (...) have contributed to the bewilderment of legal education”.

⁴⁴ In some States, all adoption agencies – private as well as public – are required by law to place children with homosexual couples, and pharmacists are required to dispense contraceptive pills and devices, and even abortifacients.

⁴⁵ Concerning governmental discrimination against religious education, see, for example, *Locke v. Davey* (2004).

⁴⁶ In many States, government has limited the right of private voluntary groups to establish and maintain their own membership criteria. See, for example, *Roberts v. United States Jaycees* (1984).

⁴⁷ In *Roe v. Wade* (1973), the United States Supreme Court created a “constitutional right” to abortion.

judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or design of the Constitution"⁴⁸.

Justice White was correct. It should be added that a renewed awareness of the Natural Law and of its foundational role in making of the United States Constitution would be of enormous benefit to my country and to its role in the world.

CONCLUSION

The Natural Law tradition expounded by such classical writers and thinkers as SOPHOCLES, ARISTOTLE, and CICERO, and refined in the Christina era by, most significantly, St. Thomas AQUINAS, was the principal juridical building block of Western Civilization. In 1776, when the United States of America declared their independence from Great Britain, their Declaration of Independence set forth certain principles that clearly demonstrated the Natural Law basis of that independence. Eleven years later, those same United States, desiring to form a more perfect union, established a Constitution. That Constitution, which endures to this day, does not proclaim philosophical principles, but rather establishes juridical norms, which, however, are practical applications of the traditional Natural Law. The basic principles of the United States Constitution: limited government, subsidiarity, and the careful delineation of rights, are rooted in the classical-Christian tradition of the Natural Law. The United States Constitution cannot properly be understood apart from that tradition. Indeed, ignoring the Natural Law origins of the Constitution has opened the door to today's "*constitutional jurisprudence*" that attacks human life through the judicial constitutionalization of abortion, that subverts the family through the judicial constitutionalization of (the oxymoronic) "*homosexual marriage*", and that is gradually destroying intermediary institutions and personal liberty through the imposition of governmental control over what had once been private activities, professions, and associations.

A renewed awareness of the Natural Law and of its formative influence on the United States Constitution will lead to a more accurate application of the Constitution itself, and to a healthier understanding of the role of law in human affairs.

⁴⁸ *Bowers v. Hardwick* (1986).

BIBLIOGRAPHY

- ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (3rd edition, New York, Barnes Noble, Inc.) 216 p.
- AHLSTROM, Sidney E. (1975): *I A Religious History of the American People* (Garden City, N.Y., Doubleday & Co.) 697 p.
- AHUMADA RUIZ, Marian (2005): *La Jurisdicción Constitucional en Europa* (Cizur Menor, Thomson Civitas) 331 p.
- AQUINAS, Thomas (*sine data*): *Treatise on Law (Summa Theologica, Questions 90-97)* (Chicago, Henry Regnery Company) 86 p.
- ARISTOTLE (1958): *The Politics of Aristotle* (Ernest Barker, ed. and tr., New York, Oxford University Press) 411 p.
- BECKER, Carl L. (1958): *The Declaration of Independence: A Study in the History of Political Ideas* (New York, Vintage Books) 286 p.
- BERMAN, Harold (1985): "The Crisis of Legal Education in America," *Boston College Law Review* (vol. 26): pp. 347 – 352.
- BLACKSTONE, William (1979): *I Commentaries on the Laws of England* (Chicago, University of Chicago Press) 473 p.
- BOWEN, Catherine Drinker (1966): *Miracle at Philadelphia: The Story of the Constitutional Convention, May to September, 1787* (Boston, Little, Brown and Co.) 346 p.
- BREWER - CARIÁS, Allan R. (1992): *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana) 208 p.
- BURKE, Edmund (1999): "Reflections on the Revolution in France," *II Selected Works of Edmund Burke* (Indianapolis, Liberty Fund) pp. 208 - 209.
- CICERO, Marcus Tullius (1941): "Republic, III," FOSTER, Michael B. (ed.), *Masters of Political Thought* (Cambridge, Massachusetts, The Riverside Press) 302 p.
- COPLESTON, Frederick C. (1964): *A History of Philosophy: Modern Philosophy, Part I: Hobbes to Paley* (Garden City, N.Y., Doubleday & Co.) 236 p.

- ____ (1970): *Aquinas* (Harmondsworth, England, Penguin Books) 272 p.
- FINNIS, John (1988): *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (Oxford, Oxford University Press) 385 p.
- HALL, Kermit L. y HALL, Mark David (eds.) (2007): *I Collected Works of James Wilson* (Indianapolis, Liberty Fund) 746 p.
- HAMILTON, Alexander (2002): "The Farmer Refuted," NOVAK, Michael, *On Two Wings: Humble Faith and Common Sense at the American Founding* (San Francisco, Encounter Books) 235 p.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John (1994): *El Federalista* (Trans. Gustavo R. Velasco, 5th reprinting, México, Fondo de Cultura Económica) 430 p.
- HOBBS, Thomas (1958): *Leviathan: Parts One and Two* (New York, The Library of Liberal Arts Press, Inc.) 298 p.
- LOCKE, John (1955): *Of Civil Government: Second Treatise* (Chicago, Henry Regnery Company) 205 p.
- MADISON, James (1987): "Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments," KURLAND, Philip B. and LERNER, Ralph (eds.), V *The Founders' Constitution* (Indianapolis, Liberty Fund) 503 p.
- MAIER, Pauline (2010): *Ratification: The People Debate the Constitution, 1787-1788* (New York, Simon & Schuster) 589 p.
- MARTY, Martin E. (1985): *Pilgrims in Their Own Land: 500 Years of Religion in America* (New York, Penguin Books) 500 p.
- MORISON, Samuel Eliot, COMMAGER, Henry Steele and LEUCHTENBERG, William E. (1969): *The Growth of the American Republic* (6th edition, New York, Oxford University Press) vol. I.
- NOVAK, Michael, *On Two Wings: Humble Faith and Common Sense at the American Founding* (San Francisco, Encounter Books) 235 p.
- PADOVER, Saul K. (1953): *The Living Constitution* (New York, Mentor Books) 176 p.

- PAGDEN, Anthony and LAWRENCE, Jeremy (eds.) (1991): *Vitoria: Political Writings* (Cambridge, Cambridge University Press) 399 p.
- PALMER, R. R. (1964): I *The Age of the Democratic Revolution* (Princeton, Princeton University Press) 534 p.
- RICE, Charles (1999): *50 Questions on the Natural Law: What It Is and Why We Need It* (San Francisco, Ignatius Press) 411 p.
- ROSSITER, Clinton (1962): *Conservatism in America* (2nd edition, New York, Vintage Books) 306 p.
- _____ (1966): *1787: The Grand Convention* (New York, W. W. Norton & Co.) 443 p.
- RUDÉ, George (1975): *Revolutionary Europe, 1793-1815* (New York, Harper & Row Publishers, Inc.) 427 p.
- SOPHOCLES (1999): "Antigone", SLAVITT, David R. y BOVIE, Palmer (eds.), *Sophocles, 2: King Oedipus, Oedipus at Colonus, Antigone* (Trans. Kelly CHERRY, Philadelphia, University of Pennsylvania Press) 274 p.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1969): "Democracy in America", MAYER, J. P. (ed.), (Trans. George LAWRENCE, New York, Doubleday & Co.) 779 p.
- TROSTLE, Sharon (ed.) (2009): *The Pennsylvania Manual* (Harrisburg, Commonwealth of Pennsylvania) vol. 199.
- WASHINGTON, George (1997): "Thanksgiving Proclamation, New York, October 3, 1789," BENNET, William J. (ed.), *Our Sacred Honor: Words of Advice from the Founders in Stories, Letters, Poems, and Speeches* (New York, Simon & Schuster) 430 p.

STATUTORY MATERIAL

- Constitution of the United States of America, U.S.C.A. *Constitution* (27 volumes, unnumbered).
- Declaration of Independence of the United States of America (July 4, 1776), U.S.C.A. *Constitution* (first volume, pp. 1-5).

CASES

Bowers v. Hardwick (1986): Corte Suprema de los Estados Unidos, 478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841, 93 L.Ed.2d 140.

Roe v. Wade (1973): Corte Suprema de los Estados Unidos, 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147.

Roberts v. United States Jaycees (1984): Corte Suprema de los Estados Unidos, 468 U.S. 609, 104 S. Ct. 3244, 82 L.Ed.23 462.

Locke v. Davey (2004): Corte Suprema de los Estados Unidos, 540 U.S. 712, 124 S.Ct 1307, 158 L.Ed.2d 1.

LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA ECONÓMICA Y SUS NUEVAS MANIFESTACIONES: LA IRRUPCIÓN DEL DENOMINADO SOFT LAW

*The administrative regulations
in economics issues its new
manifestations: irruptions of the so
called soft law*

JOSÉ LUIS LARA ARROYO*

* El autor es profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad Adolfo Ibáñez en materias propias del Derecho de la Regulación y de la Resolución Alternativa de Controversias. Actualmente cursa el Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica, en cuyo contexto elaboró el trabajo que a continuación se presenta. <jllara@uc.cl>.

Artículo recibido el 24 de mayo y aprobado el 30 junio de 2011.

RESUMEN: Nuestra regulación económica se estructura sobre la base de la subsidiariedad y de la libre iniciativa económica conforme al estatuto jurídico previsto en la Constitución Política de la República (CPR). La regla general es que todo emprendimiento económico queda subordinado a las normas de derecho común aplicables, sin perjuicio de aquellas esferas de la actividad empresarial que por su naturaleza impongan el establecimiento de reglas especiales. Este régimen especial ha dado origen a nuevas formas de regulación en materia económica, en su gran mayoría con motivo de la importación de instrumentos normativos comparados. Así, irrumpe la figura del *soft law* administrativo a través de la dictación de guías, directivas e instrucciones que suelen solapadamente "*regular*" actividades económicas planteando la disyuntiva de si existe realmente el *soft law* en nuestro ordenamiento o estamos frente a un *hard law* exceptuado de mecanismos de control de la actividad formal de la administración.

PALABRAS CLAVES: regulación - acto administrativo - *soft law*

ABSTRACT: Our economic regulation is structured on the basis of the subsidiarity and free economic initiative in accordance with the legal status provided for in the Constitution. The general rule is that any undertaking economic is going to be subordinated to the rules of common law applicable, without prejudice to those areas of business activity that by its nature imposed the establishment of special rules. This special regime has given rise to new forms of regulation in the economic sphere, in its great majority on the occasion of the importation of normative instruments compared. As well it reinserts the figure of the *soft law* administratively through the issuance of guidelines, directives and instructions that are often sneak into "*regular*" economic activities pose a dilemma if there is actually the *soft law* in our legal system or we will be faced with a *hard law* exempted from control mechanisms of formal activities of the administration.

KEY WORDS: regulations –administrative act- *soft law*

INTRODUCCIÓN

Cualquiera sea la entidad de un determinado emprendimiento económico, como tal, este se encuentra amparado por la garantía constitucional del artículo 19 n° 21 de la CPR, en cuanto nuestro ordenamiento asegura a todas las personas la libre iniciativa económica en la medida que se ejerza

con respeto a las normas legales que la regulen. De ahí, que en nuestro medio – ya a partir de la CPR - se consagra la libertad de empresa o libertad de emprendimiento con la sola sujeción a respetar *las normas legales que la regulen*, esto es, en cuanto dicha actividad se sujete al ordenamiento regulador vigente.

Por lo anterior, el ámbito de actuación de los sujetos económicos quedará subordinado al régimen regulatorio imperante. Dicho régimen regulador nos lleva a analizar los distintos eslabones tanto a nivel de estatuto general como particular o sectorial, desarrollándose a través de la regulación legal e *infra* legal, manifestada de manera principal a través del ejercicio de la potestad reglamentaria tanto de los entes dependientes (administración centralizada) como servicios públicos autónomos (administración descentralizada).

Es precisamente este último eslabón del engranaje regulatorio, el que nos interesa abarcar en esta investigación, esto es, el relativo a la regulación a través del actuar administrativo de los distintos organismos con potestades normativas, fiscalizadoras, sancionatorias y en definitiva reguladoras de una determinada actividad económica, y, en cuanto dicha actividad material de la Administración últimamente no se ha reducido únicamente a la dictación de actos administrativos convencionales – decretos y resoluciones - sino que se ha visto sujeta a otro tipo de manifestaciones normativas que denominaremos *soft law* o derecho referencial.

Con todo, previo a efectuar un análisis de la recepción del denominado derecho referencial en nuestro ordenamiento económico, nos pronunciaremos acerca del régimen regulatorio chileno en materia económica así como respecto de sus principios y características, tanto desde la perspectiva general como particular, para posteriormente referirnos a estas nuevas fuentes de regulación y esbozar sus contornos, implicancias y desafíos desde el punto de vista normativo.

I. LA REGULACIÓN ECONÓMICA. PRESUPUESTOS DE LA REGULACIÓN DE UNA DETERMINADA ACTIVIDAD

La regulación¹ importa una manifestación del actuar administrativo en orden a disciplinar una determinada actividad. El problema reside en

¹ En tal sentido, semánticamente, la expresión “regular” importa “Ajustar, reglar o poner en orden algo”, o “Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”. Vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Disponible edición digital en <www.rae.es>, fecha consulta: 16 de julio de 2010.

determinar cuál es el *quantum* y la forma adecuada de regular un determinado sector de una precisa actividad en un momento dado. En cuanto a lo primero, nos lleva al tradicional péndulo existente entre modelos de regulación más bien intensivos que a momentos pueden ser manifestaciones de intervencionismo, frente a modelos más bien liberales que tienden más bien a predicar las bondades de la autorregulación, como en la especie acontece con la reducción de costos de transacción.

Bajo la esfera del Derecho Comparado se ha identificado la potestad reguladora con la facultad de policía de los estados. De esta manera, la doctrina ha sostenido que por regular debe entenderse, *"una forma de intervención que ejercen ciertas autoridades administrativa y que consiste en imponer, en vistas de asegurar el orden público, limitaciones a las libertades de los individuos"*.² Ahora bien, la materialización de la regulación a través de la función reguladora o de policía ha llevado a que se entienda esta última como *"aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de interés público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos y con la finalidad de garantizar el normal ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos"*.³

En nuestro medio, Arturo FERMANDOIS, desde el punto de vista constitucional, entiende la regulación como aquella que *"somete a la actividad al imperio de una normativa que le señala el cómo debe ejercerse"*.⁴ Esta concepción en nuestro medio de "regulación" ha sido refrendada por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar *"que, regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de "regular" un accionar privado, se pueden llegar hasta obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho (...)"*.⁵

La actividad económica en Chile no se encuentra sujeta a una regulación especial sino afecta a aquella aplicable a todo actuar individual, subordinándose al estatuto general aplicable a los particulares, estructurado sobre la base de la autonomía de la voluntad, la buena fe negocial y las normas jurídicas de general aplicación, salvo tratándose de aquellos casos que el

² VIDAL (2008) p. 315.

³ GARRIDO (2002) pp. 156 y 157.

⁴ FERMANDOIS (2006) p. 139.

⁵ Tribunal Constitucional. *Decreto Supremo n° 327 del Ministerio de Obras Públicas, rol n° 167* (1993) considerando 14°.

legislador estimó necesario disciplinar, en atención, entre otros, al interés público comprometido.

Por esta razón, la regla general va a ser que una actividad económica quede en principio sujeta al régimen jurídico común aplicable a los particulares, esto es a la normativa civil, comercial, laboral, tributaria, etc., contemplada principalmente en las compilaciones recogidas tanto por el Código Civil (CC) como por el Código de Comercio.

En consecuencia, la estructura regulatoria se desprende del rol subsidiario del Estado, emanado de la propia CPR, en cuanto impone como deber del Estado fomentar y promover la libre iniciativa individual, respetando las normas que la regulen en cuanto éstas se encuentren expresamente establecidas. Lo anterior, en atención a que nuestro sistema constitucional establece las bases de protección de toda actividad económica tanto por la vía formal como sustancial, esto es, al imponer un límite al actuar de los órganos administrativos y por otra parte, al consagrar un verdadero estatuto tutelar del emprendimiento económico en Chile.

En efecto, la CPR consagra un preciso límite tanto al legislador como a la autoridad administrativa, al disponer que sólo se puede regular una actividad económica en virtud de una norma legal, y por otra parte, al circunscribir el ámbito de competencias y facultades de los aludidos organismos públicos a una expresa habilitación legal previa (artículos 6 y 7 de la CPR), estableciendo un freno a cualquier intento regulador –sin sustento legal– por parte de la autoridad administrativa.

Por otra parte, nuestro sistema constitucional no sólo fomenta las inversiones y emprendimientos, sino que también establece un generoso estatuto de protección de la actividad económica al reconocer a todas las personas (naturales y jurídicas) la libre iniciativa económica, la igualdad de trato en materia económica, la no discriminación, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad, y en definitiva, la no afectación de los derechos en su esencia. Es tal, la orientación tutelar del referido estatuto jurídico, que incluso en aquellas situaciones de excepción constitucional (estado de emergencia, de asamblea, de catástrofe, de sitio), las facultades de la autoridad pública se encuentran reguladas y acotadas como garantía a los derechos de las personas y, en lo que aquí interesa, de la actividad económica (artículos 39 a 45 de la CPR y Ley Orgánica Constitucional sobre Estados de Excepción Constitucional).

En consecuencia, podemos señalar que el sistema chileno no establece *per se* una regulación de la actividad y emprendimiento económico, sino que

por el contrario fomenta la actividad mercantil, estableciendo los debidos resguardos, por cierto, pero que deben interpretarse estrictamente y en la medida que el legislador los haya impuesto, como en la especie sucede con las actividades reguladas en nuestro país, y cuyos aspectos primordiales esbozaremos a continuación.

II. SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN CHILE

Ya se han delineado las principales características de la regulación de la actividad económica en Chile, corresponde referirnos brevemente a los principios fundamentales en que dicha regulación descansa, entre los cuáles podemos destacar:

1. Suplencia y subsidiariedad de la actividad estatal empresarial

La CPR consagra como principio fundamental del quehacer económico, la suplencia⁶, en cuanto son los particulares los llamados a iniciar un determinado emprendimiento económico y no el Estado, quién sólo lo puede desarrollar cuando los particulares no puedan hacerlo o no tengan interés en ello (suplencia), mediando una ley de quórum especial habilitante (quórum calificado). Es más, el Estado de Chile es coadyuvante del actuar empresarial en cuanto debe asegurar y promover las condiciones de seguridad y estabilidad para el normal desarrollo de los negocios. Por otra parte, el Estado y sus organismo están sujetos a la subsidiariedad (del latín *subsidium*, esto es, ayuda), en cuanto debe ir en colaboración de una determinada actividad cuando esta lo requiera, por ejemplo, a través de actividades de fomento o mediante el otorgamiento de subsidios estatales⁷.

⁶ Cuya precisión advertimos en la *Encíclica Quadragesimo Anno* de S.S Pío XI (1931) n. 79, cuyo texto reza "que por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podrían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy sólo son posibles a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así como tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos".

⁷ Así, en opinión del erudito filósofo del derecho, Carlos Ignacio MASSINI (1986) p. 54, "respecto de estas actividades (necesarias para el bien común); la función del poder político,

2. Respeto irrestricto de la certeza jurídica y derecho de propiedad

Por su parte, nuestro sistema jurídico consagra una serie de garantías de protección de la actividad económica, destacándose entre ellas, principalmente el derecho de propiedad que goza el titular de un emprendimiento económico y del cuál no puede ser despojado ya sea por terceros ni menos aún por la autoridad administrativa, sino mediando una expropiación de por medio concurriendo las respectivas exigencias legales (artículo 19 n° 24 de la CPR y Decreto Ley n° 2.186 sobre Procedimiento Expropiatorio).

Por tales motivos, los inversionistas pueden tener la certeza que actuando con apego a la normativa general y sectorial aplicable no pueden ser privados de una determinada autorización otorgada por la autoridad administrativa competente, y de proceder ello, importaría una infracción al ordenamiento vigente susceptible de ser perseguido tanto en sede nacional (acciones y garantías constitucionales) como internacionales (sistemas de solución de controversias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –CIADI-, etc).

3. Igualdad de trato entre inversionistas nacionales y extranjeros

Se constituye en una garantía para los inversionistas extranjeros, toda vez que la regla general en nuestro sistema es que no existe discriminación entre inversionistas nacionales y extranjeros (artículo 19 n° 2, y 22 de la CPR y artículo 57 del CC), y, sólo excepcionalmente, se establecen determinadas y precisas restricciones al ingreso de capitales extranjeros (adquisición de bienes en zonas fronterizas, participación en medios de radiodifusión sonora, etc.).

Es más, como contrapartida, la normativa general establece una serie de normas sobre fomento de la inversión extranjera, como en la especie

es de asistencia, de ayuda, de establecimiento de aquellas condiciones exteriores que hagan posible su cumplimiento eficaz. Esta ayuda es de la esencia misma de la sociedad” (el paréntesis es nuestro). En este sentido MASSINI, aludiendo a la subsidiariedad argumenta que “esta ayuda puede llegar a transformarse en suplencia, cada vez que los particulares se manifiesten incapaces de cumplir eficazmente con sus responsabilidades para con el bien común”. Así como también, el propio Antonio MILLÁN PUELLES (1979) p. 156 señala que “El Estado tiene la obligación de suplir a los particulares en todo aquello que el bien común lo requiera y que éstos –aunque sea en principio de su competencia- no realicen por falta de medios o por cualquier otra razón. La necesidad de esta suplencia estatal es evidente, puesto que el gobernante se halla en el deber de hacer todo lo posible y necesario por el bien común”.

acontece con el Estatuto de la Inversión Extranjera (Decreto Ley n° 600), sin perjuicios de los numerosos Tratados de Libre Comercio bilaterales y multilaterales, Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, Acuerdos de Protección de Inversiones, debidamente suscritos y ratificados por Chile, etc.

4. Existencia de mecanismos de control de la actividad reguladora

Nuestro sistema es bastante generoso en lo que se refiere al control de legalidad del actuar de los órganos reguladores, ya sea en sede administrativa como jurisdiccional.

Así, encontramos una multiplicidad de acciones de protección de inversiones frente a eventuales abusos por parte de competidores, terceros o de la propia autoridad reguladora, tal es el caso, en el ámbito constitucional del recurso de protección de garantías constitucionales (artículo 20 de la CPR, Auto Acordado de la Corte Suprema de 2007), recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93 de la CPR), recurso de amparo económico (Ley n° 18.971, artículo 19 n° 21 de la CPR, Auto Acordado de la Corte Suprema de 1932), nulidad de derecho público (artículo 7 de la CPR), acción declarativa de mera certeza; o bien, en el ámbito legislativo y administrativo, el reclamo de ilegalidad municipal (artículo 140 de la Ley n° 18.695), recurso de reposición y jerárquico (artículo 10 de la Ley n° 18.575 y artículo 59 de la Ley n° 19.880), invalidación (artículo 53 de la Ley n° 19.880), recurso de revisión (artículo 60 de la Ley n° 19.880), y los diversos reclamos de ilegalidad contemplados en las leyes (Ley n° 19.886, Ley n° 20.285, etc.).

5. Especialización jurisdiccional y separación de funciones fiscalizadoras y sancionadoras

Conjuntamente con la multiplicidad de acciones de protección de las actividades comerciales, existe una diversidad de sedes para la impugnación e interposición de acciones ya sean jurisdiccionales como administrativas que garantizan, en términos generales, una adecuada disociación entre el fiscalizador y el juzgador.

Así, encontramos los tribunales ordinarios de justicia (con competencia amplia y residual), esto es, Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y juzgados ordinarios; y el Tribunal Constitucional (artículos 92 a 94 de la CPR, Ley n° 17.997). Sin perjuicio de ellos, encontramos órganos que ejercen jurisdicción especial, como en la especie acontece con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Decreto Ley n° 211, Ley n° 19.911), el Tribunal de la Contratación Pública (Ley n° 19.886), los Tribunales Tributarios y Aduaneros

(Ley n° 20.322)⁸, así como el Tribunal Aduanero (Decreto con Fuerza de Ley N° 329 de 1979, Decreto n° 298 de 1999, Decreto con Fuerza de Ley n° 30 de 2004), y los jueces tributarios (Código Tributario), y los próximos Tribunales Ambientales⁹.

Finalmente, cabe señalar la existencia de la Contraloría General de la República que no sólo actúa como tribunal de cuentas (*accountability*) sino que además ejerce el control de legalidad de los actos administrativos a través del trámite de la toma de razón y control *a posteriori* de los actos de la administración ya sea de oficio o a petición de parte. Lo relevante radica en que los pronunciamientos de contraloría (dictámenes) gozan de fuerza vinculante para los órganos reguladores de la administración afectos a su control, conforme da cuenta su normativa orgánica constitucional (Ley n° 10.336).

III. LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA SECTORIAL

La actividad económica se encuentra regulada sólo en aquellos casos en que el legislador estimó necesario hacerlo, y subordinándose a las garantías constitucionales ya anunciadas. En tal sentido, la *regulación general* se encuentra contenida en normas de derecho civil y mercantil aplicable a todos los actores económicos, sin perjuicio de la *regulación particular* que se asumió como necesaria frente a determinadas actividades económicas, respecto de las cuáles nos pronunciaremos a continuación.

1. *Actividad financiera y bancaria*

Es tal vez, una de las actividades económicas más reguladas, como consecuencia del interés público comprometido y de delicadas experiencias pasadas (situación de la década de 1980). Como tal, se encuentra sujeta a una serie de disposiciones legales de las cuáles se desprende una profusa regulación administrativa.

En efecto, la actividad bancaria en nuestro país se encuentra sujeta a la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central n° 18.840, a la Ley General de Bancos (Decreto con Fuerza de Ley n° 3 de 1997), así como a una serie de disposiciones administrativas tales como los Compendios de Normas del

⁸ Que han comenzado de manera progresiva su establecimiento y funcionamiento en el país, coexistiendo con la anterior jurisdicción aduanera y tributaria, radicada esta última, en el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos.

⁹ Cuyo Proyecto de Ley que los crea se encuentra en actual trámite en el Congreso Nacional, boletín n° 6747-12, ingresado a tramitación el 3 noviembre 2009.

Banco Central (de Cambio Internacional, de Normas Financieras), las normativas dictadas por los reguladores sectoriales (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras), etc.

Por su parte, estrechamente vinculada con la anterior, encontramos la normativa reguladora del mercado de capitales chileno, contemplada principalmente en la Ley sobre Mercado de Valores (Ley n° 18.045), la Ley sobre Sociedades Anónimas (Ley n° 18.046 y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo n° 587 de 1982), Ley sobre Fondos de Pensiones (Decreto Ley n° 3.500 de 1980), Ley de Fondos Mutuos (Decreto Ley n° 1.328 de 1976), Ley sobre Fondos de Inversión (Ley n° 18.815), Ley sobre Fondos de Inversión Internacional (Ley n° 19.469), Ley sobre Compañías de Seguros (Decreto con Fuerza de Ley n° 251 de 1931), Ley Sobre Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) (Decreto Ley n° 3.538), Ley sobre Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) (Decreto con Fuerza de Ley n° 101 de 1980), etc., conjuntamente con la nutrida normativa administrativa dictada por las entidades reguladoras (SVS y Superintendencia de AFP).

La referida normativa, tiene por objeto establecer los requisitos para emprender la actividad financiera en nuestro país, el procedimiento de autorización, fijar las operaciones que pueden efectuar las empresas, los límites y condiciones de operación, regular la oferta pública de valores, la emisión de títulos de deuda y de capital, disciplinar la información que los agentes deben proporcionar al mercado, regular el uso de información privilegiada (*insider trading*), así como el régimen sancionatorio aplicable, todo ello con el objeto de garantizar la confianza en la industria, fomentar la competencia y en definitiva, resguardar una adecuada marcha de la economía.

2. Actividades vinculadas con recursos naturales y energía

Se constituye en un área de la actividad económica, cuya regulación es relativamente reciente y en desarrollo. En esta área podemos encontrar los más diversos sectores productivos, a saber: i) Minería; ii) Energía; y iii) Medioambiente.

A) MINERÍA

La actividad minera en Chile, se encuentra sujeta a un marco normativo general contenido en la CPR (artículo 19 N° 24) y el Código de Minería, así como afecta a normativa particular como en la especie sucede con la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (Ley n° 18.097) y el Reglamento de Seguridad Minera (Decreto Supremo N° 132 de 2004), estructurándose su marco normativo sobre la base de la existencia de una concesión

de exploración y de explotación, constituidas por decisión judicial una vez cumplidos los requisitos impuestos por el legislador.

B) ENERGÍA

La regulación de la actividad energética se ha desarrollado enormemente durante los últimos años, producto de la necesidad de fomentar el desarrollo de los proyectos y la diversificación de la matriz energética chilena, fomentando las inversiones principalmente a través del ingreso de capitales extranjeros, atendida la envergadura de los proyectos. De esta manera, la normativa chilena distingue básicamente tres segmentos: la generación, el transporte (transmisión) y la distribución eléctrica (sujeta a un régimen concesional).

Desde el punto de vista normativo, la regulación eléctrica se encuentra contenida principalmente en la Ley General de Servicios Eléctricos (Decreto con Fuerza de Ley n° 4 de 2006), y sus modificaciones, así como en su Reglamento (Decreto Supremo n° 327 de 1998), radicándose la implementación y la fiscalización de la misma, en sus reguladores sectoriales, a saber, Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) (Ley n° 18.410) y la Comisión Nacional de Energía (CNE) (Decreto Ley n° 2.224 de 1979), respectivamente.

Ahora bien, es tal vez el segmento de la generación ya aludido, el que ha experimentado un mayor desarrollo reciente, y principalmente sobre la base de la incorporación –por medio de la Ley n° 20.257- de una modificación legislativa que incentiva el desarrollo de Energías Renovables No Convencionales (ERNC), como en la especie sucede, por ejemplo, con la energía solar, biomasa, eólica, mini centrales hidráulicas, obligando en ciertas condiciones a las empresas generadoras a que parte de la energía inyectada al sistema provenga de ERNC a riesgo de exponerse a la aplicación de sanciones.

Por otra parte, cabe destacar el desarrollo que ha evidenciado la regulación de otras fuentes energéticas, como sucede con la regulación de la energía geotérmica (Ley n° 19.657 y su Reglamento (Decreto Supremo n° 142 de 2000)), así como con la energía nuclear (Ley n° 18.302, Ley n° 16.319 y Reglamento de Protección Física de las Instalaciones y de los Materiales Nucleares (Decreto Supremo n° 87 de 1985)).

C) *GAS E HIDROCARBUROS*

Las inversiones en materia de gas, se encuentran sujetas a la Ley General de Gas (Decreto con Fuerza de Ley n° 323 de 1931), que establece una exhaustiva regulación en la generación, transporte y distribución de gas.

Por su parte, en materia de hidrocarburos, nuestro país no se ha caracterizado por ser un gran productor, sino más bien dependiente de sus importaciones. Sin embargo, existe un conjunto de disposiciones legales particulares que gobiernan el desarrollo de los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos en Chile, que desde ya reconoce el derecho preeminente del Estado conforme da cuenta nuestro propio texto constitucional (artículo 19 n° 24). Producto de lo anterior, tradicionalmente ha sido el Estado, quién a través de la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) se ha dedicado a la exploración y explotación de hidrocarburos, sin embargo la normativa abre un interesante espacio a los inversionistas por la vía de la suscripción con el Estado de Chile de Contratos Especiales de Operación Petrolera (CEOPS), conforme a la normativa contenida en el Decreto Ley n° 1.089 de 1975 del Ministerio de Minería, como en la especie ha sucedido con la reciente adjudicación de contratos de operación en la Cuenca de Magallanes (XII Región), que concitó un gran interés por parte de operadores internacionales.

Como cuestión final, en materia de recursos naturales y energía, conviene hacer presente la regulación medioambiental existente contenida en la Ley de Bases Generales del Medioambiente (Ley n° 19.300 de 1994) y en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Supremo n° 95 de 2002), que consagran básicamente la institucionalidad ambiental en Chile, estructurada fundamentalmente sobre la existencia de un Ministerio del Medioambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), una Superintendencia del Medioambiente, y los Tribunales Ambientales actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional. A ello, debería el Servicio de Biodiversidad y de Áreas Protegidas, conforme al mandato conferido al ejecutivo por parte de la Ley n° 20.417 que modificó la institucionalidad ambiental.

A lo anterior, se debe sumar la diversidad de normativa administrativa existente en materia sanitaria (Código Sanitario), de derechos de aprovechamiento de aguas (Código de Aguas, Resolución n° 425 de la Dirección General de Aguas de 2008 sobre exploración y explotación de agua subterránea), sobre sustancias peligrosas contenido en el Reglamento Sanitario Sobre Manejo de Residuos Peligrosos (Decreto Supremo n° 148 de 2003), Reglamento de Transporte de Cargas Peligrosas por Calles y Caminos (Decreto Supremo n° 298 de 1995), Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas

en los Lugares de Trabajo (Decreto Supremo n° 594 de 2000), Resolución sobre Lista de Sustancias Peligrosas para la Salud (Resolución Exenta n° 714 de 2002), Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 1990 que Determina Materias que Requieren Autorización Sanitaria Expresa, Ley de Seguridad Minera (Decreto Supremo n° 132 de 2002), las Normas Chilenas Oficiales NCh382.Of2004 sobre sustancias peligrosas (clasificación general), la NCh2120/1.Of2004 sobre sustancias peligrosas (parte 1, clase 1 sobre explosivos), NCh 2190.Of2003 sobre transporte de sustancias peligrosas, NCh389.Of1974 sobre sustancias peligrosas (explosivos-medidas de seguridad en la inutilización y destrucción de explosivos de uso industrial) y sus modificaciones.

3. Sector de infraestructura, transportes y telecomunicaciones

La regulación en materia de infraestructura se contiene básicamente en las normas sobre contratos de construcción y concesiones de obras públicas, que han dado paso a grandes proyectos de inversión en materia de autopistas urbanas e interurbanas, aeropuertos, centros hospitalarios, recintos carcelarios, instalaciones portuarias, etc.

En tal sentido desde un punto de vista general, podemos señalar que la actividad se encuentra sujeta a la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto con Fuerza de Ley n° 164 de 1991 y su Reglamento (Decreto n° 956 de 1997), a la normativa sobre contratos de obra pública (Reglamento contenido en Decreto Supremo n° 75 de 2004), a la Ley General de Caminos (Decreto con Fuerza de Ley n° 850 de 1998), a la Ley que Moderniza el Sector Portuario (Ley n° 19.542), a la Ley General de Servicios Sanitarios (Decreto con Fuerza de Ley n° 382 de 1989 y su Reglamento (Decreto n° 1.199 de 2005), a la Ley sobre Tarifas de Servicios Sanitarios (Decreto con Fuerza de Ley n° 70 de 1988).

La fiscalización del cumplimiento de la normativa en materia de infraestructura, ha quedado entregada a diversas autoridades administrativas, destacando entre ellas, la Dirección de Vialidad (Caminos, Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Obras Públicas n° 850 de 1997), la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas (Concesiones de Obras Públicas, Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Obras Públicas n° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas), la Dirección General de Aeronáutica Civil (Ley n° 16.752, Decreto n° 222 de 2005), la Junta de Aeronáutica Civil (Decreto con Fuerza de Ley n° 241 de 1960), y la Dirección de Aeropuertos del Ministerio de Obras Públicas (Aeropuertos. Decreto con Fuerza de Ley n° 850 de 1997), la Superintendencia de Servicios Sanitarios (Ley n° 18.902).

El sector de transporte es otra actividad que se encuentra cuidadosamente regulada atendido el impacto social que presenta. Su tratamiento, atiende en general al medio empleado. Así, el transporte público de pasajeros se encuentra sujeto a la normativa sectorial sobre transportes (Ley n° 19.872, Decreto Supremo n° 122 de 1991, Decreto Supremo n° 38 de 1992, Decreto Supremo n° 212 de 1992, Decreto Supremo n° 298 de 1995, Decreto Supremo n° 80 de 2004), quedando entregada la fiscalización del mismo al Ministerio de Transportes, a través de la Subsecretaría del ramo. Por su parte, el transporte aéreo está sujeto a las disposiciones contenidas en el Código Aeronáutico y a las directrices impartidas por la Dirección General de Aeronáutica Civil. Tratándose del transporte marítimo, este queda subordinado a la normativa sobre marina mercante y a la supervigilancia de la Dirección de Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR, Decreto con Fuerza de Ley n° 292 de 1953).

Por otra parte, en materia de telecomunicaciones, existe un sistema concesional por parte de la autoridad administrativa contenido en la Ley General de Telecomunicaciones (Ley n° 18.168), que disciplina las concesiones de televisión, radiodifusión, y de telecomunicaciones en general, así como los diversos reglamentos dictados en la materia (v.g. Decreto n° 45 de 1996 sobre Servicio Público Telefónico).

Asimismo, conviene destacar que en general la normativa referida se funda en la convergencia tecnológica, el libre acceso a las redes y la igualdad de trato entre chilenos y extranjeros, salvo en el caso de participación en determinados medios de comunicación social sujetos a determinadas restricciones como sucede por ejemplo tratándose de la participación de capital extranjero en materia de radiodifusión sonora (artículo 9 de la Ley n° 19.733 de 2001).

La fiscalización en materia de telecomunicaciones ha quedado entregada en términos generales a la Subsecretaría de Telecomunicaciones –SUBTEL– entidad encargada de regular la actividad y de fiscalizar el cumplimiento de la normativa (sin perjuicio del proyecto de ley que crea una superintendencia en la materia), no obstante las facultades de otras entidades reguladoras, entre ellas, el Consejo Nacional de Televisión (Ley n° 18.838) o la Comisión de Calificación Cinematográfica, que imparten determinadas directrices al sector particular de la actividad que les compete.

4. Actividades agrícola, forestal y extractivas

La actividad agrícola no se encuentra directamente afectada a una regulación sectorial, a diferencia de la explotación forestal que si está sujeta a

un estatuto regulador contemplado, por ejemplo, en materia de planes de manejo forestal. Tal es el caso de las disposiciones contenidas en la Ley de Bosques (Decreto n° 4.363 de 1931) y en el Decreto n° 193 de 1998. En esta materia, le cabe un rol fundamental al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) y a la Corporación Nacional Forestal (CONAF) (Ley n° 18.348).¹⁰

Por su parte, la actividad extractiva especialmente regulada es la pesca y la acuicultura, que como tales se encuentran sujetas al otorgamiento de permisos y concesiones contenidas en la ley general de pesca (Decreto Supremo n° 430 de 1992, Decreto n° 2 de 2006) y en la Ley sobre Concesiones Marítimas (Decreto con Fuerza de Ley n° 340 de 1960), quedando entregada su fiscalización al Servicio Nacional de Pesca- SERNAPESCA- (Decreto Ley n° 2.442 de 1978), a la Gobernación Marítima, la Armada de Chile y a la DIRECTEMAR.

5. Actividad inmobiliaria

La actividad inmobiliaria en Chile se encuentra sujeta a determinada normativa sectorial. Así, la localización de los proyectos está afecta en diversos planos normativos a regulación nacional (Ley General de Urbanismo y Construcciones (Decreto con Fuerza de Ley n° 458 de 1976) y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (Decreto n° 47 de 1992)), así como a instrumentos de planificación territorial en el ámbito comunal (Planes Reguladores Seccionales, Comunales e Intercomunales).

Lo anterior, sin perjuicio de las facultades técnicas de la Dirección de Obras Municipales correspondiente para otorgar los respectivos permisos de obra, previa inspección técnica de los proyectos y pago de las tasas respectivas.

En consecuencia, las autoridades reguladoras pasan a ser el Ministerio de Vivienda y Urbanismo a través de la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Vivienda (Decreto n° 397 de 1977), y el Director de Obras Municipales correspondiente.

6. Actividad comercial y de entretenimiento

En general, la actividad comercial se encuentra sujeta a la normativa general aplicable a todos los particulares, sin perjuicio de las disposiciones

¹⁰ Próximamente debería pasar a denominarse Servicio Forestal, una vez aprobada la respectiva Ley en el Congreso Nacional.

municipales que resulten procedentes, como en la especie sucede tratándose de las patentes municipales otorgadas por las respectivas municipalidades (Ley de Municipalidades n° 18.695), conforme lo establece la Ley de Rentas Municipales (Decreto Ley n° 3.063 de 1979), y a las disposiciones sanitarias (Código Sanitario), que imponen en determinados casos la obligación de contar con la respectiva autorización sanitaria por parte de la Secretaría Regional Ministerial de Salud (SEREMI de Salud respectiva).

Ahora bien, existen determinadas actividades de entretenimiento que se encuentran especialmente reguladas en el sistema chileno. Tal es el caso de los Casinos de Juegos, que como tales requieren de una autorización por parte de la autoridad (permiso de operación) otorgada por un determinado plazo y en un número limitado atendiendo la distribución geográfica del país, quedando entregada su regulación a la Ley de Casinos (Ley n° 19.995 de 2004) y su Reglamento (Decreto n° 287 de 2005) confiando su fiscalización a la Superintendencia de Casinos de Juegos (SCJ).

7. Contratación pública

La realización de negocios con el Estado de Chile, se constituye cada vez más en una atractiva alternativa para los privados, que atendida la especial naturaleza jurídica de uno de sus actores, está sujeta a una serie de normativa, en especial en lo que se refiere al aprovisionamiento (venta) de bienes al Estado Chileno.

Al respecto, conviene señalar que la norma general en el Sistema Chileno es la licitación pública, esto es, que las compras que efectúe el Estado requieren de un procedimiento concursal público efectuado por vía electrónica a través de una plataforma denominada Chilecompra, a través de la cuál los privados pueden contratar con el Estado en un sistema estructurado sobre la base de la libre competencia, la igualdad entre los oferentes y la estricta sujeción a las bases de licitación.

En tal sentido, la regulación de las compras públicas se encuentra contemplada en la Ley sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley n° 19.886 de 2003) y su Reglamento (Decreto Supremo n° 250 de 2004), sin perjuicio, de las normas contenidas en la Ley sobre Bases Generales de la Administración del Estado (Ley n° 18.575 de 1986), Ley sobre Probidad Administrativa (Ley n° 19.653 de 1999) y Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley n° 19.880 de 2003). La administración del sistema ha quedado entregada a la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompra), y su fiscalización y sanción entregada al Tribunal de la

Contratación Pública, sin perjuicio de las facultades de la Contraloría General de la República y los tribunales de justicia.

8. Otras industrias reguladas

Sin perjuicio de las actividades económicas sujetas a una regulación especial, existen otros sectores de las actividades económicas más específicas que en Chile, se someten a una regulación especial pormenorizada como en la especie sucede con la actividad relacionada con el tabaco (Ley n° 19.419 y su Reglamento (Decreto n° 18 de 1997)), la actividad vinculada al alcohol (Ley n° 19.925 de 2004), farmacias (Decreto n° 466 de 1985), armamento (Decreto n° 83 de 2008), laboratorios, cementerios (Decreto n° 357 del Ministerio de Salud de 1970), aguas minerales (Decreto n° 106 de 1997), hospitales y clínicas (Decreto n° 152 de 2006), Jardines Infantiles (Ley n° 17.301 de 1971), Instituciones de Salud Provisional (Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 2006), hoteles y establecimientos similares (Decreto n° 194 de 1978), etc.

Como podemos apreciar, existe un régimen general y especial de regulación, conteniéndose el primero de estos en disposiciones constitucionales y compilaciones tanto civiles como mercantiles, así como en regulaciones particulares en materias legislativas y reglamentarias. Sin perjuicio de ello, últimamente han irrumpido en nuestro ordenamiento regulatorio nuevas formas de disciplinar una determinada actividad, respecto de las cuáles nos abocaremos en el apartado siguiente.

IV. LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA: LA IRRUPCIÓN DEL *SOFT LAW* EN CHILE

1. Consideraciones preliminares sobre la recepción del *soft law* en Chile

El *soft law*, como manifestación de una realidad jurídica, reconoce sus orígenes en el Derecho Romano, que distinguía distintas tipologías de disposiciones normativas desde el punto de vista de su eficacia. Posteriormente, este *soft law* (por oposición al *hard law*), ha asumido diversas formas en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos, siendo recogido primordialmente en el derecho internacional, disciplina jurídica que entre sus características se cuentan la ausencia de imperatividad y coercibilidad, notas distintivas de la eficacia obligacional de la norma legal (*hard law*).

En un contexto comparado, el *soft law* como señalábamos se ha desarrollado en materias propias del derecho internacional. Así, siguiendo a BOYLE, podemos señalar que el *soft law* es susceptible de ser concebido en diversas acepciones, a saber: i) El *soft law* como un derecho no vinculante.

Así, el autor utiliza el término en inglés *not binding* para especificar la no vinculación de los instrumentos a los que se les denomine como *soft law*; ii) El *soft law* como normas generales o principios, pero no reglas; y iii) El *soft law* como manifestación de la ley que no es aplicable a través de una resolución vinculante de controversias. En lo que refiere a la primera acepción, el autor sostiene que "cuando es usado en este sentido, el *soft law* puede ser contrastado con el llamado *hard law*, el cual es vinculante". Tratándose del segundo significado, BOYLE explica que el *soft law* se puede contrastar con las reglas, que envuelven clara y razonablemente obligaciones específicas que son en este sentido de *hard law*, y las normas o principios, que son más abiertas o generales en su contenido y significado pudiendo verse como más suaves (*soft law*). Finalmente, en cuanto al tercer significado, para BOYLE es el carácter de la resolución de controversias lo que determina si estamos frente a un *soft* o un *hard law*¹¹.

Por lo anterior, llama la atención que este *soft law* o *derecho indicativo*, al decir de los tratadistas españoles o, entre nosotros *derecho referencial*, paulatinamente se abre espacios en nuestro sistema jurídico.

En efecto, la irrupción de este derecho indicativo o referencial se ha planteado principalmente en materias económicas, y más propiamente en tópicos de regulaciones sectoriales tan disímiles como las ambientales, libre competencia y contratación pública por citar sólo algunos casos. Frente a lo anterior, cabe intentar a partir de su noción y recepción en nuestro ordenamiento, revisar su pertinencia exponiendo argumentos a favor y en contra de su reconocimiento entre nosotros.

2. Sobre la conceptualización del *soft law* y sus inconvenientes

La doctrina comparada¹² distingue diversos tipos de *soft law*, diferenciando entre aquel que produce efectos *ad intra* (al interior de la Administración) respecto de aquel que los genera *ad extra*, esto es, hacia fuera de la Administración y consecencialmente respecto de los particulares, destinatarios del actuar administrativo.

Con respecto a la primera manifestación de *soft law*, es decir, aquella que produce efectos dentro de la Administración, no se advierten propiamente inconvenientes ni reproches desde la perspectiva normativa, desde que se

¹¹ BOYLE (1999) pp. 901-913.

¹² Al respecto, adviértase, entre otros, SARMIENTO (2008).

aviene con la figura de los *instructivos*¹³ u *órdenes de servicio* de fuerte rai-gambre dentro de nuestra estructura administrativa. En efecto, dichas disposiciones buscan precisamente instruir o fijar pautas de actuación dentro de la Administración del Estado, no pudiendo producir efectos respecto de terceros o extra administración, a riesgo de importar una intromisión indebida en la reserva legal o el ejercicio de la potestad autónoma o propia de cada servicio o entidad pública, que suele traducirse en la dictación de actos administrativos (decretos o resoluciones diríamos usando la nomenclatura empleada por la Ley n° 19.880 sobre procedimiento administrativo).

En efecto, la instrucción como manifestación del actuar de un órgano público, importa una decisión formal de órganos públicos tendiente a uniformar el actuar de otros órganos o servicios integrantes de la propia Administración, no pudiendo pretender por este conducto, abordar ámbitos propios de la ley o del reglamento, ni aún procurar dar respuesta al silencio de la norma legal.

En este orden, conviene considerar que para PRECHT PIZARRO, se trata de *“normas pues, preponderantemente técnicas, de buena administración, que persiguen la fijación de objetivos, condiciones y criterios generales de actuación (a veces imperativos, a veces indicativos), estas “directivas” no son un medio de comunicación entre autoridades, sino, ante todo, el establecimiento de una línea de conducta del propio poder discrecional de quién las emite o del ejercicio del poder discrecional del órgano subordinado. No obstante lo anterior, conviene considerar que las referidas instrucciones condicionan la aplicación que los órganos públicos dan a una determinada norma legal, de ahí la importancia de su estricta sujeción a juridicidad, y la gravedad que puede revestir su incumplimiento”*.¹⁴ Así pues, la doctrina nos manifiesta que, *“las directivas, programas ministeriales e instrucciones de servicio pueden ser productoras de efectos jurídicos al condicionar de una cierta manera (sea general o abstracta, sea con un cierto particularismo), los actos administrativos que serán dictados bajo su amparo”*.¹⁵

El problema aquí planteado reside en aquellas manifestaciones de *soft law* que producen efectos extra Administración, esto es, respecto de los particulares o regulados. Y, es precisamente este último tipo de *soft law* el que aquí nos interesa a lo menos conceptualizar, en cuanto podría participarse de características propias del acto administrativo y predicarse respecto de él, los efectos propios del actuar administrativo formalizado. Al respecto, se

¹³ PRECHT (1989) p. 467

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Idem.*, p. 469.

ha conceptualizado el derecho referencial (*soft law*), en su vertiente *ad extra* como “una manifestación concertada entre el poder público y los particulares, con el fin de regular un segmento de la realidad social con efectos jurídicos *sui generis*”.¹⁶ Se concibe este derecho referencial o *soft law* como el producto de un *acuerdo* entre la autoridad y los particulares con el fin de regular una determinada actividad. Ello, constituye, sin duda una manifestación de una clara participación ciudadana pero que su implementación en nuestro sistema podría tener inconvenientes dadas las características propias del sistema regulador interno.

De ahí, se puede esbozar una serie de argumentos por los cuáles se dificulta una conceptualización del *soft law* y más aún, la posibilidad de predicar su existencia y eficacia obligacional, así como, otro grupo de argumentos, por los cuáles se podría predicar la procedencia de homologar este derecho indicativo o referencial al acto administrativo con las consecuencias inherentes a ello.

Entre los argumentos relativos a la improcedencia de intentar una identidad material entre *soft law* y acto administrativo:

- a) *El sistema organizativo - administrativo chileno se edifica a partir de la existencia del principio de juridicidad.* En efecto, nuestro ordenamiento se estructura sobre la base del denominado principio de juridicidad contemplado en los artículos. 6 y 7 de la CPR, en cuanto impone a los órganos del Estado –tanto en su ser como en su obrar- un sometimiento a la CPR y a las normas dictadas conforme a ella¹⁷. Dicha subordinación se constituye en un preciso límite al ejercicio de potestades públicas y correlativamente en una garantía a los derechos de las personas frente a un eventual abuso de la autoridad (a través de un abuso de poder, desviación de procedimiento u otros vicios de legalidad). Así, en virtud del aludido principio, la autoridad pública debe actuar conforme a su competencia y en ejercicio de la misma, dictar sólo aquellas normas que el ordenamiento jurídico expresamente le habilita y, ciertamente, dotando a las mismas del alcance correspondiente, no invadiendo en lo absoluto la esfera reglamentaria y mucho menos el ámbito del legislador, a riesgo de originar de suyo la nulidad de derecho público del actuar y la consecuencial responsabilidad del Estado por los daños que dicho obrar pudiere irrogar.

¹⁶ SARMIENTO (2008) p. 133.

¹⁷ *Vid.* Sobre el principio de juridicidad, SOTO KLOSS (1996).

b) *La existencia de un sistema de control del actuar administrativo como fundamento del régimen regulador chileno.* Como adelantábamos en la primera parte de este trabajo relativa al régimen de regulación chileno, tal vez una de las características más propias del mismo, reside en la existencia de un completo sistema de control *ex ante* y *ex post* del actuar de los distintos órganos que ejercen potestades públicas. Dicho régimen, importa someter los distintos actos administrativos al referido sistema de control, cuestión que no podría predicarse respecto de las manifestaciones de soft law contenidas en guías, instrucciones, directivas, etc. en cuanto no se contienen en actos administrativos afectos a este régimen de control por lo que no podría plantearse su identidad con el acto administrativo.

Por su parte, entre los argumentos por los cuáles podría postularse al soft law como una manifestación del acto administrativo, cabe señalar:

a) *La amplitud de la noción de acto administrativo.* Durante muchos años, no se advirtió en Chile una conceptualización del acto administrativo, y la configuración del mismo resultó más bien producto de la praxis administrativa, del desarrollo jurisprudencial y con mayor claridad de intentos de la doctrina. Así, el profesor Eduardo SOTO KLOSS asumía por acto administrativo una “ordenación racional, unilateral emitida por un sujeto en ejercicio de función administrativa, que, destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos”.¹⁸ En seguida, de la noción transcrita, se desprendía: i) que el acto administrativo era consecuencia de un actuar racional; ii) que la facultad de dictar actos administrativos no es privativa de los órganos públicos sino que también de los sujetos privados – en ejercicio de función pública - quienes pueden estar investidos legalmente para dictar actos administrativo (v.gr un concesionario de frente portuario al aplicar una tarifa); iii) que lo determinante para la dictación del acto administrativo es el ejercicio de la función – pública - y no el órgano; y iv) que produce efectos jurídicos directos. Sin perjuicio de la claridad de la noción ya expuesta, con la entrada en vigor de la Ley n° 19.880 sobre procedimiento administrativo, se incorporó a nuestro ordenamiento una definición legal de acto administrativo, al disponer el artículo 3 de la referida norma que “para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”. De lo anterior, *prima facie* podría desprenderse que

¹⁸ Al respecto *vid.* SOTO KLOSS (2009) p. 239.

sólo son actos administrativos aquellos que *formalmente* y desde la perspectiva del artículo 3 de la Ley n° 19.880 son susceptible de ser comprendidos dentro de la definición legal de acto administrativo, y más aún, dentro de las categorizaciones que efectúa la misma norma, de lo que se podría aventurar que la Ley n° 19.880 al circunscribir la noción de acto administrativo habría venido consecuentemente a excluir otro tipo de manifestaciones de la autoridad pública como actos administrativos. Sin embargo, tal como lo señala la norma en comento, y vinculado con la supletoriedad de la misma ley, podría sostenerse la consagración en Chile de un reconocimiento tácito –si es que se puede hablar de este tipo de consagraciones en derecho público- del derecho referencial.

- b) *La práctica administrativa reconoce la existencia de otras manifestaciones de acto administrativo.* En concordancia con el punto anterior, podemos señalar que de la sola revisión de la práctica de la Administración activa del Estado, así como de los sujetos dotados de función pública, podemos desprender que tradicionalmente se han dictado actos administrativos que asumen diversas categorizaciones. Así, podemos apreciar: instrucciones, circulares, oficios, dictámenes, acuerdos, reglamentos, decretos supremos, órdenes de servicios, etc.

Dichos actos administrativos, siempre han resultado vinculantes para la Administración así como para el particular, y no sólo por su fuerza obligacional que le es inherente a su condición de acto administrativo, sino que también por aplicación de otros principios del derecho público, como en la especie resulta, la presunción de legalidad y ejecutividad del acto administrativo, sino que también en cuanto dichos pronunciamientos descansan sobre presupuestos de actuación tales como la confianza legítima o el acto propio, reconocidos por la jurisprudencia administrativa y judicial¹⁹.

De ahí, cabe colegir que la práctica administrativa ha validado otras tipologías de actos administrativos, distintas a aquellas asumidas por la Ley n° 19.880, entre las cuáles sin duda se podrían contar las *guías, manuales, pautas* comprensivas del denominado *derecho referencial*.

Ahora bien, asumir que este *derecho referencial*, propiamente no se constituye en un acto administrativo, puede llevar a colegir que como tal, no le son aplicables los mecanismos de control *ex ante* y *ex post* del actuar

¹⁹ Vid. Corte Suprema. *León y otros con Sociedad Comercial e Industrial Ruiz Quiroz Ltda. y otros* (2008), Corte de Apelaciones de Concepción. *León y otros con Sociedad Comercial e Industrial Ruiz Quiroz Ltda. y otros* (1997).

administrativo, prescindiéndose del régimen recursivo previsto en nuestro ordenamiento, y en especial en la Ley n° 18.575, Ley n° 19.880 u otras leyes de regulación general o de aplicación sectorial.

La conclusión anterior, a nuestro juicio, podría resultar de la mayor gravedad, en cuanto importaría originar un verdadero *régimen de inmunidad de actuación*, olvidándose que hasta las circunstancias excepcionales están expresamente previstas en la CPR (artículos 39 a 45). Luego, cabría preguntarse: ¿están estas normas de *soft law* afectas a mecanismos de control preventivo y represivo?, ¿son susceptibles de recursos de reposición, jerárquico, revisión, etc.?, ¿podrían instarse la invalidación o la nulidad de derecho público de estas manifestaciones de derecho referencial?, etc.

En suma, cabe preguntarse si realmente existe un *derecho referencial* o *soft law* en Chile, o más bien se trata -en no pocos casos- de un intento solapado y a momento *subrepticio* de dar mayor agilidad a la regulación, o en su defecto, pretender por la vía administrativa y desformalizada, entrar a *regular* determinadas materias afectas a reserva legal y que no podrían ser siquiera objeto de la potestad reglamentaria del órgano público correspondiente. Luego cabe preguntarnos: ¿existe realmente el *soft law*?, ¿qué eficacia jurídica presentan las normas referenciales?, o ¿son más bien manifestaciones de actos administrativos?

A objeto de intentar despejar estas interrogantes, revisaremos brevemente algunas manifestaciones en nuestro medio de este derecho referencial.

3. Casos de recepción de *soft law* en Chile

A) EL SOFT LAW EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En la esfera del Derecho de la Libre Competencia, como adelantábamos, se han dictado Guías que procuran en principio establecer directrices de actuación interna pero que a la luz de su articulado vienen a producir efectos respecto de los agentes económicos. Dichas Guía, se han emitido sin que la autoridad que las dictó (Fiscalía Nacional Económica) cuente con la correspondiente atribución expresa para ello. Entre dichas manifestaciones, cabe citar las denominadas *Guías de Concentración de la Fiscalía Nacional Económica*. En efecto, la referida autoridad procedió en el mes de octubre de 2006 a dictar la denominada *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*, con el objeto de “instruir a los funcionarios de esta institución e informar a las empresas interesadas, y a la comunidad en general, sobre los fundamentos, los principales aspectos y el procedimiento de análisis de las operaciones de concentración horizontales que utiliza la

FNE, fijando al efecto criterios claros, objetivos y transparentes". Asimismo, y recientemente la misma autoridad procedió a dictar la "Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en caso de colusión", con el objeto de "establecer criterios y lineamientos de trabajo interno que utilizará para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 39 bis del Decreto Ley n° 211".

Las referidas guías, si bien en principio buscan fijar pautas o parámetros de actuación, para los funcionarios del servicio, en la práctica vienen a producir efectos respecto de los particulares al condicionar su actuación.

B) EL SOFT LAW EN EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Por otra parte, cabe considerar también en la esfera de la contratación pública, una serie de manifestaciones de derecho referencial, como acontece con las denominadas *Directivas, Guías y Manuales* emitidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompra) que buscan precisamente fijar recomendaciones de actuación para las entidades licitantes en los procesos de compras pública, pero que por su alcance producen, sin duda, efectos *extra* administración.

De esta manera, Chilecompra funda su facultad para emitir normas orientadoras para el sistema de compras y contratación pública en el artículo 30 letra h) de la Ley n° 19.886 al disponer entre las funciones del Servicio, "establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles". Es un mandato bastante acotado, sin perjuicio de lo cuál ha sido invocado para la dictación de una serie de directivas y otras manifestaciones normativas no contenidas propiamente en acto administrativos²⁰.

²⁰ Así, entre las directivas emitidas podemos encontrar: i) Directiva n° 1 sobre Instrucciones de Uso, Tipos de Adjudicación y Emisión de Órdenes de Compra, de 02 de septiembre de 2005; ii) Directiva de Contratación Pública n° 6, Plan Anual de Compras, enero de 2007; iii) Directiva de Contratación Pública n° 7, instrucciones para uso de garantías en procesos de compras, 11 de octubre de 2007; iv) Directiva de Contratación Pública n° 8, instrucciones para la Contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de la información y Comunicaciones de 3 de julio de 2008; v) Directiva de Contratación Pública n° 9, instrucciones para la Contratación de bienes y servicios incorporando criterios de eficiencia energética, 14 de mayo de 2008; vi) Directiva de Contratación Pública n° 10, imparte instrucciones para la utilización del trato directo, 2 de octubre de 2008; vii) Manual Jurídico de compras públicas para las Municipalidades, octubre de 2005; viii) Guía de Apoyo a Evaluación de la Gestión de Compras Institucional indicadores de

Se trata de instrumentos normativos denominados *Guías* que en principio y como bien lo señala su referencia, se trataría de actos internos de la Administración, asimilándose a la institución del *instructivo*, la cual reconoce existencia en nuestro ordenamiento en la medida que sólo produzca efectos *intra* administración.

C) EL SOFT LAW EN EL DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Aunque con menor intensidad, se ha advertido también, la presencia de manifestaciones de derecho referencial en materia medioambiental, que no reconocen sustento jurídico al no estar expresamente atribuidas las autoridades medioambientales de facultades para proceder a dictar estas guías.

Sobre este punto, conviene considerar, entre otros, la dictación de i) la Guía de Participación Ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); y ii) La Guía de Criterios para evaluar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en proyectos que ingresen al SEIA, la que tiene entre sus objetivos entregar criterios para resolver la pertinencia de ingreso de los proyectos al SEIA; orientar a los titulares de proyectos, consultores y profesionales que abordan la temática ambiental, sobre la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, incorporando herramientas de análisis para la valoración de dichas alteraciones significativas; y entregar criterios para definir medidas ambientales adecuadas y pertinentes en el caso de presentar un Estudio de Impacto Ambiental.

El problema surge cuando este tipo de instrumentos (y en especial en cuanto a su contenido) produce efectos *extra administración*, entrando a legislar y regular una determinada actividad invadiendo tanto el ámbito del reglamento como el ámbito propio de la ley.

Al respecto, bien vale considerar lo que ha sostenido la Contraloría General de la República, al señalar, mediante dictamen n° 29.554 de 2007 que *“las imposiciones antes referidas, atendido el ámbito en que inciden,*

transparencia, 2006; ix) Guía Práctica de Ayuda Plan Anual de Compras; x) Guía Básica para la elaboración y Publicación del Manual de Procedimiento de Adquisición; xi) Guía Práctica de Eficiencia Energética; xii) Manual de Compras Energéticamente eficientes, marzo de 2008; xiii) Guía Rápida Contratación de Servicios Personales Especializados, febrero de 2010; xiv) Manual de Contratación de Servicios Personales Especializados compradores, febrero de 2010; xv) Guía Rápida Consultas al Mercado-RFI, febrero de 2010.

invaden la reserva legal dispuesta por la CPR, en la forma ya consignada, estableciendo mediante instrucciones administrativas un gravamen que conculca las garantías constitucionales de los establecimientos afectados, contempladas en el artículo 19 n°s 20, 21 y 24 de la Carta Suprema. En mérito de todo lo expresado y respecto de las reglas de estas instrucciones que al tenor de lo expuesto en el cuerpo del presente informe son contrarias a derecho, corresponde que esa autoridad regularice la situación producida, sujetándose en ello a lo previsto en el artículo 53 de la Ley n° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado”.

En fin, existen una infinidad de manifestaciones y actos de la autoridad susceptibles de constituir *soft law* en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de lo cual, desde la perspectiva de sus efectos (y en especial en cuanto estos se prediquen respecto de particulares), constituirían más bien propiamente actos administrativos (*hard law*). Tan es así, que existen diversos casos en que las denominadas Guías se contienen en actos administrativos formales²¹.

De ahí, que resulta contradictorio que la autoridad administrativa prescinda en algunos casos de sancionar estas manifestaciones de derecho

²¹ Como acontece con: i) Guía Normativa Pericial de Salud Mental en las áreas de Psiquiatría y Psicología Médica Legal, contenida en Resolución N° 10655 del Servicio Médico Legal, publicada en el diario oficial del 29 de diciembre de 2009; ii) Guía que contiene recomendaciones para la selección, uso, mantención, limpieza, almacenamiento y control para trabajos con riesgo de carga, contenida en resolución N° 1031 del Instituto de Salud Pública, publicado en el diario oficial de 9 de junio de 2009; iii) Guía Técnica para la realización de los estudios de Bioequivalencia de productos farmacéuticos monodrogas de liberación convencional y formularios para la presentación de antecedentes requeridos para la realización de dichos estudios, contenida en resolución n° 4886 del Instituto de Salud Pública, publicada en el Diario Oficial de 1 de agosto de 2008; iv) Guía que contiene recomendaciones para la selección, uso limpieza mantención y almacenamiento de equipos de protección respiratoria, contenidos en resolución n° 1391 del Instituto de Salud Pública, publicada en el diario oficial del 31 de enero de 2008; v) Guía que contiene recomendaciones para la selección, uso, limpieza, mantención y almacenamiento de equipos de protección auditiva en lugares de trabajo, contenidos en Resolución N° 1392 del Instituto de Salud Pública y publicada en el diario oficial de 31 de enero de 2008; vi) Guía para la realización y presentación de estudios de estabilidad de productos farmacéuticos en Chile, contenido en resolución N° 1773 de 2006 del Instituto de Salud Pública; y vii) Guía de especificaciones de productos farmacéuticos terminados, contenido en resolución N° 12.166, publicado en el diario oficial de 19 de enero de 2005.

referencial por medio de actos administrativos como lo serían los decretos y resoluciones y por otro, se adecue a la norma, circunstancias que importan una contradicción del actuar administrativo y por otra parte, una muestra evidente del reconocimiento de la necesidad de contener estas guías, normas, etc. en actos administrativos formales conforme a la nomenclatura empleada por la Ley n° 19.880 sobre procedimiento administrativo.

CONCLUSIONES

El derecho a desarrollar un emprendimiento empresarial se encuentra expresamente reconocido como una garantía constitucional, en la medida que dicha actividad se subordine al estatuto normativo que la regule. De ahí, cabe distinguir aquellas actividades sujetas a regulación, de aquellas, que no lo están. Y dentro de las primeras, cabe aún otra distinción, entre aquellas sujetas al régimen general aplicable a toda actividad comercial, de aquellas que por sus especiales características están afectas a un estatuto especial de mayor regulación, por lo que en definitiva, la iniciativa económica se encuentra sujeta al régimen jurídico general aplicable a los particulares contenida en normas civiles y mercantiles, y por el contrario, sólo determinadas actividades se encuentran sujetas a regulación particular aplicable.

En consecuencia, el sistema chileno consagra la libre iniciativa económica asegurando a los particulares (sean nacionales o extranjeros) una igualdad de trato, y la certeza de que una vez obtenidos los permisos y autorizaciones para desarrollar una determinada actividad, estos serán debidamente respetados por la autoridad administrativa.

Tanto desde el punto de vista de la normativa general como sectorial, los regulados gozan de una serie de acciones legales y administrativas para impugnar los actos tanto de la autoridad administrativa como de otros competidores o terceros que pretendan ilegalmente afectar el derecho a desarrollar una actividad económica lícita conforme a las normas que la regulan.

Sin perjuicio de lo anterior, y tratándose de las formas de materialización de la regulación, existe una tendencia en los sistemas jurídicos comparados a introducir normas de *soft law* o *derecho referencial* frente al sistema regulador tradicional (*hard law*). En nuestro ordenamiento, la irrupción del denominado derecho referencial es una realidad, desde que advertimos su establecimiento "tímidamente" por parte de reguladores sectoriales como en la especie acontece en materias ambientales, libre competencia y contratación pública, con el solapado riesgo de pretender por la vía –ya no sólo administrativa- sino *referencial* de imponer verdaderas obligaciones y limitaciones a derechos de los particulares.

El *derecho referencial* y sus manifestaciones nos conducen inequívocamente a la noción de acto administrativo, a partir de la cual se desprenden una serie de efectos (presunción de legalidad, fuerza obligacional, impugnabilidad, sometimiento a mecanismos de control *ex ante*, *ex post*, de reemplazo, etc). En tal sentido, diríamos que el hecho que la Ley n° 19.880 no haya comprendido dentro de las categorizaciones de acto administrativo a manifestaciones de derecho referencial, no obsta a negar su condición de acto administrativo (desde que la aludida Ley n° 19.880 es supletoria) y como tal afecta dicha *normativa* a los sistemas de control preestablecidos.

En consecuencia, cabría plantear que el denominado *soft law* o *derecho referencial*, importa ya entre nosotros una nueva manifestación de regulación de la actividad económica y en definitiva en cuanto importe decisiones formales de la autoridad se erige en nuevas tipologías de actos administrativos con las características inherentes a los mismos, y por ende, en una nueva expresión de *hard law* al fin y al cabo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOYLE, A. (1999): "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 48 n° 4): pp. 901 - 913.

FERMANDOIS, Arturo (2006): *I Derecho Constitucional Económico* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 252 p.

GARRIDO, Fernando (2002): *II Tratado de Derecho Administrativo*. Parte General (11ª edición, Madrid, Editorial Tecnos) 432 p.

MASSINI, Carlos (1986): "Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad", *Revista de Derecho Público* (vol. 39 - 40): pp. 51 - 58.

MILLÁN PUELLES, Antonio (1979): *Persona Humana y Justicia Social* (Madrid, Ediciones Rialp) 169 p.

Pío XI (1931): *Encíclica Quadragesimo Anno*.

PRECHT PIZARRO, Jorge (1989): "Valor Jurídico de las Directivas Presidenciales, Programas Ministeriales, Circulares e Instrucciones de Servicio", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 16 n° 2): pp. 465 - 474.

SARMIENTO, Daniel (2008): *El Soft Law Administrativo. Un Estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración* (Madrid, Editorial Thomson Civitas) 237 p.

SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *II Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 480 p.

_____ (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing) 809 p.

VIDAL PERDOMO, Jaime (2008): *Derecho Administrativo* (13ª edición, Bogotá, Legis Editores) 608 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Auto Acordado de la Corte Suprema Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo. *Diario Oficial*, 19 diciembre 1932.

Auto Acordado de la Corte Suprema Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, de 24 junio 1992. *Diario Oficial*, 27 junio 1992. Modificado por Auto Acordado de 8 junio 2007.

Código Civil.

Código de Aguas.

Código de Comercio.

Código de Minería.

Código Sanitario.

Código Tributario.

Constitución Política de la República.

Decreto N° 2, Sustituye Reglamento sobre Concesiones Marítimas, fijado por Decreto N° 660, de 1988. *Diario Oficial*, 28 agosto 2006.

Decreto N° 18, Reglamenta Actividades que indica relacionadas con el Tabaco. *Diario Oficial*, 25 junio 1997.

Decreto N° 45, Reglamento del Servicio Público Telefónico. *Diario Oficial*, 9 agosto 1997.

Decreto N° 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Fija Nuevo Texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. *Diario Oficial*, 5 junio de 1992.

Decreto N° 83, Aprueba Reglamento de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas y Explosivos. *Diario Oficial*, 13 mayo 2008.

Decreto N° 106, Aprueba Reglamento de Aguas Minerales. *Diario Oficial*, 14 junio 1997.

Decreto N° 152, Modifica Decreto N° 161 de 1982, que Aprueba el Reglamento de hospitales y Clínicas Privadas. *Diario Oficial*, 8 febrero 2006.

Decreto N° 193, Aprueba Reglamento General del Decreto Ley n° 701 de 1974 Sobre Fomento Forestal. *Diario Oficial*, 29 septiembre 1998.

Decreto N° 194, Aprueba Reglamento de Hoteles y Establecimientos Similares. *Diario Oficial*, 24 octubre 1978.

Decreto N° 212, Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros. *Diario Oficial*, 21 noviembre 1992.

Decreto N° 222, Aprueba Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Dirección General de Aeronáutica Civil. *Diario Oficial*, 5 octubre 2005.

Decreto N° 287, Reglamento de Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego. *Diario Oficial*, 6 mayo 2005.

Decreto N° 298 del Ministerio de Hacienda, Aprueba Reglamento de Ordenanzas de Aduanas. *Diario Oficial*, 8 julio 1999.

Decreto N° 397, Reglamento Orgánico de las Secretarías Ministeriales de Vivienda y Urbanismo. *Diario Oficial*, 8 febrero 1977.

Decreto N° 466, Aprueba Reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados. *Diario Oficial*, 15 marzo 1985.

Decreto N° 956, Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Obras Públicas N° 164 de 1991 modificado por las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996. *Diario Oficial*, 20 marzo 1999.

Decreto N° 1.199, Aprueba el reglamento de las Concesiones Sanitarias de Producción y Distribución de Agua Potable y de Recolección y Disposición de Aguas Servidas y de las Normas sobre Calidad de Atención a los Usuarios de estos Servicios. *Diario Oficial*, 9 noviembre 2005.

Decreto N° 4.363, Aprueba texto definitivo de Ley de Bosques. *Diario Oficial*, 31 julio 1931.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Determina materias que requieren autorización sanitaria expresa. *Diario Oficial*, 21 febrero 1990.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y 18.469, libro III del Sistema Privado de Salud por las Instituciones de Salud Previsional. *Diario Oficial*, 24 abril 2006.

Decreto con Fuerza de Ley N° 3, Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican. *Diario Oficial*, 19 diciembre 1997.

Decreto con Fuerza de Ley N° 4, Fija texto refundido, coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de minería, de 1982, ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de energía eléctrica. *Diario Oficial*, 5 febrero 2007.

Decreto con Fuerza de Ley N° 30, Aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley de Hacienda n° 213 de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas. *Diario Oficial*, 4 junio 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N° 70, Sobre tarifas de Servicios Sanitarios. *Diario Oficial*, 30 diciembre 1988.

Decreto con Fuerza de Ley N° 101, Establece el estatuto orgánico de la superintendencia de Administradoras de fondos de pensiones, su organización y Atribuciones. *Diario Oficial*, 29 noviembre 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N° 164, Decreto Supremo N° 900, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°

164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas. *Diario Oficial*, 18 diciembre 1996.

Decreto con Fuerza de Ley N° 241, Estatuto Orgánico de la Junta de Aeronáutica Civil. *Diario Oficial*, 6 abril 1960.

Decreto con Fuerza de Ley N° 251, Ley de Seguros. *Diario Oficial*, 22 mayo 1931.

Decreto con Fuerza de Ley N° 292, Aprueba la Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante. *Diario Oficial*, 5 agosto 1953.

Decreto con Fuerza de Ley N° 323, Ley General de Servicios de Gas. *Diario Oficial*, 30 mayo 1931.

Decreto con Fuerza de Ley N° 329, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas. *Diario Oficial*, 20 junio 1979.

Decreto con Fuerza de Ley N° 340, Sobre Concesiones Marítimas. *Diario Oficial*, 6 abril de 1960.

Decreto con Fuerza de Ley N° 382, Ley General de Servicios Sanitarios. *Diario Oficial*, 21 junio 1989.

Decreto con Fuerza de Ley N° 458, Aprueba Nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones. *Diario Oficial*, 13 abril 1976.

Decreto con Fuerza de Ley N° 850, Sobre construcción y conservación de caminos. *Diario Oficial*, 25 febrero 1998.

Decreto Ley N° 211, Fija normas para la Defensa de la Libre Competencia. *Diario Oficial*, 22 diciembre 1973.

Decreto Ley N° 600 de 1974, Estatuto de la inversión extranjera, Decreto con Fuerza de Ley N° 593, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado. *Diario Oficial*, 16 diciembre 1993.

Decreto Ley N° 1.089, Fija Normas sobre Contratos de Operación Petrolera y Modifica Ley Orgánica de la Empresa Nacional del Petróleo. *Diario Oficial*, 9 julio 1975.

Decreto Ley N° 1.328, Fija Normas para la Administración de Fondos Mutuos. *Diario Oficial*, 16 enero 1976.

- Decreto Ley N° 2.186, Aprueba Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones. *Diario Oficial*, 9 junio 1978.
- Decreto Ley N° 2.224, Crea Comisión Nacional de Energía. *Diario Oficial*, 8 junio 1978.
- Decreto Ley N° 2.442, Establece funciones y atribuciones del ministerio de economía, fomento y reconstrucción, en materia de pesca organiza la subsecretaría de pesca crea el consejo nacional de pesca y el servicio nacional de pesca. *Diario Oficial*, 29 diciembre 1978.
- Decreto Ley N° 3.063, Establece Normas sobre Rentas Municipales. *Diario Oficial*, 29 diciembre 1979.
- Decreto Ley N° 3.500, Establece nuevo sistema de pensiones. *Diario Oficial*, 13 noviembre 1980.
- Decreto Ley N° 3.538, Crea la Superintendencia de Valores y Seguros. *Diario Oficial*, 23 diciembre 1980.
- Decreto Supremo N° 38, Reglamenta el transporte remunerado de escolares. *Diario Oficial*, 14 marzo 1992.
- Decreto Supremo N° 75, Deroga Decreto N° 15, de 1992, y sus modificaciones posteriores y aprueba Reglamento para Contratos de Obras Públicas. *Diario Oficial*, 1 diciembre 2004.
- Decreto Supremo N° 80, Reglamenta el Transporte Privado Remunerado de Pasajeros. *Diario Oficial*, 13 septiembre 2004.
- Decreto Supremo N° 87, Aprueba Reglamento de Protección Física de las Instalaciones y de los Materiales Nucleares. *Diario Oficial*, 9 marzo 1985.
- Decreto Supremo N° 95, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. *Diario Oficial*, 7 diciembre 2002.
- Decreto Supremo N° 122, Fija requisitos a vehículos que presten servicios de locomoción colectiva urbana. *Diario Oficial*, 18 julio 1991.
- Decreto Supremo N° 132, Reglamento de Seguridad Minera. *Diario Oficial*, 7 febrero 2004.
- Decreto Supremo N° 142, Reglamento identifica fuentes probables de energía geotérmica. *Diario Oficial*, 28 junio 2000.

Decreto Supremo N° 148, Aprueba reglamento sanitario sobre manejo de residuos peligrosos. *Diario Oficial*, 16 junio 2004.

Decreto Supremo N° 250, Aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. *Diario Oficial*, 24 septiembre 2004.

Decreto Supremo N° 298, Reglamenta Transporte de Cargas Peligrosas por Calles y Caminos. *Diario Oficial*, 11 febrero 1995.

Decreto Supremo N° 327, Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. *Diario Oficial*, 10 septiembre 1998.

Decreto Supremo N° 430, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n° 18.892, de 1989 y sus modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura. *Diario Oficial*, 21 enero 1992.

Decreto Supremo N° 587 del Ministerio de Hacienda, Aprueba Reglamento de Sociedades Anónimas. *Diario Oficial*, 13 noviembre 1982.

Decreto Supremo N° 594, Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo. *Diario Oficial*, 29 abril 2000.

Dictamen N° 29.554, Contraloría General de la República, 2007.

Ley N° 10.336, Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. *Diario Oficial*, 10 julio 1964.

Ley N° 16.319, Crea la Comisión Chilena de Energía Nuclear. *Diario Oficial*, 22 octubre 1965.

Ley N° 16.752, Fija organización y funciones y establece disposiciones generales a la dirección general de aeronáutica civil. *Diario Oficial*, 17 febrero 1968.

Ley N° 17.301, Crea corporación denominada Junta Nacional de Jardines Infantiles. *Diario Oficial*, 22 abril 1971.

Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. *Diario Oficial*, 10 agosto 2010.

Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores. *Diario Oficial*, 22 octubre 1981.

- Ley N° 18.046, Sobre Sociedades Anónimas. *Diario Oficial*, 22 octubre 1981.
- Ley N° 18.097, Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. *Diario Oficial*, 21 enero 1982.
- Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones. *Diario Oficial*, 2 octubre 1982.
- Ley N° 18.302, Ley de seguridad nuclear. *Diario Oficial*, 2 mayo 1984.
- Ley N° 18.348, Crea la corporación nacional forestal y de protección de recursos naturales renovable. *Diario Oficial*, 19 octubre 1984.
- Ley N° 18.410, Crea la superintendencia de electricidad y combustibles. *Diario Oficial*, 22 mayo 1985.
- Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 5 diciembre 1986.
- Ley N° 18.695, Ley orgánica y constitucional de municipalidades. *Diario Oficial*, 26 julio 2006.
- Ley N° 18.815, Regula fondos de inversión; modifica decretos con fuerza de ley N°s. 251 y 252, ambos del ministerio de hacienda, de 1931 y 1960, respectivamente, y la ley N° 18.045, *Diario Oficial*, 29 julio 1989.
- Ley N° 18.838, Crea el Consejo Nacional de Televisión. *Diario Oficial*, 30 septiembre de 1989.
- Ley N° 18.840, Ley orgánica constitucional del banco central de Chile. *Diario Oficial*, 10 octubre 1989.
- Ley N° 18.902, Crea la superintendencia de servicios sanitarios. *Diario Oficial*, 27 enero 1990.
- Ley N° 18.971, Establece Recurso de Amparo Económico. *Diario Oficial*, 10 marzo 1990.
- Ley N° 19.300, Bases generales del medio ambiente. *Diario Oficial*, 9 marzo 1994.
- Ley N° 19.419, Regula actividades que indica relacionadas con el tabaco. *Diario Oficial*, 9 octubre 1995.

Ley N° 19.469, Crea los fondos de inversión internacional y modifica cuerpos legales que indica. *Diario Oficial*, 3 septiembre 1996.

Ley N° 19.542, Moderniza el sector portuario estatal. *Diario Oficial*, 19 diciembre 1997.

Ley N° 19.653, Sobre Probidad Administrativa aplicable a los Órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 14 diciembre 1999.

Ley N° 19.657, Sobre concesiones de energía geotérmica. *Diario Oficial*, 7 enero 2000.

Ley N° 19.733, Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. *Diario Oficial*, 4 junio 2001.

Ley N° 19.872, Crea el registro nacional de transporte de carga terrestre. *Diario Oficial*, 20 junio 2003.

Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 de mayo 2003.

Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. *Diario Oficial*, 30 julio 2003.

Ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Diario Oficial*, 14 noviembre 2003.

Ley N° 19.925, Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas. *Diario Oficial*, 19 enero 2004.

Ley N° 20.257, Introduce Modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la Generación de Energía Eléctrica con Fuentes de Energías Renovables No Convencionales. *Diario Oficial*, 01 abril 2008.

Ley n° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. *Diario Oficial*, 20 agosto 2008.

Ley N° 20.322, Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera. *Diario Oficial*, 27 enero 2009.

Ley N° 20.417, Crea el ministerio, el servicio de evaluación ambiental y la superintendencia del medio ambiente. *Diario Oficial*, 26 enero 2010.

Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, N° 18.906, Modifica Ley N° 18.415. *Diario Oficial*, 24 enero 1990.

Norma Chilena Oficial del Instituto Nacional de Normalización. NCh382. Of2004 sobre sustancias peligrosas (clasificación general).

Norma Chilena Oficial del Instituto Nacional de Normalización. NCh2120/1. Of2004 sobre sustancias peligrosas (parte 1, clase 1 sobre explosivos).

Norma Chilena Oficial del Instituto Nacional de Normalización. NCh2190. Of2003 sobre transporte (distintivos para identificación de riesgos).

Norma Chilena Oficial del Instituto Nacional de Normalización. NCh389. Of1974, Sobre sustancias peligrosas (explosivos-medidas de seguridad en la inutilización y destrucción de explosivos de uso industrial).

Resolución N° 425, Deja sin efecto Resolución de la Dirección General de Aguas N° 341 de 2005, y Establece nuevo texto de resolución que dispone normas de Exploración y explotación de aguas subterráneas. *Diario Oficial*, 16 abril 2008.

Resolución Exenta N° 714, Dispone publicación de lista de sustancias peligrosas para la salud. *Diario Oficial*, 3 agosto 2002.

JURISPRUDENCIA CITADA

Requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 327, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de 29 de diciembre de 1992 (1993). Tribunal Constitucional, 6 abril 1993, rol n° 167, disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1088>>

León y otros con Sociedad Comercial e Industrial Ruiz Quiroz Ltda. y otros (2008): Corte Suprema, 10 noviembre 2008, Legal Publishing 41255.

EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN. NUEVO PARADIGMA DE LA CIENCIA PROCESAL

*The fundamental principle of action
new paradigm of the procedural
science*

ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ*

RESUMEN: La ciencia procesal ha cambiado gracias a los paradigmas sobre la acción. Hoy el nuevo paradigma es el del principio fundamental de la acción, lo que comprende una nueva forma de entender el proceso y la ciencia del derecho procesal en un escenario llamado neoconstitucional y todo lo que ello implica.

PALABRAS CLAVE: acción – paradigma – ciencia procesal – garantías - derechos fundamentales

ABSTRACT: The procedural science has changed by action paradigms. Today the new paradigm is the fundamental principle of the action, which concerns a new way of understanding the process

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Presidente de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. <rgonzaleza@pucp.edu.pe>

Artículo recibido el 22 de diciembre de 2010 y aprobado el 24 de enero de 2011.

and the science of the procedural law, in a scene so called new constitutionalism and everything what it implies.

KEYWORDS: action – paradigm - procedural science – guarantee - fundamental rights

I. EXPLICACIÓN EPISTEMOLÓGICA

Con la crisis¹ de los principios del positivismo lógico y el surgimiento de la *nueva filosofía de la ciencia* el análisis epistemológico se nutrió de perspectivas históricas, sociológicas y psicológicas. En esta ruta, de adyacentes estudios históricos promovidos por la tesis de la *nueva historiografía de la ciencia*², el desarrollo científico asumió un carácter revolucionario desde que el pensamiento kuhniano³ asignara al estudio de las teorías científicas una hermenéutica que las envuelve en las respectivas tradiciones en que se gestaron —contexto sociológico del descubrimiento— para descubrir sus orígenes y conocer sus dinámicas y progresos, o mejor, sus revoluciones y nuevos paradigmas que abren nuevas puertas a los procesos perceptivos —contexto psicológico-epistémico— de nuevos mundos secuenciados a nuevos paradigmas.

Esto ratificó la estructura esencialmente dinámica de la ciencia, explicada por el tránsito o revolución de una ciencia normal a una ciencia extraordinaria. La primera, que proviene de una etapa precientífica —preparadigmática—, se caracteriza por la amplia aceptación de la comunidad científica de una teorización determinada —marco teórico general o paradigma—, y la segunda ocurre cuando la primera enfrenta anomalías irreversibles dando lugar a una crisis paradigmática con la rivalidad entre diversas teorías hasta que se asiente una nueva ciencia normal con un paradigma nuevo que descuella como mejor que sus competidoras y consensúa a la comunidad científica. Así las cosas, conviene advertir las etapas kuhnianas de la ciencia procesal en relación a la teoría de la acción, esto permitirá advertir en el derecho procesal diversos momentos como (i) *preciencia*, o de las concepciones de la acción que no se entienden científicas, v. gr. la acción en el *Código Hammurabi*, en las *XII Tablas*, en el derecho romano y en la *exégesis*; (ii) *ciencia normal*, o de la acción en el derecho procesal o procesalismo científico; (iii) *crisis científica*, o de las erradas y enfrentadas teorizaciones sobre la acción; (iv)

¹ Cfr. QUINE (2002) p. 49.

² Cfr. KOYRÉ (1990) *passim.*, KOYRÉ (1977) *passim.*

³ Cfr. KUHN (2004).

revolución científica, o de la explosión neoconstitucional; y, (v) *ciencia extraordinaria*, o del nuevo paradigma del “*derecho fundamental de acción*”.

II. LA ACCIÓN EN LA ETAPA PRECIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL

La mayor expresión empírica, precientífica o sedimentaria de la historia occidental del derecho procesal es, sin duda, la *actio*. El término *acción* proviene del latín *actio -nis*. En latín, es *nomen actionis* del verbo *ago, -ere* “*obrar, actuar*”. En latín jurídico *agere* tuvo empleo como “*llevar un asunto adelante, proceder*” (*agere lege*) o como “*proceso, demanda judicial*” (*actio*, derivado de *agere litem, causam*). En los albores de Roma el verbo *agere* significó un *obrar* (hacer o ejecutar algo) dado que el desarrollo del proceso judicial era la cuidadosa repetición de gestos y rituales o mímica de los hechos (*legis actio*).

La precientificidad del derecho procesal está marcada por la acción en el derecho romano, teniendo entre sus puntos más claros de fluidez el que las vindicaciones⁴ del *pater familias* estaban corroboradas por la protección coactiva imprimida en casos de vulneración de los poderes que tenía conferidos, tal vez los derechos más nítidamente establecidos para los romanos por los *mores maiorum* y las *leges*. Era evidente, entonces, que no bastaba tener un derecho sino tenerlo consagrado para defenderlo o protegerlo, lo que en el ámbito obligacional se consumaba con las *conditiones* que eran esa protección coactiva para el cumplimiento de obligaciones. De estas *conditiones* más adelante derivan las *acciones*, sean reales o personales. En el procedimiento romano se diferencian tres épocas⁵ apareciendo en cada una un sentido distinto de la acción, pero en cada caso siempre con un contexto precientífico: a) las acciones de la ley, b) el procedimiento ordinario o formulario y c) el procedimiento extraordinario.

III. LA ACCIÓN EN LA CIENCIA NORMAL DEL DERECHO PROCESAL

Comprende los momentos del *logro*, de la *conversión* y propiamente de la *ciencia normal*.

El primer momento, del *logro*, se dio gracias a las transformaciones sociales, políticas y económicas de la ilustración, el constitucionalismo y el derecho penal liberal tangibilizados en la sistematización del derecho, la gesta libertaria a partir de la Constitución norteamericana y la conversión en principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* dando espacio al surgimiento del

⁴ Cfr. ERRÁZURIZ (1989) p. 507.

⁵ Cfr. RAMÍREZ (1969) p. 56; SAVIGNY (1879) pp. 11 y ss.

positivismo jurídico, lo que sin menoscabar el influjo generado en todos los ámbitos jurídicos si bien fue en un contexto general un logro para la evolución del derecho no lo fue en concreto y en ese momento para la del derecho procesal, pues la acción estaba arrastrada aún en la definición de CELSO.

En el segundo momento, de la conversión, ante la concepción romana de la acción que prevalecía inmutable en Francia, tan así es que los codificadores franceses asimilaron incluso la misma terminología de los jurisconsultos romanos en la regulación de la acción persistiendo la sistematización del derecho con un sistema de acciones y no de derechos, y en Alemania conforme SAVIGNY la presentó⁶ con su doble sentido (material - civil y formal), dando marcadamente lugar al punto de transformación o cambio con la polémica WINDSCHEID - MÜTHER. Todo esto sin olvidar que el Código Civil francés había sido impuesto en todo territorio que fuera invadido por Napoleón. Alemania no permaneció ajena a esta situación originándose en ella un culto al derecho romano que no duró mucho porque la genialidad germánica se impuso poco a poco motivada por el desprecio y repudio que sentía hacia el Código del invasor y juristas como HUGO y SAVIGNY se encargaron de revivir más el espíritu alemán en busca de un derecho superior al francés. Nació así con SAVIGNY a la cabeza la Escuela Histórica del Derecho, que sería integrada por tan geniales pensadores como PUCHTA y VON IHERING.

Volviendo al ámbito iusprocesal y a la polémica⁷ referida, aparece en Alemania en 1856 el libro de WINDSCHEID intitulado *La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*, en el que sostenía que la *actio* no comprende la existencia de un derecho ni de la lesión del mismo, no se debía entender la *actio* romana en lugar del derecho o básicamente el derecho como *actio* y viceversa. Para WINDSCHEID la *actio* romana ostentaba un doble significado: primero como pretensión y segundo como el hecho de hacer valer esa pretensión. La acción no nacía con la existencia o lesión de un derecho porque resultaba ser originaria y autónoma. Al año siguiente, 1857, se publicó el libro de Theodor MÜTHER intitulado *Sobre la doctrina de la «actio» romana del derecho de accionar actual de la litiscontestatio y de la sucesión singular de las obligaciones*, conteniendo sus objeciones al trabajo de WINDSCHEID. MÜTHER concebía la acción como un derecho subjetivo público cuyo titular está asistido por la razón que el juzgador deberá estimar al resolver el conflicto, lo que denota que para pensar en la acción se debía antes advertir un derecho privado y su violación.

⁶ Cfr. SAVIGNY (1879) pp. 8 y ss.

⁷ Cfr. GONZÁLEZ (2003) pp. 79 y ss., RAMÍREZ (1969) pp. 62 y ss.

Con WINDSCHEID la *actio* romana constituía un derecho subjetivo; y con MÜTHER la *actio* romana constituía un derecho independiente del derecho subjetivo pero condicionado a la existencia de ese derecho subjetivo, por lo que si se tenía por la *actio* “un derecho por hacer valer” lógico era que al tiempo de ello también se tenía el derecho a una sentencia estimatoria (de la acción).

El tercer momento, propiamente de la ciencia normal del derecho procesal, se caracteriza porque el pensamiento científico procesal a cargo de dos escuelas (alemana e italiana) construyó el paradigma de la acción que dio lugar a una corriente evolutiva del derecho procesal denominada científicismo procesal (denominación que ya denota una convulsión revolucionaria en sí misma) caracterizada por una teoría general y trilogía estructural del proceso desde las que la acción, sean cuales fueren los paradigmas alternativos, se entendió abstracta y autónoma.

La acción en la Escuela Alemana (Von Bülow, Köhler, Degenkolb, Plosz, Wach)

El antecedente científico más sobresaliente sobre la acción es la polémica WINDSCHEID - MÜTHER. Sobre ella el pensamiento jurídico alemán no demoró en volcarse y en esa empresa aparece, en 1868, el libro de Oscar VON BÜLOW intitulado *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, en el que solventa que no se puede entender la acción como derecho subjetivo anterior al juicio, porque antes de la demanda no existe un derecho a obtener una sentencia justa. Afirmación que para CHIOVENDA no era propiamente una teoría de la acción sino la negación de la acción y del derecho subjetivo mismo.

Luego aparece en escena, con Josef KÖHLER, la acción como emanación de los derechos de la personalidad, es decir como la facultad que está comprendida en el derecho a la integridad de la propia personalidad, de dar vida a la demanda judicial. Esto trascendió en diversa medida y con más fuerza, desestimándose la idea de una acción como derecho individual, según el propio KÖHLER equiparable al de andar, que lesionaba la concepción abstracta de la acción. La utilidad que se puede entender de todo esto es sin duda la intensificación de investigaciones en torno a la esencialidad de la acción que emana de la persona. El mayor impulso científico de la acción surgió con DEGENKOLB en 1877 cuando la naturaleza de la acción se explica primero como un derecho público subjetivo correspondiente a todo el que de buena fe crea tener razón para ser oído en juicio y obligar al adversario a personarse en el juicio y luego, aunque su autor se desistiera posteriormente, como una facultad abstracta, es decir, no como el derecho que triunfa sino como algo

más que eso, esto es, la acción entendida abstracta está orientada a obtener sentencia independientemente de que si quien tiene el derecho de acción tenga o no derecho subjetivo privado. Así, vista la naturaleza pública y abstracta de la acción aparece al año siguiente reforzada en el libro de Plosz *La discusión del concepto de acción*.

La importancia científica de la acción en el derecho procesal asume real dimensión con Adolfo WACH que siguiendo a MÜTHER explica la acción como un derecho abstracto que al tiempo de dirigirse contra el Estado para que le conceda tutela jurídica, también se dirige contra el adversario para que la soporte o le dé cumplimiento. Entonces, la acción como derecho de aquél a quien se le debe tutela jurídica proviene de WACH del abandono de una concepción del derecho concreto de acción ajena a la autonomía de la acción para pasar (conforme aparece en su Manual, 1885) a la visión de la pretensión de tutela jurídica no como función del derecho subjetivo sino como medio que permite hacer valer el derecho sin ser el derecho mismo. Queda claro que WACH si bien deterioró su pensar sobre la autonomía de la acción al sostener la prevalencia del interés individual sobre el interés público, evidenció las iniciales incompatibilidades de la pretensión en el derecho alemán (*anspruch*) con la *actio* romana, y esto no es poco en el estudio de la autonomía de la acción.

La acción en la Escuela Italiana (Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Rocco)

Se suele señalar la mítica fecha del 3 de febrero de 1903 como el día del nacimiento del derecho procesal, como rama del derecho público y por tanto desligada del derecho civil, a partir del estudio de la acción por un joven profesor de nombre Giuseppe CHIOVENDA que asumía la cátedra de derecho procesal civil en Bolonia, dando lectura, con dicha ocasión, a su prolucción *La acción en el sistema de los derechos (L'azione nel sistema dei diritti)*. Esto dio paso a configurar⁸ la acción como derecho potestativo de carácter concreto y por tanto un poder (i) puramente ideal, (ii) de actuación de la ley, (iii) de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas⁹ o (iv) de generación de efectos jurídicos que se ejercita a través de una declaración de voluntad relativa a lo que se pretende y que requiere una demanda judicial para mantener a lo largo del proceso la voluntad de actuar la ley. Siendo así la acción asume la naturaleza del interés que se pretende tutelar y que es contenido de un derecho con el que frecuentemente se identifica, por lo que la acción no solo puede ser pública o privada, patrimonial o no patrimonial, sino

⁸ CHIOVENDA (1940) pp. 32 y ss.

⁹ CARLOS (1981) p. 265.

cedible, transmisible, prescriptible y renunciable, considerándose intransmisibles cuando los intereses a los que se coordina la acción son inherentes a la persona.

Si bien la configuración chiovendiana de la acción permaneció estática con CALAMANDREI, ocurrió lo contrario con el genio de CARNELUTTI que en su pensar científico entendió la acción como un “*derecho subjetivo del individuo como ciudadano*” —advértase su formulación como derecho abstracto y cívico— para obtener la composición estatal del litigio por lo que requiere un interés colectivo distinto al particular, es decir, que se dirige no al adversario sino al juez, explicándose más adelante¹⁰ la *procesalidad* de ese *derecho subjetivo* y la condición de *parte en el proceso* de ese *individuo como ciudadano*. A esto se sumó un criterio clasificatorio de la acción (acciones cognitivas (ordinarias o de conocimiento), ejecutivas, definitivas, cautelares, voluntarias, etc.) y sobre todo la distinción del derecho procesal de acción, como relación propia de la dinámica del derecho, no solo del derecho material hecho valer en juicio, sino de la pretensión considerada un hecho, un acto jurídico propio de la estática del derecho y por tanto receptora de la legitimación como elemento o condición. Si con Ugo Rocco¹¹ se esclarece el sentido de la acción como “*derecho de pretender*” la actuación estatal como actividad jurisdiccional para la confirmación y la realización coactiva de intereses materiales o procesales protegidos por el ordenamiento, se debe considerar sumamente útil el cuestionamiento formulado al empleo de los términos *poder* (o *poder general*) y *potestad* para identificar la naturaleza de la acción porque siendo un derecho subjetivo no implica en su titular la atribución de cierta autoridad que denota un poder o facultad.

IV. CRISIS CIENTÍFICA DE LA ACCIÓN: TEORÍAS Y POSTURAS CONVULSIONADAS Y HOSTILES SOBRE LA ACCIÓN

Comprende los momentos de las *primeras anomalías*, de la crisis propiamente dicha y de la *emergencia*.

Las *primeras anomalías* que fue presentando la acción en la ciencia normal del proceso evidenciaban ausencia de soluciones a diversos problemas que el paradigma de la acción como derecho público, autónomo y abstracto revelaba ante un creciente número de nuevas concepciones sobre la acción, o mejor, nuevos paradigmas alternativos sobre la acción, que develaban cada vez más carencias, insolvencias del paradigma dominante. Estas primeras

¹⁰ CARNELUTTI (1959) p. 316.

¹¹ ROCCO (1959) pp. 366 y ss.

anomalías fueron consecuencia del contenido de la denominada *teoría de la acción* que ya no se observaba como ámbito de debate científico sino como un abanico de numerosas, irreconciliables y hasta contradictorias teorizaciones sobre la acción.

No fue raro, entonces, advertir en cada autor no solo su propia y singular opinión sobre la acción sino siempre la infaltable prevención al lector de la dificultad e importancia del estudio de la acción, que en sí ya era un problema porque no se sabía si por último pertenecía al derecho procesal o a otro ámbito que requiere de mayor reflexión, como el de la filosofía del derecho, de la teoría general del derecho o de un campo jurídico que sin ser procesal resultaba propicio para la naturaleza de la acción que era el derecho judicial material. Siendo esto así, y habiendo tantas teorías de la acción, era necesario ordenarlas¹² en tres grupos: a) teorías tradicionales o sustancialistas; b) teorías que reconocen la autonomía de la acción, formulando a su vez entre las que integran este grupo las siguientes: i) teorías que conciben la acción como un derecho concreto (WACH, CHIOVENDA); ii) teorías que conciben la acción como derecho abstracto (Alfredo ROCCO, Ugo ROCCO, DEGENKOLB, LIEBMAN, CARNELUTTI); iii) teorías que conciben la acción como derecho potestativo (CHIOVENDA, CALAMANDREI); iv) teorías que conciben la acción como un simple hecho (SATTA); v) teorías de un concepto ordinario de acción dentro del ordenamiento jurídico (MERCADER, BARTOLONI FERRO); y, c) teorías que entienden por acción el derecho a la jurisdicción como manifestación del derecho constitucional de petición.

Un criterio¹³ afín al señalado es el que ordena las teorías de la acción en monistas y dualistas. Las teorías monistas de la acción la entienden como derecho subjetivo material cuya tutela se solicita con sede jurisdiccional; y las teorías dualistas de la acción son aquellas que la entienden como (i) un derecho abstracto a obtener tutela jurídica (DEGENKOLB, ROCCO, ZANZUCCHI); (ii) un derecho público subjetivo concreto, dirigido a la obtención de una resolución favorable (WACH, HELLWIG, BELING, GOLDSCHMIDT); (iii) un derecho potestativo, contra el obligado (CHIOVENDA, CALAMANDREI) o contra el Estado (CALAMANDREI); (iv) una noción diferente a la de un derecho subjetivo (doctrina alemana surgida en 1932 como consecuencia de la llamada "*lucha contra el derecho subjetivo*"); (v) una noción mayor a la de derecho subjetivo (PEKELIS, BINDER); o (vi) la facultad de señorío con que se inicia el proceso (CARNELLI).

¹² COUTURE (1978) p. 169.

¹³ FAIRÉN (1992) pp. 78 y ss.

Más allá de las (dis)conformidades que estos criterios clasificatorios provoquen, lo cierto es que las teorizaciones sobre la acción asisten a una doble vertiente: una unitaria y otra dualista. Claro está en cada caso con diversos matices dogmáticos, pero lo importante aquí es no perder de vista que por el hecho de que las teorizaciones de la acción sean aquellas parceladas en el derecho material o en el procesal (unitarias), o en ambos (duales), no dejan de reflejar su correspondencia al derecho subjetivo, sea en su plano material o procesal, o en ambos. Se ubican las teorías de conceptos unitarios de la acción como expresión de anomalías iniciales en que devino un momento de ciencia normal, de convivencia de un paradigma conceptual unitario y dominante de la acción sobrepuesto a otros paradigmas (no dominantes); y la teorización dualista de la acción expresa claramente la crisis conceptual del tema.

Las siguientes son las principales teorías unitarias: (i) la acción como derecho a la tutela concreta, (ii) la acción como derecho potestativo; (iii) la acción como derecho abstracto; (iv) la acción como derecho a la jurisdicción; (v) la acción como forma típica del derecho de petición; (vi) la acción como instancia proyectiva.

La *crisis científica* de la acción no está en la sistematización, o mejor, ordenamiento de las diversas teorías que sobre ella han descollado, ellas son apenas las primeras anomalías e iniciales convulsiones científicas. La crisis, y con ella la hostilidad hacia la científicidad de la acción, está en (i) la incontrollable afluencia de definiciones de la acción, desbordantes de cualquier intento clasificatorio y por tanto de asignaciones de naturalezas jurídicas diversas; (ii) el pesimismo sobre la acción; (iii) la dualidad de la acción; (iv) la tergiversación con el *derecho* a la tutela jurisdiccional efectiva; (v) el quiebre de los mitos sobre la acción; (vi) los cuestionamientos del garantismo procesal; (vii) el (des)interés en su evolución y degradación; (viii) débiles intentos de fundamentalización de la acción; (ix) la diferenciación entre la acción y la pretensión; y, (x) el disloque semántico de la acción en la normatividad (civil y procesal civil). A continuación algunas notas sobre algunos de los puntos mencionados.

i) La incontrollable afluencia de definiciones de la acción y por tanto de asignaciones de naturalezas jurídicas tan diversas como inconsistentes frente a su importancia

Son muchas las definiciones que de la acción se han elaborado, tantas como teorías e intentos de ellas se han razonado para explicarla y más allá de la retórica calamandreiana de las teorías sobre la acción como las noches de la leyenda, mil y una y todas maravillosas, éstas queriendo alcanzar el

cielo, sufrieron la confusión de su diversos lenguajes. Una auténtica maldición babeliana.

En el pensamiento alemán la acción se ha entendido como "*pretensión de protección*", "*facultad de pedir protección jurídica*", "*derecho público subjetivo*", "*derecho a la prestación de la jurisdicción*".

En el pensamiento italiano la definieron como "*poder jurídico*", "*poder de provocar la actuación de un órgano jurisdiccional*", "*derecho subjetivo autónomo y concreto*", "*derecho de provocar del juez una resolución*", "*derecho subjetivo público del individuo*", "*derecho de iniciativa y de impulso*".

En el pensamiento español la acción es "*facultad de promover la incoación de un proceso*", "*derecho de excitar la actividad jurisdiccional*".

Finalmente en el pensamiento americano se entiende la acción como "*plexo de facultades jurídicas, privadas y públicas*", "*derecho a la jurisdicción*", "*poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho*", "*derecho público cívico, subjetivo y autónomo*", "*poder jurídico generador del proceso*", "*poder de presentar y mantener pretensión jurídica*", "*posibilidad jurídicamente encuadrada*", "*derecho para obtener la actuación jurisdiccional de la ley*", "*poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto)*", "*poder de formular y mantener una pretensión*", "*derecho subjetivo público, autónomo*", "*derecho, o facultad o potestad*", "*derecho que se tiene a que se preste el servicio de justicia*", "*derecho subjetivo procesal*", "*derecho, la potestad, la facultad o actividad*".

ii) El pesimismo sobre la acción

Consecuencias de tantas definiciones de la acción tan imprecisas, inconciliables, meramente dogmáticas y curiosamente inútiles para la pacificación de la doctrina que las agrupa trajo, en los menos optimistas, la idea de organizarle unos solemnes funerales¹⁴, de la necesidad de abandonar su estudio o de estar ante la crónica de un enorme fracaso doctrinal¹⁵; pero en cualquier caso la lógica que anima estas posturas hostiles frente a la acción no dejan de reflejar las mismas deficiencias de las definiciones que las motivan.

Proponer abandonar el estudio de la acción, no se explica sino en el desgano, la rendición o el tedio. Es una postura que desmaya sin aliento lógico,

¹⁴ ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO (1992) p. 323.

¹⁵ NIEVA (2009) p. 20.

sin una mínima razón científica y si consigue referencias doctrinales es porque sintetiza el hastío sobre un tema tan manoseado, repetido e inconciliable que, se dice, mejor sería abandonarlo.

Advertir en el estudio de la acción un enorme fracaso doctrinal, parte por sostener en la acción una manifiesta ausencia de contenido y de fundamentación en el proceso, entendiéndolo por dicha fundamentación su consistencia general en el proceso que hizo a la acción partícipe de la trilogía estructural del proceso, al punto tal que, no sin razón, reconoce esa trilogía (trípode o triángulo) estructural como un trípode definitivamente desvencijado¹⁶ no por la jurisdicción ni el proceso como se dijera antes¹⁷ sino por la acción. Pero en su arquitectura esta postura hostil frente a la acción le desconoce contenido porque entiende este solo desde las perspectivas que enfocan la acción como *acto*, *concepto* u *objeto* apoyando su eje argumentativo en la acción presentada por SAVIGNY, no precisamente tal cual se configuró en la etapa formularia del derecho romano, y a partir de ello describiendo el error de todos los procesalistas que en su esfuerzo de definir la acción terminan por delatarla carente de contenido e imposible de ser un concepto fundamental.

El error de esta postura es el mismo que suele criticarse de los “*procesalistas de un enorme fracaso doctrinal*” que no quitan los ojos de la trascendencia de la *actio* romana de la etapa formularia “*alterada*” por SAVIGNY encerrando la acción en el ámbito privatista del derecho y en una cuestionada distinción entre fondo y forma para entender el derecho y en él la acción. Y es que ésta no solo se entiende como *objeto* de juicio (que es la pretensión) o *acto* que da inicio al proceso, mucho menos como *concepto* que explica el papel de las partes en el proceso, sino sobre todo como *derecho*, *poder*”, *facultad* o *atribución*, contemplando la acción en el plano *material* propiamente el *subjetivo* – *procesal* y de ello dan cuenta algunas de esas abundantes definiciones que tanto se critican precisamente por eso: por ser abundantes.

La acción en la ciencia normal del derecho procesal, particularmente en el pensamiento latinoamericano, se deshizo de la influencia privatista para alcanzar su autonomía que era también la de la ciencia procesal que había ayudado a alumbrar y asistía al debate de su esencia libertaria, porque es la libertad del justiciable en el proceso lo que la configura y la hace definitivamente fundamental en el proceso.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO (1992) p. 323.

iii) *La dualidad de la acción*

SAVIGNY presentó¹⁸ la acción con un doble sentido, uno material (objeto del juicio, derecho de acción) y otro formal (demanda), que era como él lo entendió de fuente romana aunque en la etapa formularia la acción no tenía precisamente esa dimensión que fue mayoritariamente seguida sin mayores reparos. La *actio* romana no era derecho en sentido subjetivo, porque esta categoría no existía¹⁹ en el derecho romano, o por lo menos no podía distinguirse²⁰ claramente del *ius* objetivo, la *actio* era simplemente un obrar, o mejor un accionar. La noción de derecho subjetivo aparece en el siglo XVII con GROCIO luego del debate entre DE OCKHAM y el Papa JUAN XXII. Es evidente que el sentido privatista de la acción marcaba su composición de *fondo* (derecho de acción, objeto de juicio hoy entendido como pretensión) y de *forma* (acto escrito que inicia un juicio, hoy entendido como demanda) muy armonizada con la tesis contractualista del proceso.

La diferenciación privatista entre *fondo* y *forma* es manante de muchos problemas²¹ en el mundo procesal de los que este solo se libra si supera la conceptualización contractualista del proceso y entiende que en sus adentros le es tan propio lo subjetivo material y lo subjetivo procesal. Pero esto no siempre se reparó y muy por el contrario se asumió lo material (fondo) y lo procesal (forma) para estudiar una acción material y una acción procesal dando espacio a teorizaciones que bajo el mismo espíritu privatista y de distinción de lo material (fondo) y de lo procesal (forma) asumieron el origen del "problema sobre la acción" en el esfuerzo por concebirla unitariamente, negando la tesis integradora de una acción de derecho material con una acción procesal. Y como este problema era superable simplemente eliminándolo al no considerarlo, se reafirmó la acción material junto a la acción procesal, dado que entender que la acción material había migrado al ámbito procesal para hacerse acción *formal* dejaba un enorme vacío en el derecho material que no se puede saber cómo cubrir sino atendiendo a una teorización sobre causalidad jurídica, derecho subjetivo material, facultad, pretensión material y "acción material", sin dejar de ver en otro lado un derecho público subjetivo "a la tutela jurídica" que se ejerce con una "acción procesal" que contiene una pretensión procesal. Esa dualidad de la acción solo se explica si se separa claramente lo material de lo procesal, atención, en un plano sustancial, en el que el acaecimiento de la regla jurídica en la juridización del hecho, o

¹⁸ SAVIGNY (1879) pp. 8 y ss.

¹⁹ VILLEY (1976) pp. 30 y ss.

²⁰ VON TUHR (1998) p. 58.

²¹ NIEVA (2009) pp. 16 y ss.

mejor, de la “*causalidad jurídica*”²² que da lugar, entre sus diversos efectos al derecho subjetivo material y al derecho público subjetivo, en cada caso de acción: material y procesal, respectivamente.

Se entiende que la acción de derecho material deriva de la noción de derecho subjetivo, y a su turno esta de la incidencia de la regla jurídica en los hechos, es decir, de la juridización del hecho. El derecho subjetivo es la ventaja atribuida a su titular por realización de la regla jurídica en un hecho; ventaja que no es la esencia del derecho subjetivo, que es la potestad de querer, o mejor, la “*posibilidad de demandar*”²³, sino consecuencia suya, consecuencia de lograr compulsivamente la prestación. En otras palabras, cuando la ventaja no es atendida surge en su titular una mera potencialidad de exigir algo, un *poder* que es el “*contenido de una pretensión material*”²⁴ para exigir esa ventaja; la pretensión material es un “*estado especial*”²⁵ o “*una nueva virtualidad*”²⁶ del derecho subjetivo entendida como *tentativa, mero poder* o *posibilidad* de exigir algo, algo que queda sujeto a la voluntad del obligado frente al derecho subjetivo, que de frustrarse o no realizarse por actuar del obligado da espacio a la «acción de derecho material» que es la posibilidad de demandar. Esencia misma del derecho subjetivo, es pues el actuar del titular del derecho para conseguir el cumplimiento de la obligación por el obligado aún contra su voluntad o sin ella o sin su obrar. Por eso la acción material supone combatividad²⁷ y es la inflamación del derecho o de la pretensión²⁸, es el actuar del sujeto para la realización del propio derecho²⁹ porque tener un derecho es tener la facultad de gozarlo, o mejor, de ejercer su exigencia de realización.

Cabe anotar que cuando la noción de poder vinculada al derecho subjetivo es asumida por la teoría pura del derecho³⁰, si bien se mantiene, el sentido que implica es diferente al otorgado en la dualidad de la acción y propiamente en la acción de derecho material. Así, el derecho subjetivo contiene una facultad, o mejor, el derecho subjetivo es un poder jurídico de tener esa

²² MIRANDA (1970) p. 3.

²³ VON TUHR (1998) p. 63.

²⁴ SILVA (1996) pp. 78 y ss.

²⁵ MITIDIERO (2005) p. 111, MITIDIERO (2006) p. 208.

²⁶ SILVA (1996) p. 79.

²⁷ MIRANDA (1997) p. 103.

²⁸ MIRANDA (1970) p. 103.

²⁹ SILVA (1996) p. 77.

³⁰ KELSEN (1987) pp. 146 y ss.

facultad; entonces, siendo poder el derecho subjetivo, en sentido estricto³¹, se entiende como una condición de la sanción de una obligación jurídica traducida en una acción dirigida al órgano de aplicación como demanda o querrela para lograr ejecutar esa sanción. La vinculación del concepto poder se vincula no al derecho subjetivo y en él a la acción de derecho material, sino al derecho subjetivo público de acción procesal.

Se entiende la acción procesal a partir del reconocimiento de un *derecho a la tutela jurídica*, un *derecho público subjetivo*³² que vive en el mundo jurídico subjetivo material, o mejor un derecho de acento³³ constitucional, que se sirve de una pretensión por la que *puede* exigir tutela al Estado; pero ello no es suficiente sino que también es necesario dotar a esa posibilidad de exigir tutela estatal de una *acción procesal* para que dé "*posibilidad de exigencia*" sea "*exigencia debida*", o mejor, "*exigencia ejercida*". Aquí la acción en ámbito procesal si bien no es resultado de la violación de un derecho, y ahí está su acento constitucional, sigue siendo el segundo sentido del derecho de acción de SAVIGNY: el acto escrito por el cual comienza el debate judicial³⁴, la demanda.³⁵ No es raro entonces, advertir que la acción procesal comprende una pretensión procesal, que no es sino la pretensión a la tutela jurídica dirigida al Estado. Así, la acción procesal es siempre procedente e independiente de la acción de derecho material.

La dualidad de la acción es la perspectiva dominante en diversos ordenamientos del *civil law*, pero es la doctrina brasileña la que presenta un mayor y constantemente renovado debate³⁶ sobre la acción de derecho material y la acción procesal, que espero se mantenga aún cuando en las perspectivas de su nueva codificación procesal civil, nada sobre la condición de la acción parece pretender cambiar.

iv) *La tergiversación del derecho de acción con el «derecho» a la tutela jurisdiccional efectiva*

Hay una clara diferencia³⁷ histórica y conceptual o semántica entre *tutela jurisdiccional*, *tutela jurisdiccional efectiva* y *derecho a la tutela jurisdiccional*

³¹ CRUZ (2004) p. 50.

³² MIRANDA (1997) p. 80.

³³ MITIDIERO (2006) p. 214.

³⁴ SAVIGNY (1879) p. 210.

³⁵ MIRANDA (1997) p. 80.

³⁶ Cfr. MACHADO (2004) pp. 90 y ss., MACHADO (2008) pp. 183 y ss.

³⁷ GONZÁLEZ (2008) pp. 275 y ss.

efectiva, pero en cada caso no deja de significar una garantía constitucional y evidentemente también procesal y no un derecho; entonces, si las garantías y los derechos no son lo mismo no hay razón para concebir la tutela jurisdiccional como un derecho ni mucho menos como *efectiva* porque este adjetivo recae con propiedad en un derecho dado que asistiendo a una garantía resulta redundante.

El término *efectivo* parece provenir de la inseguridad³⁸ de un legislador ansioso de hallar la realización de sus prescripciones pues era consciente que estas podían quedar en la mera enunciación o sin ejecución, aquí *efectivo* tiene una doble función: a) autoaseguramiento del auténtico poder de ordenación; y, b) prescribir la operatividad de las buenas intenciones del legislador primario. La efectividad es patrimonio del derecho positivo y de los derechos subjetivos (materiales y procesales) que acoge. A ellos se debe su presencia, propiamente cuando son realizados y cumplidos de hecho³⁹ o forzosamente; lo que desde ya remite a entender la efectividad con relación a la actuación normativa.

La conciencia de la efectividad de los derechos del hombre data del siglo pasado, del tránsito del Estado liberal individualista al Estado social de derecho. La concreción (efectiva) de los derechos constitucionalmente establecidos fue más allá de un tibio sistema de libertades a cargo de un Estado inerte administrador, pues se demandó un Estado que garantice la operatividad *efectiva* de esos nuevos derechos, particularmente de los llamados sociales⁴⁰. Fue en esa atmósfera que los derechos empezaron a efectivizarse desde el texto de la Ley Fundamental, así el artículo 3° de la Constitución italiana de 1948 refiere a la *efectiva* participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

En Alemania se buscó la efectivización de la *tutela jurídica* que, repito, nunca fue un derecho sino siempre una garantía, pues el Tribunal Constitucional alemán estableció que el artículo 19, ap. 4, de la Ley Fundamental alemana no solo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino también la *efectividad* de la tutela jurídica⁴¹ entendiéndose, entonces, por tutela jurídica con *particularidad en la escuela alemana*⁴², la efectiva satisfacción de los fines del derecho y la

³⁸ GAVAZZI (1994) p. 1.

³⁹ GARCÍA (1948) pp. 9 y ss.

⁴⁰ BERIZONCE (1987) p. 5.

⁴¹ GÓMEZ (1984) p. 266.

⁴² COUTURE (1978) p. 479.

realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas, es decir, una concepción distinta de la contemporánea que remite la efectividad a los derechos constitucionales plenos, operativos de realización material⁴³, por lo tanto diferenciados claramente de sus correlativas garantías. Hablar de la efectividad de la tutela jurisdiccional es hablar de la efectividad de una garantía, no de un derecho; este es un error que se repara claramente cuando en tiempos de neoconstitucionalismo y garantismo se diferencian los derechos de sus garantías.

A este panorama de confusión de derecho y garantía se suma el mayor perjuicio que la teoría de la dualidad de la acción propició con relación a la acción procesal: considerarla como un derecho subjetivo público a la *tutela jurídica*. Tutela jurídica que si bien vivía la última mitad del siglo pasado en la confusión, timidez e inseguridad de un *acento constitucional* o de ser un derecho subjetivo *público* no había sido tan nocivo como cuando arribó deformado al artículo 24.1 de la Constitución española. Explico.

En la noche de las teorías modernas de la acción, concebida aún como *derecho subjetivo privado*, MÜTHER pensó que el objeto del proceso bien podría ser una acción concebida como *derecho subjetivo público*⁴⁴ del particular contra el Estado, para que le tutele respecto de una relación jurídica determinada, derecho al que WACH, propuso denominar *derecho a la tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch)*⁴⁵, el mismo que no dio para más cuando advertida su dependencia de una acción material dejaba sin explicación⁴⁶ el supuesto en que iniciado el proceso tal acción material no existía. ¿Será este el precedente trunco del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva? Responder afirmando la pregunta sería emparentar el *derecho* a la tutela jurisdiccional efectiva a la línea evolutiva del derecho de acción, lo que evidentemente no es así, porque el "*derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*" nació en letra constitucional con el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, con una imprecisa redacción y ausente de expectativas⁴⁷, significando el término tutela, en un sencillo sentido lingüístico, "*dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra*" y no un *derecho* (a la tutela). Pero como en el sistema procesal español, al que alcanzó la vigencia de la nueva Constitución, el derecho de acción vivía aún en el pensamiento de CELSO y la concepción del debido proceso resultaba esquiva, ante la necesidad del justiciable de sentir

⁴³ BERIZONCE (1987) p. 5.

⁴⁴ RAMÍREZ (1969) p. 62.

⁴⁵ Cfr. CHIOVENDA (1949) pp. 3 y ss.

⁴⁶ ARAGONESES (1960) pp. 130 y ss.

⁴⁷ CHAMORRO (1994) p. 3.

tutela jurisdiccional con aquello que le aseguraban esos derechos entendidos fundamentales pero que no aparecían así de la ley ni jurisprudencia ni doctrina españolas, se dio como natural consecuencia una indiscriminada invocación de la única fórmula constitucional (art. 24.1) que podía aproximarse o tenuemente reconocerse como el fantasma de esos derechos (fundamentales). Al recaer en el Tribunal Constitucional español, este no halló mejor ocasión para darle osamenta y musculatura a esa espectral *garantía* de tutela jurisdiccional, cosa curiosa, denominándola "derecho" y copiando las formas y estructuras que tanto habían costado formar al derecho de acción y a la garantía del debido proceso, revelando una *revolución*⁴⁸ del ordenamiento jurídico, o peor, un *megaderecho* sobrepuesto a la acción y al debido proceso, es más, superpuesto en todos los casos a todos los preceptos constitucionales relativos al servicio de justicia, de suerte que si uno de estos es transgredido también lo será aquél⁴⁹, y así se vio una nueva estrella en un distorsionado firmamento jurídico - constitucional⁵⁰ que no cuida el diferenciar los derechos de sus garantías.

Con estas circunstancias el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es ante todo un *derecho* del justiciable a que se le imparta justicia con pautas debidas, es decir, es principalmente el derecho de acción y la garantía del debido proceso concentrados en un solo derecho; por tanto, mal se hace en nuestro país al decir⁵¹ que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene fuente constitucional en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, porque este dispositivo consagra la tutela jurisdiccional no como un *megaderecho* ni como un derecho del justiciable sino como la promesa⁵² (constitucional), o mejor, como la garantía asegurada de impartición de justicia, mejor aún, como garantía que asegura el proceso al ciudadano. ¿Por qué? Porque como garantía es vinculación pública deóntica de un derecho. ¿Cuál? Sin duda el de acción.

Pero como esto no se reparó por el último constituyente español, con el ánimo de impedir se repitan episodios totalitaristas y de asignar confianza al ciudadano en el servicio de justicia⁵³, buscó un híbrido entre el artículo 19.4 de la Constitución de Bonn de 1949 (que establece que "[t]oda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía

⁴⁸ *Idem*, p. 4.

⁴⁹ MARTÍNEZ – PEREDA (2002) p. 214.

⁵⁰ DIEZ - PICAZO (1987) p. 41.

⁵¹ Tribunal Constitucional Perú. *Villegas Namuche* (2004).

⁵² GUIMARÃES (2004) p. 77.

⁵³ VALLESPÍN (2002) p. 135.

judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios") y el artículo 24 de la Constitución italiana de 1948 (que señala que "[t]odos pueden accionar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento"). El resultado de tal procreación es este texto: "Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los Tribunales para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión". Redacción que bajo una simple enmienda de estilo quedó definitivamente establecida así: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Nadie dudaría que se trata de la acción procesal, esa que se entiende como derecho la tutela jurisdiccional en la perspectiva dualista de la acción.

El texto final indicado no es producto de un debate jurídico-teórico ajustado a las necesidades de una realidad, sino, simple enmienda de estilo o ánimo de mejorar la redacción del texto legal, tan así es que el sustento de la enmienda final reza: "Es, simplemente, creemos, una mejor redacción. En lugar de 'Toda persona tiene derecho al acceso para la tutela', decir: 'Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela de los jueces y tribunales'. Lo demás es prácticamente lo mismo"⁵⁴, es decir, nada más alejado de un debate sobre la acción⁵⁵ o motivación jurídica de un nuevo derecho y nada más parecido a un descubrimiento por casualidad, porque aún si los constituyentes nada atisbaban sobre este numeral, sino solamente el haber establecido constitucionalmente el acceso a la jurisdicción para la tutela de los derechos, cuando la casuística arrojó indiscriminada⁵⁶ invocación, vía amparo, de un derecho a la tutela se vieron con una empresa que cumplir construyendo las estructuras, contenidos y significados de ese "nuevo derecho".

El Tribunal Constitucional español asumió el encargo, y no hizo otra cosa que llenar un agujero enorme y negro del ordenamiento español que evidenciaba la falta de percepción científica del derecho de acción muy encendida por cierto para ese entonces en la Escuela latinoamericana del derecho procesal y la esquiva comprensión normativa del conjunto de garantías mínimas que aseguran al justiciable un proceso justo.

⁵⁴ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL SENADO, Diario de sesiones de 25 de agosto de 1978. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS (1980) p. 141

⁵⁵ CHAMORRO (1994) pp. 5 y ss.

⁵⁶ *Idem.*, p. 4.

En el esfuerzo de atemperar lo imprevisto o impensado que resultó el derecho nacido en el artículo 24.1 (i) se anotan abultados antecedentes de normatividad comparada del contenido del derecho de acción y de la estructura de la garantía del debido proceso, (ii) se apela al contexto de los modelos jurisdiccionales garantistas del *civil law* comunes a los textos fundamentales de la Europa de la segunda posguerra mundial, lo que no va más allá del esfuerzo que realmente esto convocó y que fue el ánimo de positivizar el acceso libre a la jurisdicción para la tutela de los derechos, pero no el *derecho a la tutela*, que no puede significar lúcidamente otra cosa que un retorcido “*derecho a la garantía del derecho de acción*”; y, finalmente, (iii) se invoca la internacionalización de las garantías constitucionales, olvidando que el artículo 10 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), el artículo 14.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966) y el artículo 6 de la *Convención Europea de Derechos del Hombre* (1950) se atienen a los componentes del debido proceso y a la tutela judicial, que aunque se las denomine derecho son garantías más nada, y no propiamente al «derecho» a la tutela judicial efectiva en el entendido del artículo 24.1.

¿Qué hubiera ocurrido de no darse la enmienda de estilo? No existiría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con la construcción teórica a cargo del Tribunal Constitucional español que hoy goza, pues sencillamente sería el aseguramiento constitucional al libre acceso a los tribunales, que tiene su precedente directo en el ordenamiento español en el artículo 30 de la *Ley Orgánica del Estado* de 10 de enero de 1967 y en la Base Primera, N° 3 de la *Ley de Bases Orgánicas de la Justicia* de 28 de noviembre de 1974. Y con esto tal vez el derecho de acción hubiera tenido el merecido desarrollo en el proceso civil español, y el legislador peruano del *Código Procesal Civil* no hubiera incurrido en el error de superponer un *derecho*, sin precedente en el derecho positivo nacional, al derecho de acción ni a su correlativa garantía del debido proceso.

En España la jurisprudencia constitucional si bien entiende el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como una *garantía*⁵⁷ —no diferencia los derechos de sus garantías— previa al proceso, que lo asegura⁵⁸, que tiene por naturaleza ser un derecho de configuración legal⁵⁹ y que se satisface solo en un proceso judicial, la mayoría de las veces lo define no por lo que es sino por lo que contiene. Así, es el derecho a acceder al proceso judicial, a alegar los hechos y las argumentaciones jurídicas pertinentes y a obtener una resolución

⁵⁷ ALZAGA (1978) p. 238.

⁵⁸ Tribunal Constitucional España (1982)

⁵⁹ Cfr. MARTÍNEZ - PEREDA (2002) p. 215, GARRIDO (2001) p. 24.

fundada en derecho.⁶⁰ Y cuando se ocupa de estructurar su contenido, lo hace de modo tan complejo, desmesurado y desbordante⁶¹ que no se dudó en ver ese trabajo como un auténtico cajón de sastre⁶² que perjudica derechos constitucionales como el de acción y garantías como la del debido proceso.

Este mismo contenido, con algunas variantes, fue reflejado en la doctrina⁶³, que no dudó en mostrarlo compuesto por (i) el libre acceso a la jurisdicción, (ii) las posibilidades de alegación⁶⁴ y defensa, (iii) la obtención de una resolución sobre la pretensión procesal deducida que sea motivada, razonada, congruente y que esté basada en el sistema de fuentes, (iv) el acceso a los recursos legalmente establecidos, (v) la ejecución de la resolución judicial firme. Esto proyecta al derecho que nos ocupa abarcando no solo cuanto comprende el proceso, sino, cuanto le antecede, acompaña y subsiste.

Si frente a esto conceptuamos al derecho de acción, en una visión conjunta con el derecho de contradicción que es el otro lado de su ser cuando asiste al demandado, como un *derecho fundamental* —por lo que discutir sobre su naturaleza sale sobrando— que permite el acceso irrestricto a la jurisdicción, a merecer la atención y respuesta razonables de ella y a que su decisión se cumpla. Acaso no es esto ese mismo contenido que se le atribuyó al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Entonces, qué de nuevo tiene ese derecho si solo se muestra como el descubrimiento de lo que hace muchos años fue reconocido. Algo más, si el constituyente español hubiera positivizado el derecho de acción y su garantía del debido proceso, resultaría claro que saldría sobrando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. O es que, cuando se define por «derecho a la tutela jurisdiccional» aquel derecho que toda persona tiene para que se «le haga justicia» y que “*cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional*”⁶⁵, no está indicándose lo que es el derecho de acción, y si a esto se añade que esa atención jurisdiccional debe ser “*a través de un proceso con garantías mínimas*”⁶⁶, no está indicándose, en este caso, la garantía del debido proceso.

Esta es la razón por la que cuando la doctrina española intenta aproximarse a un concepto del derecho a la tutela judicial efectiva no hace sino

⁶⁰ Tribunal Constitucional España (1987). Cfr. González (1984) pp. 27 y ss.

⁶¹ Cfr. VALLESPÍN (2002) pp. 139 y ss.

⁶² *Idem*, p. 139.

⁶³ RUBIO (1995) p. 262, CHAMORRO (1994) p. 13.

⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ (2009a) pp. 183 y ss, GONZÁLEZ (2010) pp. 165 y ss.

⁶⁵ GONZÁLEZ (1984) p. 27.

⁶⁶ *Ibidem*.

gravitar en torno a la acción, y arriba a (i) decir que el artículo 24.1 de la Constitución (española) reconoce el derecho a la jurisdicción que, cuando se ejercita, se convierte en acción tramitada a través del proceso debido⁶⁷, (ii) buscar el entendimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en las teorías sobre la acción⁶⁸, (iii) concluir que lo que se quiso consignar en el referido artículo 24.1 fue lo que doctrinalmente se denomina *derecho de acción*; (iv) equiparar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el derecho de acción⁶⁹; (v) reconocer, no obstante la evidente conexión entre el artículo 24.1 y la acción, la ausencia de ésta en la redacción de aquél, y como si esto fuera poco que el texto del Anteproyecto respondía a la idea de la acción como derecho abstracto y la inclinación, en el texto definitivo, por la tesis de la acción como derecho concreto fue por factores aleatorios y no voluntarios⁷⁰; (vi) advertir que el problema de discernir cuánto más se ha añadido en el artículo 24.1 se resuelve a través de los postulados de la visión concreta de la acción y de aquellas visiones de carácter abstracto de corte atenuado o intermedio⁷¹; (vii) admitir que el concepto del derecho a la tutela judicial efectiva se delimita por la significación del derecho de acción a nivel constitucional, en una actuación que parece acertada por sus resultados⁷²; que el derecho de acción se constitucionalizó como derecho a la jurisdicción; (viii) concebir y tratar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el *derecho a la jurisdicción*⁷³ que no es otra cosa que el derecho de acción en una, para mí dudosa, *evolución* que deja atrás el hastío y la elucubración bizantina y degenerada que las innumerables teorías de la acción generaron.

El Tribunal Constitucional español ha optado⁷⁴ por tres directrices sobre el derecho de acción: a) como derecho de libre acceso ante los órganos jurisdiccionales contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva; b) rechazo de la acción en sentido concreto; y, c) como derecho fundamental que coincide con el derecho a un proceso que concluye por sentencia sobre el fondo bajo ciertos requisitos y presupuestos procesales. Este hecho no ha dejado de ser criticado como negativo por hacer complejo el entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y generar detrimento de las garantías previstas en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución española.

⁶⁷ CHAMORRO (1994) pp. 371 y ss.

⁶⁸ DE LA OLIVA SANTOS (1980) p. 135.

⁶⁹ MORENO (1988) p. 164.

⁷⁰ TOME (1987) p. 35.

⁷¹ VALLESPÍN (2002) p. 130.

⁷² *Idem*, p. 139.

⁷³ ALMAGRO (1983) pp. 23 y ss.

⁷⁴ VALLESPÍN (2002) p. 139.

Pasando al ámbito nacional, la prescripción del artículo 139.3 de la Constitución marcha al compás de los ordenamientos garantistas que desde la segunda posguerra mundial vieron la luz, pues asume el principio de observancia de las *garantías* del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En ningún sentido tiene connotación equivalente al *derecho* a la jurisdicción ni a otro derecho subjetivo procesal, sino «implica garantías» que le aseguran al justiciable un proceso para materializar sus derechos cuando estos no actúan espontáneamente. Por eso cuesta mucho indicar la referida disposición como precedente constitucional del artículo I del Título Preliminar del *Código Procesal Civil* según el cual “[t]oda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”. A su tiempo de entrada en vigencia tal vez la mayor novedad de todo el Cuerpo normativo fue esa, la presencia de un derecho nunca antes contemplado en el ordenamiento patrio. En verdad un fuerte influjo no del artículo 139.3 de nuestra Constitución, sino del artículo 24.1 de la Constitución española y evidentemente de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español muy bien acogido en el derecho procesal civil respectivo que a su turno influyó en una reducida y no muy esclarecida doctrina latinoamericana sobre el particular. La ausencia de una Exposición de Motivos de nuestro Código condena a pensar así sobre el tema.

En nuestro *Código Procesal Civil* el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva encierra al derecho de acción, así se entiende de su art. 2 que dice: “Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (...) puede recurrir al órgano jurisdiccional”. En esta línea solo el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva dinamiza el derecho de acción, cosa curiosa, la acción que tiene por esencia ser eminente pieza dialéctica del proceso ahora resulta activarse solo por el ejercicio de otro derecho, que se deberá entender, entonces, más amplio o superior. El inconveniente se agudiza cuando contradictoriamente el artículo siguiente consagra que “[l]os derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio”. Si el ejercicio del derecho de acción es ilimitado e irrestricto ¿qué tiene que superponerse a él el ejercicio de otro derecho?, que en todo caso resultaría limitándolo y restringiéndolo.

La doctrina nacional cuando intenta ocuparse del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva llena sus páginas con el estudio de la acción⁷⁵, refiriéndose a ésta como una manifestación procesal de aquélla, y si pretende ser un poco más audaz, acude a la doctrina y jurisprudencia procesal constitucional

⁷⁵ Cfr. MONROY (1996) pp. 245 y ss.

de España e irreflexivamente hecha tierra sobre la construcción de un sistema procesal que debió respetar la integridad del derecho de acción, como sí se hizo antes y después, valgan de ejemplos el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* y el *Proyecto de Código General de Proceso colombiano*, ¿Acaso de su texto se logra divisar ese *megaderecho* a la tutela jurisdiccional efectiva? Un caso distinto es el de la doctrina brasileña que intenta asumir “*un nuevo nombre*”⁷⁶ del derecho de acción en el «derecho» a la tutela jurisdiccional efectiva, es más, se dice que con esta «nueva» denominación se atribuye a la acción las consecuencias del *status* de un derecho elevado a nivel de fundamental. No es acaso esta lógica altamente viciosa y extraviada. El derecho de acción no necesita cambiar de nombre para “*descubrir*” su fundamentalidad y mucho menos es “una manifestación” de un tristemente célebre *megaderecho*.

Otra hubiera sido la connotación de la presencia de la garantía de la *tutela jurisdiccional*, innecesariamente calificada de efectiva, en vez del *derecho* a la referida tutela, porque no solo encajaría en ascendencia con el art. 139.3 de la Constitución, sino repotenciaría la real concepción fundamental⁷⁷ del derecho de acción y de sus correlativas garantías, que son esa mismísima tutela jurisdiccional y el debido proceso.

Continuando en escenario nacional, el artículo 4 del *Código Procesal Civil* define la tutela procesal efectiva como la “*situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional... [y al contenido del derecho al debido proceso]*”. A simple vista el mayor éxito se advierte en la omisión del término *derecho* antepuesto a «tutela procesal efectiva», así evidencia su directa ascendencia en el artículo 139.3 de la Constitución, puesto que la naturaleza de la tutela procesal de ser una garantía no colisiona con ver en ella una situación jurídica, y corrige el error incurrido en el artículo I del Título Preliminar del *Código Procesal Civil*. El Tribunal Constitucional ha reconocido⁷⁸ y definido⁷⁹ la tutela jurisdiccional efectiva, es más, ha descrito su contenido⁸⁰ apelando a su amplitud conceptual y vinculación a determinadas instituciones procesales como el derecho de acción y aquellas garantías contenidas en el debido proceso. Este esfuerzo resulta correcto en su intención e insuficiente en su con-

⁷⁶ MARINONI (2007) p. 14.

⁷⁷ Cfr. FIX - ZAMUDIO citado por BERIZONCE (1987) pp. 9 y ss.

⁷⁸ Tribunal Constitucional Perú. *Villegas Namuche* (2004)

⁷⁹ Tribunal Constitucional Perú. *Cárdenas y otros* (1997).

⁸⁰ Tribunal Constitucional Perú. *Ramos Hostia c. ICA* (2005) y *Municipalidad Metropolitana de Lima* (2006).

creción, más aún cuando diferenciando⁸¹ la tutela judicial efectiva de un mal denominado *derecho* al debido proceso no lo hace considerando el derecho de acción que, muy por el contrario, lo desvanece en el concepto de tutela (que denomina) judicial efectiva —al más puro estilo de su par español— o reduce a una definición⁸² propia del dualismo de su teorización.

v) *El quiebre de los mitos sobre la acción*

La historia del derecho procesal, como la de otros ámbitos jurídicos, no cierra espacio a construcciones míticas, leyendas o cuentos de los que quienes de una u otra forma son sus orfebres se sirven para una más atractiva presentación del pasado si es insípido, inadecuado o inconveniente a riesgo de inventarlo. Pero el tiempo se encarga de desnudar⁸³ esos embustes jurídicos incluidos, claro está, aquellos que se dieron en el derecho procesal.⁸⁴

Sobre la acción importa destacar la ruptura del mito del 3 de febrero de 1903, la famosa Prolusión boloñesa de CHIOVENDA, como el nacimiento del derecho procesal, o mejor, del cambio de sexo del derecho procesal con CHIOVENDA porque paso de *procedura civile* a *diritto processuale*, que terminó siendo un anónimo y equivocado natalicio asignado a la ciencia procesal, trasladándose la fecha natal de la ciencia procesal a la de la Prolusión de Parma⁸⁵, también de CHIOVENDA, de 5 de diciembre de 1901. De dejar esto en claro se ocupó CIPRIANI⁸⁶ con la consecuencia de que gran parte de la construcción doctrinal fijada por SATTÀ, SENTÍS, ALCALÁ - ZAMORA y seguidores sobre el particular quedó en el vacío, sobre todo en cuanto a la acción en la Prolusión boloñesa⁸⁷ de CHIOVENDA, en el que supuestamente nacía el derecho procesal con la expresión "*dígase de una vez derecho procesal*" que tanto refiere la doctrina hasta con desafortunada paráfrasis⁸⁸ y que queda siempre fantasmal.

⁸¹ Tribunal Constitucional Perú. *Gurman* (2005).

⁸² Tribunal Constitucional Perú. *Gutiérrez* (2004).

⁸³ CIPRIANI (1991) pp. 13 y ss.

⁸⁴ DANOVÍ (2004) p. 114.

⁸⁵ CIPRIANI (2006) pp. 221 y ss., CIPRIANI (2003) p. 500.

⁸⁶ CIPRIANI (2006) pp. 249 y ss.

⁸⁷ CHIOVENDA (1986) p. 114.

⁸⁸ GÓMEZ (1984) *passim*.

vi) La ausencia de la acción en los cuestionamientos del garantismo procesal

Desde la última década de la centuria pasada se viene cuestionando el sistema procesal, hasta entonces indiferentemente denominado inquisitivo, que profesa una dosis de dirección judicial mezclada de dispositivismo, de manera tal que a su través se podía identificar lo «inquisitivo» diferenciado de lo *inquisitivo puro*, siendo el primero propio del proceso dirigido por un juez dotado de poderes discrecionales respetando la dispositividad procesal, es decir, una expresión mixta entre inquisitivismo y dispositivismo; y, el segundo, propio de un proceso, a cargo de un juez abusivo por autoritario, en el que prácticamente no existe la menor garantía para el justiciable.

Ese cuestionamiento, propio de una tendencia procesalista autodenominada *garantista*, tuvo las consecuencias iniciales siguientes: (i) borró la *sutil* diferencia entre lo *inquisitivo* y lo *inquisitivo puro*, haciéndolos uno solo, de modo tal que el proceso actual quedó embarrado de subjetivismo y todo lo que refleja registra imágenes y rostros de un pasado tan fétido como el del nazismo, fascismo, comunismo o la inquisición medieval; (ii) despertó una lectura constitucional del proceso que (partiendo de premisas históricas que denuncian el origen autoritario de los mayores ordenamientos procesales civiles europeos y latinoamericanos, terminan por exponerlos inconstitucionales) colisionó frontalmente con las deficiencias del publicismo frente a la libertad individual o, en general, al respeto de los derechos fundamentales en escenario procesal; (iii) busca reinstaurar el principio dispositivo en el proceso, sin dejar espacio alguno al Estado en la finalidad del proceso, la búsqueda de la verdad de los hechos ni la dirección del proceso.

Aquí conviene aclarar lo siguiente. Si el dispositivismo (autodenominado garantismo) procesal básicamente busca (i) retomar la visión dispositiva del proceso civil erradicando el publicismo procesal, (ii) eliminar los atributos oficiosos probatorios y (iii) la inalterabilidad absoluta del debido proceso, por qué no asume con corrección el enfoque de la libertad en el proceso que no es sino desde el derecho de acción: la mismísima libertad del justiciable en escenario procesal. El olvido de la acción en el debate garantismo contra inquisitivismo (entiéndase: dispositivismo contra publicismo) es dramático al punto tal que la Moción de Valencia y la Declaración de Azul tienen un gran y estelar ausente: el derecho de acción.

vii) El (des)interés en su evolución

Un claro ejemplo del pesimismo sobre la acción y de la teorización dualista de la misma, es la labor del legislador de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española (Ley n° 1 de 2000) que prefirió entenderse maniatado de positivar

el derecho de acción, porque evidenciaría la hipertrofiación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el desmoronamiento de tamaña construcción jurisprudencial en torno a él por el Tribunal Constitucional español. Acudió, entonces, a señalar en su Exposición de Motivos que *"se emplea en unos casos los vocablos 'pretensión' o 'pretensiones', y en otros, el de 'acción' o 'acciones' como aparecían en la Ley de 1881 y en la jurisprudencia y doctrina posteriores, durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno"*.⁸⁹ Tamaña "salida" legislativa fundida en ilusoria tradición por la que pareciera que todo el esfuerzo pasado, de encarnizadas y desveladas luchas, entre tantas teorías y doctrinas como se puedan imaginar, para nutrir el derecho de acción de razones y funciones hoy admitidas en su vigorosa operatividad fundamental, hubiera reposado sin saberse de dónde en la iluminada pluma del Tribunal Constitucional español que, al igual que el constituyente del artículo 24.1 de la tan famosa Constitución de 1978, no atisbó la doctrina sobre la acción en su *inspirada* y feliz labor jurisprudencial; ratificada por la maltrecha justificación del "*centenario no problemático*" término acción, y por una estoica y anacrónica presencia legislativa (*Ley de Enjuiciamiento Civil* en vigor) del pensamiento de CELSO sobre la acción (*actio* romana), aún revoloteante en delirio de *tradición* o de injustificada *identidad procesal* que habla, no muy bien por cierto, de cuanto esfuerzo de ciencia se pretenda reflejar, cosa curiosa en tiempos de (neo)constitucionalismo.

viii) Débiles intentos de fundamentalización de la acción

No son pocos los que atinan la constitucionalidad de la acción, pero en todo caso nunca con suficiencia debida, es decir, con los ajustes que el (neo) constitucionalismo entiende la fundamentalidad de un derecho.

Se dijo ya⁹⁰, y con gran eco⁹¹, que la acción tiene naturaleza «cívica» entendiendo por ello que asume naturaleza de derecho fundamental de la persona humana.⁹² La innegable vinculación de la acción con la política constitucional⁹³ promovió el intento de ubicar el derecho de acción (i) en una parte visible o escrita de la Constitución, de ahí que se consideró como una especie del derecho constitucional de petición⁹⁴; o (ii) en una estructuración

⁸⁹ CORDÓN *et al.* (2000) p. 25.

⁹⁰ CARNELUTTI (1944) pp. 637 y ss.

⁹¹ ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO (1992) pp. 317 y ss., COUTURE (1978) pp. 67 y ss., DEVIS (1966) pp. 179 y ss.

⁹² FIX - ZAMUDIO (1974) p. 55.

⁹³ CALAMANDREI (1945) pp. 139 y ss.

⁹⁴ COUTURE (1978) p. 74.

amplia del instar, de ahí que se destinó como una forma del derecho fundamental de instar. Hasta aquí se trató de identificar el derecho de acción como derecho fundamental sin mayor fortuna, seguramente porque a su tiempo los desarrollos del constitucionalismo actual aún no florecían, de manera que parecía muy ligero referir la fundamentalidad de la acción en una idea de proximidad a la supremacía de la Constitución o de derecho inherente a la persona humana en el mejor de los casos. Actualmente, una alusión a la naturaleza de la acción como *derecho fundamental* pesa tanto como traer a escena procesal la doctrina del (neo)constitucionalismo y esto es tan serio que nunca más podrá entenderse la acción si antes no se entiende la teoría neoconstitucional de los derechos fundamentales. Lo contrario conduce a errores⁹⁵, como el sujetar la acción a técnicas procesales idóneas a la tutela del derecho material o a la existencia de un derecho a la construcción de la acción, que equivale a proponer la existencia de un derecho a la construcción de un derecho fundamental, lo que suena tan mal como alejado de lo que se debe entender, primero, por derecho fundamental.

V. REVOLUCIÓN CIENTÍFICA DE LA ACCIÓN PROCESAL. LA ACCIÓN Y LA EXPLOSIÓN DEL (NEO)CONSTITUCIONALISMO: EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN

Comprende una “*nueva etapa del logro*”, una “*revolución científica*”, su *conversión* y una *ciencia normal*. La nueva etapa de logro es el (neo)constitucionalismo, que trajo de la mano una revolución científica: el principio fundamental de acción. Los tiempos actuales son los de la conversión y del asentamiento de una ciencia normal según el nuevo paradigma acogido por una comunidad científica auténticamente garantista.

1. La nueva etapa de logro

La revolución científica que se ha producido sobre la acción es la supremacía del paradigma alternativo a todas aquellas expresiones críticas de su naturaleza y que es consecuencia de la irradiación en el mundo del derecho, incluido sin duda el derecho procesal, del fenómeno jurídico mayor de estos últimos tiempos: el (neo)constitucionalismo. La acción es un derecho fundamental (neo)constitucionalmente entendido. Esto significa, primero, asentarse en el contexto de constitucionalismo actual que da espacio al derecho fundamental de acción, es decir, entender qué comprende la nueva etapa de logro:

⁹⁵ MARINONI (2008) pp. 417 y ss.

la democracia constitucional⁹⁶, el Estado constitucional de derecho⁹⁷, el (neo) constitucionalismo, el garantismo⁹⁸ y la teoría los derechos fundamentales.⁹⁹

2. *La revolución científica de la acción*

La revolución está dada. El nuevo paradigma es el principio fundamental de acción en el canon¹⁰⁰ neoconstitucional, un paradigma incompatible con el anterior (la acción como derecho autónomo y abstracto) y con todos sus paradigmas alternativos.

Esto es consecuencia de la cuestión crucial del garantismo: los derechos no se deben confundir con sus garantías. Si esto es así ¿Cuáles son las garantías del principio fundamental de acción? La tutela jurisdiccional y el debido proceso.

El nuevo paradigma de la ciencia procesal exige entender que: i) La genética jurídica del derecho fundamental de acción no es la de la *actio* romana, sino de la gesta libertaria del constitucionalismo que se remonta en su primer momento a la Inglaterra de 1215 (*Magna Carta Libertatum*); ii) El contenido del derecho de acción es libertario y social. No es únicamente un derecho que genera el obrar negativo del Estado (no interfiere con la libertad del justiciable traducida en dispositividad procesal) sino también del obrar positivo estatal (el Estado debe proporcionar a los ciudadanos un servicio estatal de justicia adecuado). El derecho de acción tiene naturaleza mixta: derecho de autonomía y de prestación; iii) La tutela jurisdiccional es una garantía, por eso no solo está demás calificarla *efectiva*, sino nunca podrá ser derecho porque su ser se da gracias a la vinculación deóntica que tiene con un derecho (la acción) que es el que la genera, iv) Si las garantías de un derecho, que siempre son las condiciones negativa y positiva del obrar estatal, existen porque existe un derecho del que emanan, las garantías de la acción son posteriores y dependientes de ella, v) El derecho fundamental de acción es pieza medular del garantismo en el proceso. No se puede pensar en garantismo procesal al margen del derecho fundamental de acción, vi) El contenido de la garantía del debido proceso es todo él garantías, de ahí que el ejercicio del derecho de acción implica las garantías del juez predeterminado, de la imparcial del juez, a una sentencia motivada, a una tutela diferenciada, etcétera, vii) La

⁹⁶ Cfr. FERRAJOLI (2008) p. 33.

⁹⁷ Cfr. FIORAVANTI (2001) pp. 161 y ss, FERRAJOLI (2009) pp. 13 y ss.

⁹⁸ FERRAJOLI (2000) p. 39.

⁹⁹ PRIETO (1992) p. 20.

¹⁰⁰ BALKIN (2010) pp. 37 y ss.

acción no es contenido de ningún derecho genérico de peticionar ni de otro de instar, es derecho fundamental continente de los derechos de defensa en juicio, de contradicción, de impugnar, de probar alegaciones, etcétera. viii) El principio fundamental de acción se aplica por ponderación y esta es la clave para solucionar el conflicto entre publicismo y garantismo a través del principio de proporcionalidad.

3. *La etapa de conversión*

No existe integrante de la comunidad científico-procesal que niegue la naturaleza de principio fundamental de la acción, lo que ocurre es que pocos la entienden en el canon (neo)constitucional. De ahí que la conversión al paradigma tiene ámbito de desarrollo en los términos neoconstitucionales de la acción, que si son callados por los procesalistas es porque aún están en la necesidad de compenetrarse en su contacto.

4. *La ciencia normal*

El principio fundamental de acción domina la concepción garantista del proceso. Corresponde aclarar aquí que la estructura del derecho procesal no solo es garantista, que diferencio plenamente del positivismo que se autodenomina *garantismo procesal*, sino es también eficientista, que diferencio plenamente del publicismo al que se le ha denominado inquisitivism o se autodenomina *activismo*, lo que implica que el derecho no se puede entender válidamente o bien por la consagración de la efectividad constitucional o bien por la primacía de la eficiencia de la justicia, sino como el equilibrio entre libertad y autoridad. Eso es precisamente el derecho de acción en su nuevo paradigma de principio fundamental, lo que no significa que esta sea una visión centrista, mixta o conciliadora, nada de eso. Se trata de entender que el derecho procesal es estructuralmente¹⁰¹ garantista y eficientista. Y en esto el principio fundamental de acción, entendido como tal, y solo así, posibilita ese equilibrio entre libertad y autoridad a través de su aplicación por el principio de proporcionalidad¹⁰² y el criterio de razonabilidad.¹⁰³ La ciencia normal actual del proceso está en la línea del canon (neo)constitucional.

¹⁰¹ GONZÁLEZ (2009b) pp. 539 y ss.

¹⁰² Cfr. BERNAL (2005) pp. 95 y ss, BERNAL (2003) pp. 35 y ss.

¹⁰³ Cfr. ESCARRAS (1994) pp. 219.

VI. CONCLUSIÓN

El componente cognitivo de la estructura (integrativista trialista) del derecho conjunciona la teoría de la justicia (jurística dikelógica) con el garantismo (jurística normológica) y el eficientismo (jurística sociológica). Esto significa que el derecho (procesal) es estructuralmente garantista y eficientista, en clara supeditación de lo eficiente a lo garantista (efectivo), en la medida en que lo fáctico-social se supedita a lo fundamental, o mejor, a lo constitucional.

Este presupuesto epistemológico permite determinar que (i) el viejo paradigma de la acción es el que la muestra con una carga genética de la *actio* romana modelada por SAVIGNY y esparcida en el cientificismo procesal como derecho subjetivo, público, autónomo, abstracto y cívico, y (ii) el nuevo paradigma de la acción la asume con una carga genética libertaria, que se remonta a la Carta Magna de 1215, es decir, a toda la historia conocida de los derechos fundamentales, sencillamente porque el derecho de acción es un derecho fundamental, expresión de libertad y dignidad del justiciable en escenario procesal, lo que dice mucho si se congenia con la aprehensión neoconstitucional de la teoría de los derechos fundamentales.

El derecho fundamental de acción se diferencia de sus garantías: el debido proceso y la tutela jurisdiccional. Esto exige entender que (i) la acción como principio fundamental tiene un contenido fundamental: derechos de postular, alegar, probar (confirmar), impugnar, a reconocer hechos, desistirse de pretensiones, de actos o del proceso, etc.; (ii) los derechos no son sus garantías, no existen derechos-garantías. Los derechos fundamentales comprenden la manifestación deóntica de lo permitido y las garantías de esos derechos comprenden las manifestaciones deónticas de lo prohibido y lo obligatorio, de manera que el principio fundamental de acción vincula deónticamente el derecho de acción con sus garantías que son el debido proceso y la tutela jurisdiccional, vinculación que es a su vez la de sus respectivos contenidos. Esto implica que es un error entender el debido proceso como un derecho cuando estrictamente es una garantía por la que el proceso se desarrolla con la observancia fidelísima de todos sus principios, y en el caso de la tutela jurisdiccional mal se hace en proyectarla como un derecho cuando su origen lo describe como auténtica garantía y como tal de más está referirla como *efectiva*; y, (iii) el principio fundamental de acción se aplica por ponderación cuando su contenido se confronta con el de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. Así, cuando se invoque la justicia prometida en la Constitución frente a la libertad comprendida en el derecho de acción, el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad serán los que determinen *in casu* el contenido de la acción.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALÁ - ZAMORA y CASTILLO, Niceto (1992): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)* (México D. F., UNAM) Tomo I.
- ALMAGRO NOSETE, José et al. (1983): *Comentarios a las leyes políticas* (Oscar ALZAGA VILLAAMIL (director), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) Tomo III.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (1978): *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978* (Madrid, El Foro) 1002 p.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro (1960): *Proceso y derecho procesal* (Madrid, Aguilar) 834 p.
- BALKIN, Jack M. y LEVINSON, Sanford (2010): "Los cánones en el derecho constitucional: qué son y cómo se conforman", CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores), *El canon neoconstitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 37 - 96.
- BERIZONCE, Roberto Omar (1987): *Efectivo acceso a la justicia* (La Plata, Editora Platense) 162 p.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 872 p.
- _____ (2005): *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 417 p.
- CALAMANDREI, Piero (1945): *Estudios sobre el proceso civil* (Traducc. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE) 650 p.
- CARLOS, Eduardo B. (1959): *Introducción al estudio del derecho procesal* (Buenos Aires, Depalma) 331 p.
- CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de derecho procesal civil* (Traducc. Niceto Alcalá - Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, EJE) Tomo II.
- _____ (1959): *Instituciones del derecho procesal civil* (Buenos Aires, EJE) Tomo I.

CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994): *La tutela judicial efectiva* (Barcelona, Bosch) 468 p.

CHIOVENDA, Giuseppe (1940): *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Traducc. Gómez Orbaneja, Madrid, Revista de Derecho Privado) Tomo I.

_____ (1949): "*La acción en el sistema de los derechos*", *Ensayos de derecho procesal civil* (Traducc. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE) Tomo I.

_____ (1986): *La acción en el sistema de los derechos* (Bogotá, Temis) 157 p.

CIANCIARDO, Juan (2004): *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (Buenos Aires, Ábaco) 308 p.

CIPRIANI, Franco (1991): *Storie di processualisti e di oligarchi* (Milán, Giuffrè) 549 p.

_____ (2003): *Batallas por la justicia civil – Ensayos* (Traducc. Eugenia Ariano Deho, Lima, Cultural Cuzco) 552 p.

_____ (2006): *Scritti in onore dei patres* (Milán, Giuffrè) 502 p.

CORDÓN MORENO, Faustino et al. (coordinadores) (2000): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Navarra, Aranzadi) Tomo I.

COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª edición, Buenos Aires, Depalma) 3 Tomos.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2004): *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho* (2ª edición, México D. F., Fontamara) 322 p.

DANOVI, Remo (2004): *Tra fantasia e diritto – list of novels* (Milán, Giuffrè) 328 p.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1980): *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional* (Barcelona, Bosch) 146 p.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de derecho procesal civil* (Madrid, Aguilar) 722 p.

- DIEZ - PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1987): "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista del Poder Judicial* (vol. 5): pp. 41 - 49.
- ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano (1989) *Manual de derecho romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.
- ESCARRAS, J. C. (1994): "Conseil constitutionnel et Ragionevolezza: d'un rapprochement improbable à une communicabilité possible", *Parte 1a*, en AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (Milán, Giuffrè), pp. 211 - 220.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1992): *Teoría general del derecho procesal* (México D. F., UNAM) 607 p.
- FERRAJOLI, Luigi (2000): "Garantías constitucionales", *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, (Ediar, Buenos Aires): pp. 41 - 62.
- ____ (2008): *Democracia y garantismo* (Madrid, Trotta) 373 p.
- ____ (2009): "Pasado y futuro del estado de derecho", CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, (Madrid, Trotta) pp. 13 - 30.
- FIORAVANTI, Maurizio (2001): *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Traducc. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta) 172 p.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (1974): *Constitución y proceso civil en Latinoamérica* (México D. F., UNAM) 125 p.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (1948): *La definición del derecho: ensayo de perspectivismo jurídico* (México, Stylo) 235 p.
- GARRIDO FALLA, Fernando et al. (2001): *Comentarios a la Constitución* (3ª edición, Madrid, Civitas) 243 p.
- GAVAZZI, Giacomo (1994): "Effettività (principio di)" *Enciclopedia giuridica* (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana) pp. 1 - 4.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (1984): "La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania", *Justicia: revista de derecho procesal* (vol. 2): pp. 263 - 310.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2008): "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el mito de una serendipia procesal", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, 25 p.

____ (2009a): "Alegación y alegato en el proceso civil: avances y retrocesos de una institución tan importante como descuidada", *Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Qhispikey*: pp. 183 - 201.

____ (2009b): "Objeto y estructura del derecho procesal", *Revista de Derecho Procesal*: pp. 539 - 592.

____ (2010): "Comentario al artículo 212", CAMARGO ACOSTA, Johan S. (coordinador), *II Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, (Arequipa, Adrus) pp. 165 - 174.

GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2003): *Ensayos de derecho procesal* (Cusco, IPIJ) 205 p.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1984): *El derecho a la tutela jurisdiccional* (Madrid, Civitas) 185 p.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci (2004): *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho* (Barcelona, J. M. Bosch) 236 p.

KELSEN, Hans (1987): *Teoría pura del derecho* (Lima, Wisla) 245 p.

KOYRÉ, Alexandre (1977): *Estudios de historia del pensamiento científico* (Traducc. Eduardo BUSTOS y Encarnación PÉREZ SEDEÑO, Madrid, Siglo XXI) 394 p.

____ (1990): *Estudios galileanos* (Traducc. Mariano GONZÁLEZ AMBOU, Madrid, Siglo XXI) 332 p.

KUHN, Tomas S. (2004): *La estructura de las revoluciones científicas* (Traducc. Agustín CONTIN, México D. F., Fondo de Cultura Económica) 319 p.

MACHADO, Fábio Cardoso (2004): *Jurisdição, condenação e tutela jurisdiccional* (Rio de Janeiro, Lumen Juris) 286 p.

____ (2008): "Ação e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito materia", *Revista Peruana de Derecho Procesal* (Communitas, Lima, n° XI): pp. 183 - 219.

- MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Traducc. Aldo ZELA VILLEGAS, Lima, Palestra) 544 p.
- _____ (2008): "El derecho de acción en la Constitución brasileña", *Revista Peruana de Derecho Procesal* (vol. XII): pp. 417 - 450.
- MARTÍNEZ - PEREDA RODRÍGUEZ, José et al. (2002): *Constitución española* (Madrid, Colex) 804 pp.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (1970): *Tratado de direito privado* (Rio de Janeiro, Borsoi) Tomo V.
- _____ (1997): *Comentários ao Código de Processo Civil* (Actualizado por Sergio BERMÚDEZ, Rio de Janeiro, Forense) Tomo I.
- MITIDIERO, Daniel Francisco (2005): *Elementos para una Teoría Contemporânea do Processo Civil Brasileiro* (Puerto Alegre, Livraria do Advogado) 168 p.
- _____ (2006): "Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitarias e a orientação dualista da ação", *Revista Peruana de Derecho Procesal* (vol. IX): pp. 179 - 234.
- MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil* (Bogotá, Temis) Tomo I.
- MORENO CATENA, VÍCTOR et al. (1988): *Derecho procesal* (Valencia, Tirant lo Blanch) Tomo I.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2009): *Jurisdicción y proceso* (Madrid, Marcial Pons) 984 p.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1992): *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Debate) 272 p.
- QUINE, Willard Van Orman (2002): *Desde un punto de vista lógico* (Traducc. Manuel Sacristán, Barcelona, Paidós) 264 p.
- RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1969): *Teoría de la acción* (Bogotá, Temis) 262 p.
- ROCCO, Ugo (1959): *Teoría general del proceso civil* (Buenos Aires, Depalma) 3 Tomos.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1995): *Derechos fundamentales y principios constitucionales* (Barcelona, Ariel) 793 p.

SAVIGNY, Friedrich Carl von (1879): *Sistema del derecho romano actual* (Traducc. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Cía.) Tomo IV.

SILVA, Ovidio A. Baptista da (1996): *Curso de processo civil. Processo de conhecimento* (Porto Alegre, Fabris) Tomo V.

TOME GARCÍA, José Antonio (1987): *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios* (Madrid, Montecorvo) 272 p.

VALLESPÍN PÉREZ, David (2002): *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil* (Barcelona, Atelier) 170 p.

VILLEY, Michel (1976): *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) 248 p.

VON TUHR, Andreas (1998): *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán* (Traducc. Madrid, Tito Ravá, Marcial Pons) Tomo I.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil francés.

Código Hammurabi.

Código Procesal Civil (Perú).

Constitución española de 1978.

Constitución italiana de 1948.

Constitución norteamericana.

Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley nº 1 de 2000).

Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Alemania).

Ley Orgánica del Estado, 10 de enero de 1967 (España).

Ley de Bases Orgánicas de la Justicia, 28 noviembre 1974 (España).

XII Tablas.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Tribunal Constitucional español

Sentencia n° 46/1982 de 12 julio 1982, Recurso de Amparo n° 419/1981. Disponible en vlex.es, VLEX-15034862.

Sentencia n° 131/1987 de 20 julio 1987, Recurso de Amparo n° 1195/1985. Disponible en vlex.es, VLEX-15033719.

2. Tribunal Constitucional peruano

Cárdenas y otros (1997): Expediente n° 008-96-I/TC, sentencia de 23 abril 1997. Disponible en Sitio Web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, fecha consulta: noviembre 2010.

Gutiérrez (2004): Expediente n° 2293-2003-AA/TC, sentencia de 5 julio 2004. Disponible en Sitio Web del *Tribunal Constitucional*, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02293-2003-AA.html>>, fecha consulta: noviembre 2010.

Villegas Namuche (2004): Expediente n° 2488-2002-HC/TC, sentencia de 18 marzo 2004. Disponible en sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, fecha consulta: noviembre 2010.

Gurman (2005): Sentencia n° 08123-2005-HC/TC de 15 mayo 2006. Disponible en Sitio Web del *Tribunal Constitucional*, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.html>>, fecha consulta: noviembre 2010.

Ramos Hostia c. ICA (2005): Sentencia n° 4080-2004-AC/TC, de 26 octubre 2005. Disponible en sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, fecha consulta: noviembre 2010.

Municipalidad Metropolitana de Lima (2006): Sentencia n° 0015-2005-AI/TC, de 5 enero 2006. Disponible en sitio web del *Tribunal Constitucional*, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00015-2005-AI.html>>, fecha consulta: noviembre 2010.

ENSAYOS

GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN POLÍTICA: HACIA UNA DEMOCRACIA REACTIVA

*Globalization and political
management: towards a reactive
democracy*

ALAIN CARRIER*

RESUMEN: Nuestra sociedad se encuentra en un proceso de mutación. Cada día son más los índices que nos muestran que las estructuras políticas, económicas, y por lo tanto sociales y culturales se están modificando. Pero, ¿hacia dónde vamos? Analizando nuestras realidades a la luz de las reflexiones de varios autores, podemos empezar a vislumbrar las nuevas tendencias del próximo sistema político - económico post democracia.

PALABRAS CLAVE: post democracia – globalización - ciudadanía

* Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad Libre de Bruselas, Bélgica. Investigador del Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas, Universidad de Los Lagos. Director del Departamento de Investigación y Relaciones Internacionales de la Universidad Bernardo O'Higgins; Director Ejecutivo del Observatorio Regional de Paz y Seguridad (ORPAS) de la Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago, Chile. <acARRIER@UBO.CL>.

Artículo recibido el 4 de abril y aceptado el 11 de mayo de 2011.

ABSTRACT: Our society is experiencing a mutation process. Every day, more and more figures show us that political and economical structures change; therefore, social and cultural structures are also being modified. But, where are we going? Analyzing our realities, according to some authors, we can start figuring out the new tendencies for the next political – economical post democracy system.

KEYWORDS: Post democracy - globalization - citizenship

INTRODUCCIÓN

Víctor HUGO, famoso escritor francés del siglo XIX, autor, entre otros, de *Los miserables*, solía decir que uno puede resistir a la invasión de los ejércitos, pero nadie resista a la invasión de las ideas.¹

La globalización es, antes que nada, una idea. Una idea acerca de la forma de entender y luego, construir las relaciones sociales entre naciones, así como entre los individuos, actores sociales, políticos, económicos y culturales que viven en las sociedades concernidas.

En un segundo tiempo dialéctico, la globalización se convierte en una realidad social, transversal a cualquier campo de nuestra sociedad que sea político, económico, social, cultural, del conocimiento, etc.

Para ser efectiva, la globalización, como *idea performativa*², es decir, una idea que va a ir construyendo una nueva realidad social y modificándola en base a la naturaleza particular de sus lógicas de reproducción social, tiene entonces que modificar las estructuras cognitivas que vertebran las representaciones sociales activadas por los individuos, en este constante mecanismo de percepción, interpretación y reacción al real social que nos permite dar un sentido, en forma continua, al mundo en el cual vivimos.³

Luego, una vez que se ha entrometido en nuestras formas de pensar y percibir el mundo social, la globalización, mediante sus líderes y otros portavoces, empieza a modificar las estructuras funcionales de nuestras sociedades, incluyendo entonces sus normas sociales y éticas.

¹ HUGO (1877) Conclusiones X.

² CARRIER (1997) p. 25.

³ WULF (2003) p. 93.

GLOBALIZACIÓN, GESTIÓN POLÍTICA Y PASADO

Un dicho dice que *“El que paga el baile, dirige la danza”*... Las empresas de crédito hipotecario estadounidenses Fanny MAE y Freddie MAC están al borde del quiebre. Se cuenta, en las instituciones financieras norteamericanas⁴, que Georges BUSH recibió una llamada telefónica del Presidente chino Hu JINTAO, pidiéndole que el Estado norteamericano ayude en prioridad a estas dos compañías, en las cuales el Estado chino tenía activos financieros importantes, amenazando, en caso contrario, de no comprar más bonos del Tesoro estadounidense.

El Presidente norteamericano habría cedido. En Washington, se desmintió la información. En Pekín, se limitaron a sonreír y a remitirse a los hechos: Fanny MAE y Freddy MAC no cayeron, y se garantizaron los prestamos chinos: 595 mil millones de dólares.

Lehman Brothers, banco de 180 años de historia, y 5to grupo bancario de Estados Unidos, no tenía en sus cajas, fondos provenientes de China. Quebró el mismo mes.

China era en 2008 el segundo comprador de bonos norteamericanos, después de Japón. Hoy en día pasó al primer puesto⁵. De esta forma, China es también el primero banquero de Estados Unidos, concentrando hoy en día gran parte de la deuda exterior de este país. Por lo tanto, podemos notar que en este caso, un Presidente, motivado por la razón de salvaguardar un patrimonio público, el patrimonio chino puesto en instituciones bancarias norteamericanas, usó las medidas a su alcance: presión, amenazas etc., para llegar a su fin, la protección de su patrimonio nacional.

Cabe reflexionar sobre el carácter ético y legal de tal actitud. ¿Se tratará del destino político del Derecho en un mundo en vía de modificación de las normas democráticas establecidas desde hace unos doscientos años?

En caso de ser verdadero, el Presidente chino, actuando como persona pública, o sea, utilizando el poder político asociado a dicho cargo, puso la racionalidad económica como fin de su acción, y esto por encima de la ética. *“El que paga el baile, dirige la danza”*... Que baile bien o no el que paga es, hoy en día, otro problema.

⁴ Citado por el Mensual *Le Monde Diplomatique*, Francia, diciembre 2008.

⁵ WALLERSTEIN (2009) p. 2

Esta situación ilustra la realidad del estado actual del Derecho como sistema de regulación no conflictiva de las relaciones sociales, en nuestro mundo globalizado. Un Derecho maltratado por la actual primacía del interés económico por sobre los valores éticos y la lógica de reproducción social racional.

Esta actitud podía también ser interpretada como el símbolo de la actual modificación del peso social del Derecho, entendido como proceso y herramienta de la normalización de las reglas de convivencia social. Es decir, que estemos frente a un proceso de cambio gradual pero real, de la estructura político - social de nuestro mundo, actualmente vertebrada por las normas contenidas en el Derecho, en base a una voluntad social de garantía del interés común más que particular.

Fundamentalmente, el Derecho tiene que ver con lo Político, es decir, con un acuerdo social sobre las formas normalizadas de la convivencia social aceptada. Estas normas son insertadas en, e influenciadas por, las relaciones de poder presentes entre los diferentes grupos sociales en competición, cuya diferenciación está marcada, por una parte, por sus formas de pensar su reproducción sociocultural como grupo particular, así como por la defensa de sus intereses de grupo socioeconómico. Por lo tanto, si estas relaciones de poder – o la lógica que conllevan - se modifican, deben modificarse también, las estructuras políticas establecidas y por consiguiente, el peso de algunas de las normas legales actualmente vigente.

De hecho, Guy HERMET, en su libro *El invierno de la Democracia*⁶, sostiene que estamos ya al inicio de un cambio de régimen político: El invierno de la democracia, su última etapa. Estaríamos en camino hacia una *post-democracia*, un tipo de sistema administrativo que apunta principalmente a la gestión económica de la sociedad, evacuando en el mismo tiempo a "*lo Político*" de la práctica de gestión cotidiana, campo que actuó durante siglos como espacio de sobrepuja de demandas sociales hoy en día inútiles, porque fueron cumplidas. Su nuevo nombre: la "*gobernanza*". El nuevo régimen.

Para afirmar esto, HERMET hace referencia a la Historia, analizando la evolución de los sistemas políticos de los últimos 2.000 años. Más específicamente afirma, en base a una reflexión sobre el funcionamiento del sistema democrático en el marco de la globalización, que lo grueso de este cambio de paradigma político, en realidad, ya se produjo sin que nos demos cuenta.

⁶ HERMET (2009).

Alexis DE TOCQUEVILLE, en su tiempo, ya había demostrado que la Revolución Francesa de 1789 se había producida en realidad durante los 10 años que precedieron esta fecha: el crepúsculo de las viejas monarquías europeas, entre 1775 y 1789, ya había llenado de índices anunciadores de los quiebres políticos y sociales que estaban por llegar a toda Europa.

Lo mismo estaría pasando nuevamente, hoy en día. Siendo realista, ¿cómo podría ser de otra forma? A menos de considerar, de manera un poco ingenua y bastante soberbia desde la perspectiva histórica, que la Democracia representa y tiene que representar el estado supremo del ideal político universal.

Efectivamente, desde la República de Roma hasta los regímenes imperiales a partir de Augusto, los nuevos regímenes siempre han sucedido a los viejos. Así confirmando, por ejemplo, el quiebre marcado por la consolidación del Estado Moderno como autoridad soberana, superior a cualquier otro poder, el Antiguo Régimen de las Monarquías Absolutas también fue nuevo en su tiempo. Y considerado, en este tiempo, como el estado supremo de la gestión política de la convivencia social.⁷

El régimen de las Monarquías Absolutas apareció en el Siglo XVI, con la formación de los primeros Estados nacionales culturalmente constituidos y, junto a la Doctrina del Derecho Divino de los Reyes. Una doctrina de auto deificación que prefiguraba también, en forma paradójica, la era siguiente de la Laicidad del Estado, en su proceso antagónico con el pensamiento medieval.

No se podía imaginar en este tiempo otro sistema político. Hasta el siglo XIX, cuando el Derecho Deificado de los Pueblos reemplazó el Derecho Divino de los Reyes, y que pasamos a este nuevo régimen que es nuestra Democracia. Un régimen, al inicio, bastante poco coherente desde la perspectiva política, porque fue fundado sobre la ficción que el Gobierno de un Estado, todavía estructurado por un gran número de Soberanías de Imperios, podría asociarse con el orden de una sociedad liberal, autónoma, regulada por el conflicto natural de los intereses particulares: la sociedad de la revolución Industrial. Situación tan poco coherente que fue rápidamente modificada por los acontecimientos políticos y militares del fin del siglo XIX y del inicio del siglo XX, es decir, el fin de los Imperios y la aparición de los pequeños estados - naciones de los Balcanes, proceso que culminó con el inicio de la Primera Guerra Mundial.

⁷ HERMET (2009) pp. 13 - 14.

Fue un tiempo glorioso para las aspiraciones democráticas, fortalecidas por la realidad del horror, dos veces enfrentadas durante la primera parte del Siglo XX. Pero este tiempo glorioso de la Democracia Representativa, duró lo que duran en realidad las temporadas de la Historia.

Hoy en día, la Democracia se enfrenta al desencanto de los ciudadanos y a la desaparición de la fe desinteresada que los pueblos habían puesto en ella.⁸ El pueblo parece no creer más en la ficción del Gobierno de todos y para todos, lo que representa también un serio problema –y desafío– para la actual filosofía del Derecho, piedra angular de nuestra capacidad de convivencia social. La Democracia Representativa, asociada a la lógica igualitaria, está cada vez más cuestionada, a la luz de unas debilidades cada vez más marcadas, principalmente las que estructuran las oposiciones entre bien común e interés individual.

De hecho, si nos interesamos, ahora, en forma histórica, al cuestionamiento hecho actualmente a la Democracia como realidad social igualitaria efectiva, podemos decir que hasta uno de sus padres fundadores, el mismo Aristóteles, era demócrata solamente por conveniencia, y con mucha prudencia.

Para él, la soberanía no se encarnaba en el Pueblo, pero pertenecía a la Ley, que no podía ser transgredida en base a los humores efímeros de dirigentes históricamente sobrevalorados en comparación a los procesos sociales. De hecho, Aristóteles anticipaba también, sin saberlo, sobre la doctrina liberal inglesa, cuando privilegiaba en su reflexión el Reino de las Leyes por sobre el Reino de las mayorías humanas cambiantes.

Es, por lo tanto, también mediante esta lógica de desconfianza pragmática, intrínseca a cualquier reflexión sobre el Poder, que las democracias actuales han, desde el inicio, eliminado el principio, idealista, original, de una soberanía subiendo del pueblo hacia las cumbres del poder, propia a la concepción griega (y a su realidad socio - histórica, la Democracia Participativa), por un principio mucho más nutrido de *real politik*, es decir, un principio de soberanía descendente, según cual la Democracia Representativa termina estableciendo su legitimidad práctica, en una lógica de delegación del poder y de la toma de decisión, en la autoridad dicha representativa.

⁸ ROSANVALLON (2006) pp.13 - 17

Esta lógica de soberanía descendiendo desde el Estado hasta los ciudadanos, se inscribe entonces, en una lógica que poco tiene que ver con la esencia de la Democracia griega, la voluntad popular. Pero sí se inscribe, en forma contradictoria, aunque pragmática, en el proceso de formación del Estado Moderno, eficaz, eficiente, que apareció en Inglaterra y en Francia en el Siglo XVIII, siendo asociado también entonces, a la lógica política de la Monarquía Absoluta así como del Derecho Divino de los Reyes: el jefe es quien decide por la mayoría.

Los Estados Modernos, eficientes, anunciaban entonces, de igual manera, nuestra realidad contemporánea, es decir, las lógicas de un sistema republicano cuya esencia pragmática ubica su poder por encima de los derechos políticos individuales, así como de una ciudadanía tutelarizada, entregada a sencillos sujetos sociales, llamados a mostrarse felices y agradecidos de dicha realidad de subordinación.

Además, la idea de una jerarquización rígida entre estos sujetos y su protector, tal como se difusa desde el siglo XVII, no postulaba solamente una situación de extrema subordinación entre un pueblo, atrapado en su angustia, provocada por los peligros de la realidad social cotidiana de esta época, por una parte, y un poder soberano, asegurado de una superioridad indiscutible mientras lograba asegurar la seguridad de sus ciudadanos, por otra. Este contrato estipulaba también que estos sujetos se volvían justamente ciudadanos, gracias a este escape de una realidad social representada por el estado de miedo generalizado y de anarquía existente, es decir, una realidad anterior a la promesa popular de obediencia ciega, al Rey o al Presidente, en contra de su protección.⁹

Perdiendo así su estatus de simples sujetos, para acceder al de ciudadanos, lo hacían en base a una confrontación cotidiana con sus angustias, o sea, a una reflexión provocada por el balance realizado entre los riesgos asociados a una libertad solitaria por una parte, frente a los beneficios de una subordinación protegida por otra. También lo hacían en base a la buena voluntad de una autoridad siempre omnipotente que hacía descender sobre ellos esta bendición social que son la protección y el orden. Paradojalmente, es entonces gracias a esta *Autoridad Superior*, propia a la lógica de la Ley Divina, que los sujetos sociales nacían a la ciudadanía de los derechos compartidos, "*autoproclamados*" pero en un segundo tiempo, una vez pasado el susto de la confrontación cotidiana a la realidad de la violencia social y natural.

⁹ HERMET (2009) p. 23.

Es entonces esta interpretación, pragmáticamente deificada, de la ciudadanía y, a través ella, de los orígenes de nuestra Democracia Representativa, que sigue prevaleciendo hasta la fecha, en nuestro sistema político y legal.

En paralelo a este mecanismo de soberanía popular, autorizada a expresarse solamente mediante la lógica de la delegación del poder, a partir de la Edad Mediana se impuso también la lógica, económica esta vez, del Estado contemporáneo y de las identidades nacionales (y sus intereses) vinculadas a este, lo que funcionó muy bien en la mayoría de las naciones durante siglos.

Pero, frente a esta lógica descendiente de la definición de las normas de la buena convivencia social, cabe destacar que existieron también algunas experiencias de otra lógica de construcción ciudadana, específicamente en Holanda e Inglaterra, experiencias asociadas a una visión más ascendiente de la soberanía, en este caso una soberanía exclusiva para los únicos miembros de una colectividad autónoma particularizada.

Si bien esta realidad fue muy limitada, a no ser la que se implementó finalmente en la mayoría de las comunidades europeas de la Edad Mediana, unos elementos particulares deben llamarnos la atención, en esta reflexión sobre Globalización y Democracia.

Esta ciudadanía medieval, representaba el derecho de poseer y administrar, en forma conjunta, los bienes útiles a la conservación y reproducción social. Se trataba de un derecho anclado en la noción de autonomía cívica: bajo un derecho heredado por nacimiento, inalienable, uno era entonces ciudadano de tal ciudad, una realidad social en oposición, se entenderá, al entendimiento actual del ciudadano de derechos universales.

Esta realidad fue teorizada, en el siglo XVI, por el holandés ALTHUSSIUS, que podemos considerar como el primer teórico de la *lógica federalista del Estado*, o sea, de la agrupación de comunidades, diferenciadas en cuanto a la definición de sus normales legales internas y de su gestión cotidiana, pero integradas en una realidad macroeconómica única, superior. Una idea que nos abre una puerta, también, desde este Siglo XVI, hacia el concepto de *globalización*.

Elemento interesante: este teórico holandés era protestante, como la mayoría de sus compatriotas. El protestantismo, una orientación religiosa que enmarca muy bien la ciudadanía medieval ascendiente: favoreció mucho la afirmación del individuo por sobre el grupo, así como del interés individual como fuente del interés común, y del derecho particular por sobre las gestiones definidas y establecidas en base al grupo.

Históricamente, la política conceptualizó, desde la Grecia Antigua, la convivencia social a partir de una perspectiva de igualdad, que se tradujo en realidad social – la democracia participativa – en esta única Grecia Antigua. Luego, el camino de la delegación del poder – la democracia representativa – fue el que se impuso en el mundo entero, asociado a una esencia pragmática – de naturaleza divina – del derecho, un derecho planteado desde esta misma igualdad, y desde la primacía del Bien común por sobre el interés individual.

Pero en la Edad Mediana, y casi como unas excentricidades de la Historia, pequeñas ciudades de Holanda e Inglaterra, se organizaron en base a una concepción participativa del poder, pero medida a la luz de la primacía del interés individual, como fuente del bien común compartido. Estas ciudades medievales, detalles de la Historia, cayeron luego, frente a otros intereses y lógicas políticas, y sus poblaciones tuvieron que huir de Holanda e Inglaterra. Huir de Europa.

Holanda, nación mayoritariamente protestante, cuna del Calvinismo, así como Inglaterra, otra sociedad espiritualmente y culturalmente estructurada por estos valores sociales de primacía del Individuo y de sus esfuerzos, sobre el grupo - a través del *Puritanismo* y de la Iglesia Presbiteriana - representaron también, entonces, dos de las más importantes fuentes emigratorias del siglo XVII hacia el Nuevo Mundo, hacia los EE.UU.

Estados Unidos, qué curioso, una nación hoy en día, federal, liberal, donde prima el interés y los esfuerzos individuales por sobre lo colectivo. Una nación también sindicada, hoy en día, como la cuna de la globalización.

¿Será la globalización, en realidad, el fruto, lejano, de la lógica epistemológica de la Democracia participativa griega traducida por unos practicantes calvinistas? Pregunta abierta...

GLOBALIZACIÓN, GESTIÓN POLÍTICA Y PRESENTE

“La fortuna, cuando prepara la descomposición de un Imperio, pone a su mando, hombres capaces de facilitar su caída”, cita de MAQUIAVELO, Discurso sobre la primera década de Tite-Live, siglo XVI.

Una reflexión bastante interesante que la de MAQUIAVELO, y que deja marcada, ya, la huella imborrable de las representaciones sociales sobre nuestra forma, individualizada, de pensar y, luego, de actuar.¹⁰ Una idea que abre

¹⁰ ABRIC (1994) .

la puerta, también, al reconocimiento cada vez mayor del rol que juegan nuestras emociones, asociadas a las percepciones subjetivas que tenemos del funcionamiento social global, y de nuestra inserción cotidiana en este, en el marco de nuestras tomas de decisión como actores sociales, políticos y económicos.

Estas emociones se tradujeron en muchas personas, hace algunos años, en unas actitudes económicas entusiastas y optimistas, pero más riesgosas, debido a una percepción muy favorable del entorno económico mundial. Luego, llegó la crisis de 2008, y estas emociones empujaron hacia nuevas actitudes de miedo, prudencia y control en nuestro quehacer como agente económico y, porque no, político: pensamos en el reflejo proteccionista de los tiempos de crisis, por ejemplo. Emociones que, a estructurar en forma dialéctica, nuestra percepción del mundo y la confianza que podemos tener en él, orientan entonces nuestras formas de pensar y actuar.

Estos "va y vienes" de las actitudes políticas de los ciudadanos son estudiados por numerosos actores y, hoy en día, se hacen escuchar en muchos países, discursos y estudios que apuntan a una cierta erosión de la confianza de los ciudadanos en sus dirigentes políticos y económicos, así como en muchas instituciones públicas. La expresión más radical de este sentimiento de desconfianza ciudadana es la desmotivación del elector, durante los procesos electorales.

Hasta las democracias más recientes, como las de los países de la ex Unión Soviética, no logran escapar de este problema. Y para explicar este fenómeno, se presentan generalmente argumentos como el crecimiento del individualismo, un encierro social en la esfera privada, una cierta pérdida de voluntad política por parte de la sociedad, la aparición de elites cada vez más lejanas del pueblo o la primacía del interés individual por sobre el bien común.

Haciendo esto, se expresa también, a la par, una cierta nostalgia de un pasado ciudadano, bastante idealizado, frente a su realidad histórica.

Porque en realidad, el proyecto democrático nunca logró ser cumplido en forma completa donde estaba proclamado, es decir, esta forma donde la Realidad logra alcanzar la Utopía. No lo logró porque fue pervertido desde su inicio, o sutilmente instrumentalizado y limitado, o también,

mecánicamente castrado, para utilizar una imagen fuerte¹¹, por grupos de interés particularizados.

No obstante, esta realidad de incumplimiento estructural del proyecto democrático, contemporánea como pasada, nunca sorprendió a nadie. De hecho, siempre fue considerada por los teóricos de esta normalización de la convivencia social. Y por lo tanto, algo que se nos olvida muchas veces, el principio de la construcción electoral de la legitimidad de los gobernantes, que sea representativa o más participativa, siempre funcionó a la par con expresiones, también normalizadas, de desconfianza ciudadana frente a este mismo poder elegido.

Esta duda de incumplimiento democrático, asociada al Poder y a los Poderosos, está presente, por ejemplo, en el *Acuerdo del Pueblo*, elaborado en la ciudad de Londres en el año 1649, cuando busca garantizar las libertades civiles y religiosas, la institución de un Jurado, el sufragio universal, la limitación de los mandatos políticos, la estricta subordinación del poder militar al poder civil, el acceso de todos a las funciones públicas, etc. En realidad, todos estos principios que fueron recogidos, algunos años después, y que alimentaron las numerosas revoluciones europeas de los siglos XVII y XVIII.

La formulación de una especie de “*reserva de desconfianza*” está, por lo tanto, contemporánea de la determinación de las condiciones de formación de un poder legítimo y justo. La entrega, por parte de los ciudadanos, de la confianza política (y del poder asociado) mediante las elecciones, va entonces a la par con una desconfianza política de estos mismos ciudadanos, parte de una duda existencial en cuanto al reflejo de no cumplimiento, intrínseco, por partes de las elites elegidas.

En 1748, MONTESQUIEU, en su texto *El espíritu de las leyes* mencionaba ya que “*Es una experiencia eterna que cualquier hombre que tiene un poco de poder, vive la tentación de abusar de él. Avanza hasta que se confronta a límites. ¡Quién lo diría! ¡Hasta la virtud necesita límites! Para que uno no pueda abusar del poder, es necesario que, por la disposición de las normas, el poder controla el poder*”.¹²

¹¹ Hacemos referencia a los regímenes fascistas y nazis de los años 20 y 30 principalmente, así como a los regímenes dictatoriales en general.

¹² MONTESQUIEU (1748) Libro XI – Capítulo 4.

John STUART MILL, filósofo inglés del siglo XIX, solía decir también, hablando de las formas de definición del poder social, que en materia de política, que si no se puede hacer todo, sí se puede controlar todo.

Controlar el poder. Antigua preocupación entonces. Dos lógicas aparecieron con el tiempo. Por una parte, se trató en un primer tiempo de paliar las deficiencias del sistema representativo mediante un aumento de la frecuencia de las elecciones populares. Por otra parte, hemos visto desarrollarse también, con el tiempo, una cierta formalización de la desconfianza ciudadana, mediante prácticas de control institucional, contra-poderes sociales informales y formales, etc.

Esta formalización de la desconfianza ciudadana también se expresó mediante dos vías diferentes.

La primera fue la vía liberal, y puede ser entendida como algún "*poder de prevención*" contra la posibilidad, todavía actual para los que siguen la actualidad internacional, de nepotismo¹³.

La segunda vía de teorización de esta desconfianza ciudadana consiste en la vía ya dicha; democrática. Se trata, en este caso, de controlar que el poder electo se mantenga fiel a sus promesas, así como de encontrar la forma de mantener la exigencia inicial de una primacía del bien común por sobre los intereses individuales de los mandatarios, sus amigos, familiares, etc.

Hoy en día, esta vía toma generalmente tres formas: los poderes de vigilancia; las formas de lo que se llama hoy día el "*impedimento*"; y finalmente, el juicio. Una estructura de control ciudadano del poder, que va más allá de la sola elección, y que Pierre ROSANVALLON llama la "*contra - democracia*"¹⁴. Se trata, entonces, de una democracia de los poderes indirectos, diseminados en el cuerpo social, frente al poder directo, elegido. Un poco como el "*bastón*" que debería permitir a la democracia representativa, de caminar derecho.

Los poderes de vigilancia, primera forma de organización de la desconfianza ciudadana, consisten en una vigilancia directa del actuar político, es

¹³ En octubre 2009, el Presidente de Francia trató de hacer nombrar su hijo de 23 años a la cabeza administrativa del barrio de *La Défense*, en París, barrio que concentra las sedes de las empresas internacionales y francesas más importantes del mundo. El escándalo popular que provocó esta noticia obligó al Presidente francés a renunciar a esta idea.

¹⁴ ROSANVALLON (2006).

decir, la denuncia y la notificación política de la falla por parte de los ciudadanos y sus organizaciones representativas. Estas modalidades contribuyen en enmarcar la legitimidad electoral en una forma de legitimidad social más amplia que constituye el “*capital de reputación*” de un dirigente, o de un régimen. Por lo tanto, la reputación representa también un tipo de “*institución invisible*” de control ciudadano.

Los poderes de sanción y de impedimento representan la segunda forma de acción de la desconfianza ciudadana. La lógica es la siguiente: siendo finalmente poco capaces de obligar a los representantes a actuar como lo quisieran los ciudadanos electores, estos últimos encontraron una forma más efectiva de controlar a este poder, multiplicando las sanciones posteriores en contra de él. De hecho, esta realidad subraya, en mismo tiempo, la importancia de mantener la lógica de la separación de los diferentes poderes del Estado, para que sea efectiva.

Y finalmente, podemos notar también, la aparición de algún tipo de “*pueblo - juez*”, para retomar la expresión de ROSANVALLON. La actual judicialización del político y de los políticos, en numerosos países, constituye el ejemplo más claro de este fenómeno. Este “*pueblo - juez*”, representa la tercera forma de la expresión de la desconfianza ciudadana hacia el poder, y sus (in)capacidades de cumplimiento.

Con este mecanismo, y en este marco social general que constituye la Globalización, estamos pasando entonces de democracias *de confrontación* hacia democracias *de imputación* o democracias *de reacción*. Y menos un Gobierno parece escuchar las peticiones populares, más los ciudadanos van a exigir que rinde cuentas de sus actuare. Desesperando lograr obtener resultados políticos efectivos, mediante mecanismo electoral, los ciudadanos esperan, post gobierno, el juicio cualitativo del alcance logrado por los representantes elegidos del poder.

El juicio, como procedimiento de puesta a prueba de la conducta política de los gobernantes, se está imponiendo, entonces, como una forma meta-política de control social, evaluada como superior, porque produciendo efectos más reales. Dejamos, por lo tanto, atrás, la filosofía, la ética y los principios, para concentrarnos sobre los resultados. Una mirada, de hecho, bien economicista, sobre el funcionamiento socio - político actual.

Cumpliendo entonces, también, con el deseo expresado en 1762 por Jean - Jacques ROUSSEAU, adepto de la *democracia directa*, en su *Contrato social*, es decir, añadir al simple derecho de votar, los derechos de opinar, proponer y discutir, podemos concluir esta segunda parte constatando que,

hoy en día, al "*pueblo - elector*" del Contrato Social se está sustituyendo un "*pueblo - vigilante*", un "*pueblo - veto*" y un "*pueblo - juez*", y evidentemente, las lógicas epistemológicas que los acompañan.

Más allá de una verdadera desafección popular por el proceso electoral, en un mundo global, estaríamos, al parecer, frente a una tentativa ciudadana de optimización de la eficiencia del control político, mediante, una modificación de su actuar. Evaluando poco realista, para alcanzar la felicidad social, el principio del *a priori*, el ciudadano actual se ubica hoy en día en el campo de la reacción, del *a posteriori*, es decir post experiencia, para evaluar, juzgar y reaccionar. Algo como un control de calidad, post venta.

Democracia electoral representativa y contra-democracia de poderes indirectos deben entonces estar incluidas en el proceso de análisis de esta sensación de desafección ciudadana en nuestro mundo global, donde parece primar las realidades y los resultados económicos. Un mundo que Guy HERMET llama "*gobernanza*". Un mundo donde hemos alcanzado – teóricamente hablando - la totalidad de los derechos posibles e imaginables. Un mundo donde no necesitamos más de la política para soñar y avanzar. Un mundo donde uno puede dejar el voto para seguir sus actividades cotidianas de producción de riqueza, individual o común.

GLOBALIZACIÓN, GESTIÓN POLÍTICA Y FUTURO

ARISTÓTELES solía decir: "*Aquel que pueda vivir fuera de la sociedad, es un Dios, o una Bestia*".¹⁵ Queda demostrado, con esta reflexión, que nosotros somos seres humanos, y que necesitamos de normas y límites para una buena convivencia social.

Quisiéramos terminar esta reflexión, mencionando 5 ideas fuerzas.

La primera es que, tal como lo hemos visto durante las páginas anteriores, es totalmente imposible pensar en la gestión política y el Derecho que la acompaña, como un proceso independiente de los procesos sociopolíticos que ocurren actualmente en nuestras sociedades. Como la globalización, por ejemplo.

La globalización implica cambios en los procesos sociopolíticos. Y uno de estos cambios funciona ya, de forma dialéctica, en nuestras sociedades, entre, por una parte, una proyección de las decisiones políticas, económicas

¹⁵ ARISTÓTELES, sin fuente ni fecha.

y a veces sociales, en el espacio supranacional, y, por otra, un reforzamiento de las identidades sub-regionales, locales y comunitarias y las aplicaciones sociales cotidianas que las estructuran. Esta realidad tendrá implicaciones en el Derecho y por lo tanto en nuestras formas de relacionarnos socialmente.

En segundo lugar, podemos notar una petición popular, ciudadana, por más eficiencia, en las normas de control social que utilizan los ciudadanos. La percepción actual, tal como lo mencionamos en la segunda parte de esta reflexión, evacua la rigidez de las normas para pedir más eficiencia en una perspectiva de resultados. El ciudadano va a empezar a “consumir” el Derecho y sus normas, pidiendo una calidad de eficiencia intrínseca a estas, tal como lo hace con otros “*productos de consumo*”.

El tercer elemento tiene que ver con la conceptualización histórica de la norma legal como fundamento racional de nuestra convivencia social. Históricamente, la formalización de las normas de una buena convivencia social en una ciencia, el Derecho, es anterior a la formalización de las emociones en una ciencia, la psicología. No obstante, ambas se refieren a la calidad de la vida en sociedad.

Esta primacía histórica de las normas sociales (a)emocionales sobre las normas emocionales, se tradujo, en un primer tiempo, en la estructuración de los dos primeros niveles de la ciudadanía, el nivel civil y el político, sujetos a los derechos civiles y políticos.

Durante la segunda mitad del Siglo XX, y más específicamente después de la Segunda Guerra Mundial, se incorporó una tercera etapa de ciudadanía: la ciudadanía social y sus derechos, sociales y económicos. La lógica de elaboración de este tercer nivel de ciudadanía se originó en el hecho que una persona, a no poseer las condiciones mínimas de bienestar social y económico, o sea, una cobertura de salud, la educación, una vivienda y un empleo, no podía ejercer, en forma autónoma y por lo tanto democrática, sus derechos civiles y particularmente, sus derechos políticos.

Hoy en día, y siguiendo la misma lógica, está apareciendo reivindicaciones de elaboración de un cuarto nivel de ciudadanía, la ciudadanía emocional, que implica otorgar al ciudadano las condiciones emocionales suficientes para que pueda ejercer en toda autonomía, sus derechos políticos, civiles y sociales. La referencia social que fundamenta este cuarto nivel de ciudadanía, se ubica en un mejor conocimiento de las consecuencias psicosociales de eventos violentos sufridos por el ciudadano, con una atención especial a los sufridos durante la niñez.

El cuarto elemento tiene que ver con los tres primeros, de forma transversal. No olvidarse que el ser humano, como ser social, es y será siempre la fuente y la finalidad de cualquier proceso social, incluyendo el actual proceso de globalización y sus consecuencias. Por lo tanto, el Derecho, como herramienta de normalización de la buena convivencia social, en pro de una reproducción social sana y proyectiva, tiene que seguir siendo el campo de protección y mantención ética de dichas normas, frente a riesgos de manipulación y transformación emanantes de intereses particulares, no éticos. Apoyamos por lo tanto a ARISTÓTELES en su percepción de una soberanía ciudadanía resguardada por las Leyes, más que por los hombres.

Por último, y frente a la actual lógica del pago del baile que otorga el derecho a dirigir la danza, cuáles que sean las capacidades y cualidades del bailarín, preferimos referirnos, como lema de reproducción social, a filósofo alemán Emanuel KANT cuando decía, ya en el siglo XVIII, en su *Crítica de la Razón Práctica*, que "lo que tiene precio, no tiene valor. Y lo que tiene valor, no tiene precio".¹⁶

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABRIC, Jean - Claude (1994) : *Pratiques sociales et représentations* (Paris, Ed. Presses Universitaires de France) 251 pp.

ALTHUSSIUS, Johannes (1964): *The politics of Johannes Althusius* (Boston, Beacon Press) 189 pp.

BECK, Ulrich (2003): *Pouvoir et contre-pouvoir á l'heure de la mondialisation* (Paris, Ed. Champs / Flammarion) 595 pp.

BOURDIEU, Pierre (2001): *Contre-feux 2* (Paris, Ed. Raisons d'agir) 109 pp.

CARRIER, Alain (1997): "Représentations sociales et performance identitaire: quelques considérations sur l'identité des femmes noires au Brésil", *Carnet du Label* (vol. II, Universidad Libre de Bruselas) pp. 25 - 38.

DE TOCQUEVILLE, Alexis (1856): *El Antiguo Régimen y la Revolución* (sin editor) 223 p.

HERMET, Guy (2007): *El invierno de la Democracia* (Paris, Ed. Armand Colin) 229 p.

¹⁶ KANT (1788) p. 156

- _____ (2008): *Populismo, democracia y buena gobernanza* (Madrid, Ed. El Viejo Tiempo) 66 p.
- HUGO, Victor (1877): *La historia de un crimen* (París, sin Editorial) Conclusiones - Capitulo X.
- KANT, Emanuel (1788): *Crítica de la razón práctica* (Alemania, sin Editorial) 179 p.
- MORIN Edgar (2008): *Pour une politique de civilisation* (Paris, Ed. Arléa) 79 p.
- ROSANVALLON, Pierre (2006): *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance* (Paris, Ed. Points Essais) 343 p.
- WALLERSTEIN, Immanuel (2009): "Le naufrage du dollar», *Revista informática Contretemps*, 5 p. Disponible en <www.medelu.org/spip.php?article226>, fecha consulta: marzo 2011.
- WULF, Christoph (2007): *Une anthropologie historique et culturelle. Rituels, mimésis sociale et performativité* (Paris, Ed. Téraédre) 190 p.

EL ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN GRAMATICAL. SU ORIGEN EN SAVIGNY, ALGUNOS AUTORES MODERNOS Y LA DOCTRINA NACIONAL*

*The Element of Grammatical
Interpretation. Its Origin in Savigny,
some Modern Authors and the
National Doctrine*

MANUEL BARRÍA PAREDES**

RESUMEN: El autor indaga respecto al origen de la utilización de la nomenclatura de los *elementos de interpretación*, como mecanismo para interpretar las leyes y determinar su verdadero sentido y alcance. El centro de la investigación lo constituye el elemento

* Este artículo corresponde a una versión mejorada del trabajo presentado en el curso *Dogmática Jurídica y Sistema de Derecho Vigente*, en el Programa de Doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, primer semestre del año 2007.

** Abogado. Candidato a Doctor en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Concepción. <mbarria@udec.cl>

Artículo recibido el 11 de noviembre y aprobado el 3 diciembre de 2010.

gramatical de interpretación, y el objetivo principal determinar si la doctrina del elemento gramatical es actualmente entendida en el mismo sentido en la cual fue originalmente concebida. Para realizar esta comparación el ensayo se divide en tres partes, primero se revisa sucintamente la concepción tradicional de SAVIGNY, para luego contrastarlas con las modernas consideraciones de autores extranjeros y nacionales, en una segunda y una tercera partes, respectivamente.

PALABRAS CLAVES: interpretación jurídica - elementos de interpretación – elemento gramatical – SAVIGNY.

ABSTRACT: The author investigates about the origin of the utilization of the nomenclature of the interpretation elements, as mechanism to interpret the laws and to determine its real sense and scope. The center of the investigation is the grammatical element of interpretation, and the principal purpose is to determine if the doctrine of the grammatical element is understood nowadays in the same sense in which was originally configured. To realize this comparison the paper is divided in three parts, first it is checked succinctly SAVIGNY's traditional conception, then to confirm it with the modern considerations of foreign and national authors, in a second and in a third part, respectively.

KEY WORDS: juridical interpretation – interpretation elements - grammatical element – SAVIGNY.

INTRODUCCIÓN

Determinar el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica debe ser uno de los desafíos más grandes para el desarrollo del Derecho. Para ello, tradicionalmente se ha enseñado que el intérprete debe acudir a los llamados *elementos de interpretación*, para desentrañar lo realmente querido por el legislador.

Estos elementos de interpretación, siguiendo la concepción tradicional de SAVIGNY, se reducen a cuatro: elemento gramatical, elemento lógico, elemento histórico y elemento sistemático.¹ Sin embargo, parte de la doctrina, ha sostenido que dichos elementos de interpretación no son los únicos; o bien, que no existen; o, que no son elementos sino métodos de interpretación, con

¹ SAVIGNY (2004) p. 187.

características que les son propias; o también, que constituyen criterios de interpretación.²

Hay algunos autores que agregan como elementos de interpretación el sociológico, el económico y el político. Así se sostiene, en relación al elemento sociológico, que es incuestionable que el factor social ha de ser considerado para indagar la función de la norma y que, en caso de duda y en cuanto no sea incompatible con el texto y el sentido de la ley (apreciando este último en relación con el espíritu que muestre el conjunto de la legislación vigente) se ha de dar a aquella la interpretación que mejor cuadre a las exigencias, tendencias y fines prácticos de cada momento. En lo relativo al elemento económico, se señala que es necesario tener presente que las relaciones jurídicas regulan relaciones sociales de producción. Es decir, se normativizan relaciones económicas, de propiedad, entre compradores y vendedores, trabajadores y patrones, etcétera. Finalmente, el elemento político, dice relación con que los factores políticos influyen en la interpretación de la ley constitucional y el intérprete no puede desconocerlos.³No obstante aquello, la doctrina de la familia romana-germánica, acepta en forma muy generalizada la existencia de estos cuatro elementos.

I. EL ELEMENTO GRAMATICAL EN LA CONCEPCION DE SAVIGNY

Para SAVIGNY, la interpretación es obra de la ciencia jurídica, es misión del jurista, y por lo mismo, de acuerdo a paradigmas científicos, deben concebirse sus instrumentos, funciones y objetivos. Pero esta labor de hermenéutica no es privativa de la doctrina, ya que, y quizás con una mayor preponderancia, le corresponde al juez.⁴En este sentido, LARENZ, comentando la teoría hermenéutica de SAVIGNY, señala que *“el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino sólo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática”*.⁵

En este sentido es que SAVIGNY distingue cuatro elementos de interpretación. El elemento gramatical, el elemento lógico, el elemento histórico y el elemento sistemático.⁶ Dichos elementos no son cuatro clases de interpre-

² LARENZ (2001) p. 316.

³ SÁNCHEZ (1997) p. 312.

⁴ SAVIGNY (2004) p. 183.

⁵ LARENZ (2001) p. 33.

⁶ SAVIGNY (2004) p. 187.

tación, entre las cuales cada uno pueda escoger según su gusto; son cuatro actividades que deben actuar juntas si la interpretación ha de acertar.

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado de derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema.⁷

SAVIGNY deja por establecido que el fundamento del elemento de interpretación gramatical, así como de los demás elementos, debe buscarse en la *voluntad del legislador*. Incluso define a la interpretación como la reconstrucción del pensamiento del legislador. Este legislador, con el objeto expresar su pensamiento se vale de la palabra, a través de la cual, consagra el texto legal. Su misión es ponernos a la vista el esquema lingüístico, que comprende, de una parte, un vehículo de comunicación como es el lenguaje, y de otra, dos polos opuestos, a saber, un sujeto parlante o legislador y un sujeto receptor, llámese intérprete, juez o como se llame.⁸ Visto el esquema lingüístico desde el lado del receptor, su tarea es coger a través del instrumento comunicarte el mensaje o pensamiento expresado en él.⁹

Después de lo desarrollado podría creerse que SAVIGNY es el creador de esta doctrina de los cuatro elementos, lo cual es discutible. Es necesario traer a colación la disputa que este tuvo con otro autor, más antiguo, sobre los elementos de interpretación. Hablamos de THIBAUT, quien había escrito "*Teoría*

⁷ *Ibidem*.

⁸ BERMÚDEZ (1999) p. 84.

⁹ QUINTANA (1979) p. 652.

de la interpretación lógica del Derecho romano". En esta obra, THIBAUT señala que todo el que se sirve de palabras tiene como propósito describir ciertos objetos; estos objetos, en cuanto objetos de palabras, pasan a ser los objetos del pensamiento cuando se les considera en rigor a partir de las palabras, y se les denomina entonces el *sentido de las palabras*. Es así como THIBAUT establece tres dimensiones sobre la cual recae la interpretación. 1) La literalidad, que es lo dicho y puesto en las palabras; 2) El propósito del legislador, que es lo pensado y querido a través de las palabras, y 3) La *ratio legis*, es decir, la razón o fundamento de lo que debía decir y a lo que se remite la prescripción. Luego, todo el debate de la interpretación gira en torno a la conciliación de la literalidad con lo que también se llama espíritu, de manera que hay dos modos de definir el sentido: en el ámbito literal y en la esfera del pensamiento.¹⁰ SAVIGNY, en cambio, concibe estos elementos de distinta manera. En primer lugar, excluye a la *ratio legis* como dimensión válida para la tarea legislativa. Y en segundo lugar, la interpretación no queda restringida al solo caso de la ley oscura o defectuosa.

Y esto es así, por cuanto, contrario a lo que algunos piensan, todo texto legislativo debe ser interpretado. Así, la literalidad ha dado origen a una serie de conflictos. Se consideraba por antiguos juristas que la letra de la ley era en si misma necesaria y suficiente para interpretar, y por lo cual debía oponerse al llamado espíritu o también intención. Posteriormente se vio que la literalidad era necesaria, pero no era suficiente, debido a sus vaguedades e imprecisiones. Por ello, debía ir unida al espíritu.

La paradoja de la literalidad es convincente en orden a que todo texto, por sí, es interpretable, y que no es posible, en rigor, sostener la sola interpretación gramatical o literal, pues el supuesto de que parte, su claridad, exige como comprobación justamente la interpretación gramatical. Admitir la interpretación restringida al solo texto oscuro significaría dejar fuera la parte más rica y noble de la tarea interpretativa, que es la de desarrollar el complejo de relaciones de derecho en textos no tachados de oscuridad: esto coincide con la afirmación general dada antes de que la interpretación es la condición de aplicación del derecho a la vida real.¹¹

Esto trae como consecuencia que si bien este elemento gramatical es importante, por si solo carece del poder suficiente para interpretar la norma jurídica, debiendo acudir a los otros elementos de interpretación. Como se ve, la gramática juega entonces como una disciplina auxiliar que colabora al

¹⁰ *Idem.*, p. 648.

¹¹ *Idem.*, p. 652.

traslado fiel de un contenido al que no afecta. Las palabras son la exteriorización de las ideas, sin aportar ni añadir elementos. De ahí que el intérprete, en una primera aproximación al conocimiento del contenido de una ley, pueda valerse justamente de dichas palabras, como el medio más simple de que dispone para su cometido.¹²

En resumen, este elemento de interpretación es el punto de inicio, según SAVIGNY, para iniciar el proceso interpretativo. Por si solo es insuficiente para determinar el verdadero sentido y alcance de la norma, y por lo tanto, es indispensable acudir a los otros elementos de interpretación.

II. OTRAS CONCEPCIONES SOBRE EL ELEMENTO GRAMATICAL

Con posterioridad a SAVIGNY, son muchos los autores que se han preocupado de estudiar a este elemento de interpretación. Éstos, principalmente los civilistas, mantienen la nomenclatura propuesta por SAVIGNY. Es lo que ocurre en nuestro sistema, por ejemplo con autores como ALESSANDRI¹³, DUCCI¹⁴. En contra, GUZMÁN BRITO¹⁵. Sin embargo, en la doctrina extranjera se ha conocido este elemento de interpretación de diferentes maneras. SÁNCHEZ VÁSQUEZ mantiene el vocablo elemento gramatical.¹⁶ LARENZ los llama "*criterios de interpretación*", y al elemento gramatical lo llama "*el sentido literal*".¹⁷ En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOLINERO.¹⁸ Otros autores se refieren a los llamados "*métodos de interpretación*". Así distinguen entre método gramatical, método lógico, método sistemático y método histórico.¹⁹ Hay otros que se refieren derechamente a la interpretación gramatical, interpretación lógica, interpretación sistemática e interpretación histórica.²⁰ VERNENGO expone una teoría sobre la interpretación literal de la ley.²¹ BETTI distingue entre los cánones de interpretación.²² Finalmente, DOMAT expone su teoría sobre el sentido de la ley, en la cual hace una velada crítica al literalismo.²³

¹² BERMÚDEZ (1999) p. 85.

¹³ ALESSANDRI (1998) p. 173.

¹⁴ DUCCI (2006) p. 100.

¹⁵ GUZMAN (1992) p. 42.

¹⁶ SÁNCHEZ (1997) p. 284.

¹⁷ LARENZ (2001) p. 316.

¹⁸ RODRÍGUEZ (1993) p. 224.

¹⁹ FRANCO (2007) p. 1.

²⁰ RAMIREZ (1967) p. 133.

²¹ VERNENGO (1994) p. 20.

²² BETTI (2006) p. 27.

²³ GUZMÁN (2004) p. 57.

1. El elemento gramatical o filológico

Es la primera etapa del proceso interpretativo. Como la ley empieza con palabras, el intérprete ha de empezar por obtener el significado verbal que resulta de ellas, según su natural conexión y las reglas gramaticales. De esta forma, cuando una misma palabra pueda tener significaciones distintas, se adoptará la que se reputa más idónea, dada su conexión con las demás del precepto de que se trate y con la materia a que el mismo se refiera. En cuanto al significado de los vocablos, cabe decir, que estos deben ser considerados en su sentido usual o más común (en razón a que el legislador se dirige a la generalidad de los individuos, para ser comprendido por ellos), salvo el caso de que la conexión del discurso o de la materia resulte un significado especial técnico. Además, existe una corriente que estima que cuando se trata de términos jurídicos suele opinarse que debe ser preferido el sentido técnico jurídico, ya que se ha de presumir que el legislador expresa su pensamiento en los términos más propios.²⁴

Podemos concluir entonces que para esta posición, siempre el proceso interpretativo va a comenzar con el análisis literal o gramatical de la norma, dándole una importancia primordial a ella en desmedro de los demás elementos. Y dentro de este elemento se va a privilegiar el significado usual de ella, y excepcionalmente recurrir a su sentido técnico, muy diferente a lo que se señala nuestra doctrina nacional, que como veremos más adelante, prefiere el significado legal de nuestras palabras antes que el usual de las mismas.

2. Los criterios de interpretación. El sentido literal²⁵

RODRÍGUEZ MOLINERO señala que la interpretación nunca puede quedar al total arbitrio de quien la lleva a cabo, al capricho del intérprete, sino que ha de hacerse con ciertos fundamentos o garantías de objetividad. Por eso son absolutamente necesarios ciertos criterios o módulos interpretativos que sirvan de guía a la interpretación. En este mismo sentido afirma que se trata de meros criterios o módulos de interpretación, es decir, de puntos de vista directivos que sirven de guía y orientación perceptiva para llevar a cabo la interpretación. En modo alguno, señala el autor, son métodos de interpretación,

²⁴ SÁNCHEZ (1997) p.284.

²⁵ Para los efectos de esta parte del trabajo sólo nos referiremos a este criterio de interpretación. Tanto LARENZ como RODRÍGUEZ MOLINERO, además de este criterio, distinguen al criterio de la coherencia lógica, al de la intención y los fines del autor de las normas, el de los fines de la ley o el criterio teleológico-objetivo y el de la interpretación conforme a la Constitución.

como muchos suponen y de hecho llegan a exponer ciertos autores en algunos libros.²⁶

Siguiendo esta misma nomenclatura, LARENZ sostiene que toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal. Por tal, señala el autor, entendemos el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en caso de que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla, aquí en el de la ley respectiva.²⁷ RODRÍGUEZ MOLINERO, en similares términos señala que el sentido literal es el significado de cada palabra y de la unión de palabras en una frase o en una proposición lingüística según el uso del lenguaje.²⁸ Por lo tanto, esta concepción sobre el elemento gramatical de interpretación descansa, al igual que como lo señalara SAVIGNY, en el significado de las palabras de la ley. Sin embargo, colocan un elemento o un análisis adicional, cual es el *uso del lenguaje*. Ahora bien, ¿En qué consiste este uso del lenguaje? Se distinguen dos clases de uso del lenguaje. El uso general del lenguaje, con lo cual se alude a un lenguaje común o usual, o bien, se acude a un lenguaje de uso específico, con lo cual se refiere a un lenguaje técnico o especializado. Pues bien, estas dos clases de uso o tipos de lenguaje se encuentran presente en toda norma jurídica que va a ser objeto de interpretación.

Así es como el legislador, al elaborar normas jurídicas se vale de un sin número de palabras. Dentro de ellas encontramos palabras de uso común o vulgar. El derecho, a diferencia de otras ciencias exige el uso de un lenguaje que sea conocido por todos los miembros de una comunidad. La ley, siendo por definición general, debe ser expresada en un lenguaje común, con el objeto de ser entendida por todas las personas, sujetas a un mismo estatuto jurídico. Sin embargo, no sólo palabras de uso común forman la norma jurídica. También están formados por palabras de carácter técnico-jurídico, que tienen un alto grado de precisión, que este lenguaje otorga, ahorrándose con ello posteriores aclaraciones de la norma. Por ejemplo, no cabe duda que las palabras testamento, matrimonio, contrato, deben ser interpretadas, desde un prisma netamente jurídico. Las palabras utilizadas en la norma jurídica, no obstante tener un carácter común o vulgar, pueden también ser utilizadas por el Derecho con un significado técnico. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las palabras definidas por el legislador. Un ejemplo que podemos señalar es el de la palabra infante, entendida por la comunidad como una especialidad dentro del ejército, pero que es definido por el legislador como aquella persona

²⁶ RODRÍGUEZ (1993) p.224.

²⁷ LARENZ (2001) p. 316.

²⁸ RODRÍGUEZ (1993) p. 225.

que es menor de siete años de edad. Finalmente, es posible recurrir a palabras técnicas de otras ciencias, particularmente cuando se regulan materias relacionadas con dicha ciencia. Por ejemplo, para regular materias específicas como la economía, se recurre a las palabras técnicas que utilizan los economistas. En temas relacionados con la sanidad, es preciso acudir a los términos usados por los médicos, etc.

El hecho de utilizar estas cuatro clases de palabras para formar una norma jurídica tiene una serie de ventajas, aunque igual encontramos desventajas en su aplicación. Como señala RODRÍGUEZ MOLINERO, las ventajas del lenguaje general o común son su flexibilidad, su riqueza de matices y su mayor capacidad de adaptación a la materia jurídicamente regulable. Pero estas mismas cualidades constituyen la causa de sus inconvenientes; pues las palabras de que sirve permiten un número mayor o menor de significados, que dificultan mucho la labor interpretativa, máxime cuando el significado plasmado en la norma jurídica es obvio.²⁹

Las palabras de uso común en algunas ocasiones tienen características de vaguedad e imprecisión que dificultan la correcta interpretación del Derecho. Esto tiene como consecuencia que del uso del lenguaje solamente no se obtiene un sentido literal claro. En lugar de ello hallamos un número más o menos grande de posibles significados y variantes de significado, de los que el concretamente se obtiene, las más de las veces, de la conexión del discurso, de la cosa de que se trata o de las circunstancias acompañantes.³⁰

Por el contrario, al utilizar las palabras técnico - jurídico, la situación es diferente. Por el hecho de ser palabras técnicas, limitan las posibilidades de interpretación y tienen características de precisión que las diferencian de las palabras comunes o vulgares. El problema se va a producir cuando en una norma jurídica existen palabras comunes y palabras de carácter técnico - jurídico, debido a que habrá que determinar cuáles de ellas van a predominar. Es obvio que las palabras de carácter técnico - jurídico deben prevalecer, sin embargo, el contexto y los demás criterios interpretativos pueden llevar a concluir que el término fue utilizado en el significado del uso general del lenguaje.³¹

Como señala LARENZ, se trata, al respecto, del proceso de mirar hacia delante y hacia atrás, del esclarecimiento recíproco, que es conocido con

²⁹ *Idem.*, p. 226.

³⁰ LARENZ (2001) p. 317.

³¹ RODRÍGUEZ (1993) p. 226.

el nombre de "*círculo hermenéutico*". Cuando menos el sentido literal, conforme al uso general del lenguaje, sea capaz de fijar ya definitivamente el significado de una expresión precisamente en este contexto, en este lugar de la ley, tanto menos se ha de prescindir de su conocimiento, el proceso del comprender mediante el interpretar ha de ponerse en marcha en absoluto. Esto es lo que se quiere decir cuando decimos que toda interpretación tiene que comenzar el sentido literal.³² Por lo tanto, el proceso interpretativo tiene que comenzar con la utilización del uso especial del lenguaje por sobre el uso general del lenguaje. Sin embargo, hay casos en que esta precisa no se puede aplicar, por lo que hay que volver a acudir al uso general del lenguaje para encontrar el verdadero significado de la ley. Lo que está más allá del sentido literal lingüísticamente posible y es claramente excluido por él ya no puede entenderse, por la vía de la interpretación, como el significado aquí decisivo de este término.³³

Por último, es necesario preguntarse si el sentido literal hay que determinarlo según el significado que tenían las palabras al momento de la dictación de la ley, o por el contrario habrá que buscarlo en el significado actual de las palabras. Un ejemplo clásico se da en esta materia a propósito de la palabra *demente*. Esta palabra de carácter técnica fue concebida por el legislador como cualquier persona que padecía de una perturbación mental. Sin embargo, en la actualidad ya no es considerado de esta manera, ya que la palabra *demente* está destinada únicamente referida a una especial clase de enfermedad siquiátrica.

RODRÍGUEZ MOLINERO señala que a esta cuestión no se le puede dar una respuesta única y la solución habrá que buscarla teniendo en cuenta los demás criterios interpretativo, en especial el que alude a la intención del legislador y el que se refiere al sentido objetivo y a los fines de la ley.³⁴ En general, la norma jurídica debería ser interpretada en el sentido como fue concebida al momento de dictar la norma. Sin embargo, como la norma jurídica posteriormente adquiere un carácter objetivo, podría perder el significado de la forma originalmente creada, por lo que habrá que entenderla en el sentido actual de la o las palabras.

³² LARENZ (2001) p. 317.

³³ *Idem.*, p. 318.

³⁴ RODRÍGUEZ (1993) p. 227.

3. Los métodos de interpretación

El método gramatical.³⁵ Es otra nomenclatura con que algunos autores, tanto nacionales³⁶ como extranjeros, han estudiado el mismo tema. El problema que tiene esta concepción de la interpretación, es que algunos consideran que cada método de interpretación debe considerarse en forma aislada, y no en relación con otros métodos de interpretación. Respecto a estos problemas, tienen inmediata solución, por cuanto las normas jurídicas no sólo deben ser interpretadas en consideración a lo que señala su tenor literal, y siguiendo en esto a SAVIGNY, para interpretar una norma jurídica deben contemplarse los cuatro elementos de interpretación, y no cada uno en forma aislada y en consecuencia, si con el puro elemento gramatical no puedo interpretar una norma jurídica, debo acudir al lógico, al histórico y al sistemático.

DE CASTRO CID señala que el método literal se caracteriza por aplicar ante todo la regla o principio de la interpretación literal. Según esta regla, la actividad del intérprete ha de atenerse al significado inmediato de las palabras en que vienen expresadas las normas, a su significado gramatical, al sentido que dichas palabras tienen en el lenguaje común. Lo que la ley literalmente dice es lo que debe ser estrictamente cumplido; lo que la ley no dice en su estricta literalidad no puede suponerse incluido en ella, ni inducirse de ella.³⁷ Por lo tanto, en conformidad a este método de interpretación gramatical, la letra de la ley tiene una importancia primordial en todo el proceso interpretativo.

El problema se va producir cuando la palabra de la ley tenga varios sentidos. En ese caso habrá que recurrir a las diferentes conexiones de sentido con el objeto de superar este problema de lenguaje. Por lo tanto, no sólo a la literalidad habrá que recurrir para determinar el significado del texto legal, sino también a los otros métodos interpretativos.

ATIENZA, sobre los métodos de interpretación señala que la cuestión que se le plantea entonces al intérprete (bien sea un órgano aplicador, un teórico del Derecho o un simple particular) es la de cómo justificar el enunciado interpretativo, y como dar el paso al enunciado interpretado.³⁸ Es por ello que

³⁵ Los autores que utilizan la nomenclatura de métodos de interpretación distinguen entre método gramatical, método lógico, método histórico y método sistemático.

³⁶ Como lo veremos más adelante, al tratar este elemento de interpretación por la doctrina chilena, es el autor Victorio Pescio que utiliza este término en su Manual de Derecho Civil.

³⁷ DE CASTRO (2002) p. 400.

³⁸ ATIENZA (2001) p. 268.

se acude a los métodos de interpretación, que también los llama cánones, técnicas o directivas de interpretación, que cumplen una función heurística como justificativa.³⁹ Dentro de estos métodos interpretativos se encuentra la regla lingüística, en que señala como ejemplo que las palabras deben utilizarse en su sentido usual.⁴⁰ Ahora bien, la pregunta a responder es ¿Cuál es el sentido usual de la palabra? No lo responde el autor, por lo que se podría concluir que se refiere a la forma en que las palabras son usadas por la generalidad de la comunidad, excluyendo por lo tanto toda definición de carácter técnico del texto a interpretar.

4. La interpretación gramatical

Esta doctrina relaciona el sentido de la ley con la significación literal de la ley. Para descubrir el verdadero sentido de la ley, es preciso atender al significado literal de las palabras empleadas en la misma.⁴¹ El problema que se produce es que en un texto legal pueden encontrarse palabras que tengan un significado diverso, incluso aquellas utilizados en un lenguaje jurídico, en cuyo caso, la interpretación gramatical no nos va a determinar el verdadero sentido de la norma, sino sólo un abanico de soluciones posibles.

El sentido literal de las palabras, no basta por lo tanto, en ocasiones, para conocer el sentido de la norma, y salvo que su sentido vulgar resulte más conforme con el espíritu de esta última, las palabras deben entenderse en su sentido técnico, según lo haya establecido la tradición, la doctrina, y la legislación misma.⁴² Puede ocurrir que haya conflicto en la aplicación del elemento gramatical y el elemento lógico, en relación a cuál de estos debe prevalecer. Según esta doctrina habría que acudir en primer lugar al elemento de interpretación gramatical, por cuanto debe presumirse que el legislador utilizó con propiedad el lenguaje. Ahora bien, si aplicando la interpretación gramatical se contradice lo obtenido del sentido de la ley, debe acudirse al elemento lógico de interpretación.

RODRÍGUEZ tiene una opinión totalmente diferente en lo que dice relación con la interpretación gramatical. El autor sostiene que en la interpretación

³⁹ *Idem.*, p. 269, divide estos métodos en reglas de primer grado y reglas de segundo grado. Las de primer grado establecen como justificar el enunciado interpretativo y las de segundo grado como usar las anteriores: por ejemplo, qué hacer cuando existen varias reglas de primer grado concurrentes y contradictorias.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ RAMÍREZ (1967) p. 133.

⁴² *Ibidem.*

gramatical o literal se atiende al sentido más propio de los términos legales, a su “significación literal”. En realidad, no se trata de una verdadera regla de interpretación. Decir que un término ha de entenderse en su sentido literal es decir algo obvio y, además, no soluciona ningún problema cuando el término es vago o cuando posee varios significados. Por tanto, lo que este criterio establece es el límite de toda interpretación posible: puesto que el intérprete está vinculado a la ley, su interpretación ha de ser compatible con los términos literales de esta y no violentarlos. En este caso ya no sería interpretación, sino decisión *contra legem* o *praeter legem*, que habría que justificar con argumentos no propiamente interpretativos.⁴³

5. La interpretación literal de la ley

Para esta doctrina, la pregunta fundamental que debemos hacernos es ¿cuál es el sentido literal de la ley? Y a través de ésta determinar ¿cómo se logra determinar el sentido literal de una ley?

VERNENGO sostiene que tener sentido es, ante todo, la propiedad que adjudicamos a los signos que admitimos dentro del lenguaje en que nos movemos. Tener sentido, por lo tanto, es aquí algo relativo a un lenguaje. En el caso de la ley escrita, los signos que tienen sentido y con cuyo sentido se configura el sentido de la ley, son los signos del lenguaje en que esté redactado: algún lenguaje natural, por lo común.⁴⁴ Así las cosas, se puede exponer que el sentido de un enunciado es la clase de sus enunciados sinónimos o equipolentes. Ahora bien, no hay respuesta pacífica a la cuestión acerca de cuándo dos enunciados son sinónimos.

La interpretación es una relación cuyo campo está constituido por enunciados verbales, en una relación uno-muchos, relación que presenta los caracteres de reflexiva y simétrica, aunque en un orden simple, la interpretación puede presentar el carácter de asimétrica. La paráfrasis constituye una tentativa de formular una premisa normativa para una decisión, esto es, en la interpretación literal de la norma se considera al texto directamente aplicable como razón decisoria. Una paráfrasis es algo así como una reformulación de un texto, no redactada escogiendo algunas de las equivalencias lógicas ofrecidas como alternativas de igual valor, sino recurriendo a un arsenal retórico distinto, y, por tanto, buscando dar al texto parafraseado otros alcances.

⁴³ RODRÍGUEZ (2007) p. 1.

⁴⁴ VERNENGO (1994) p. 20.

6. Los cánones de interpretación

Es la nomenclatura utilizada por el autor Emilio BETTI, para referirse a lo que SAVIGNY llamó elementos de interpretación. Se ha dicho que toda la dialéctica del proceso interpretativo brota de la antinomia usual entre la subjetividad del entender y la objetividad del sentido de reconocer, como asimismo, de la antinomia entre actualidad del sujeto y alteridad del objeto surge la dialéctica de todo proceso cognoscitivo. Ahora bien, la teoría hermenéutica sacada de la praxis de la interpretación de los diversos campos, poco a poco ha descubierto algunos cánones, la observancia de los cuales no exonera al intérprete del empeño y del esfuerzo que se le reclama, sino más bien dirigir el empeño y el esfuerzo según aquella que con HERBART se podría llamar "*die Moral des Denkens*", garantizando el recto éxito epistemológico. Es así entonces como el autor hace una distinción entre dos cánones de interpretación: El canon referente al objeto y el canon referente al sujeto de interpretación. Para los efectos de este trabajo sólo nos referiremos al primero.⁴⁵

BETTI distingue dos situaciones. En primer lugar a la armonía hermenéutica. La inmanencia del criterio hermenéutico. No es sólo necesario acudir a la letra pura y dura, sino que más bien hay que acudir a la forma representativa. Y en segundo lugar la totalidad y coherencia de la consideración hermenéutica. Existe un círculo de reciprocidad hermenéutica, es necesario acudir a la analogía y a una interpretación extensiva o restrictiva.

Este autor sostiene que un primer y fundamental canon atinente al objeto a interpretar ha aflorado al conocimiento de los intérpretes de los textos escritos, cuando ellos a la letra desnuda han contrapuesto el sentido del lenguaje, considerándose ellos mismos como "*ministri non literae, sed spiritus: litera enim occidit, spiritus autem vivificat*"; es decir, ministros no de la letra sino del espíritu: la letra mata y el espíritu vivifica, o afirmando, respecto a un lenguaje perceptivo, que no se debe atender a las palabras, sino que a la "*vis ac potestas*", o reivindicando la superioridad del pensamiento inmanente a la declaración (*mens dissentis*) en conformidad con la letra (*vox dissentis*), abstractamente considerada.⁴⁶ En este sentido, el autor nuevamente entra a la discusión sobre qué es lo que debe predominar en la interpretación gramatical, o la letra de la ley, o bien el espíritu. Ninguna duda nos presenta lo descrito, al *reivindicar*, como señala el autor, la superioridad del espíritu de la norma jurídica por sobre el texto de la ley.

⁴⁵ BETTI (2006) pp. 27 y 37.

⁴⁶ *Idem.*, p. 28.

Si las formas representativas que constituyen el objeto de la interpretación, son esencialmente objetivaciones de una espiritualidad que ahí se ha hecho presente, es claro que ellas *deben ser entendidas según aquél espíritu que en ellas se ha objetivado*, según aquél pensamiento que en ellas se ha hecho reconocible, no ya según un espíritu y un pensamiento diverso, ni siquiera según un significado que a la forma desnuda puede venir atribuido, cuando se haga abstracción de la función representativa a la cual sirve respecto a aquél el espíritu y a aquel pensamiento.⁴⁷

Luego, no solo al espíritu hay que acudir para interpretar una norma jurídica, sino que debe complementarse con la objetivación de pensamiento con que fue buscada esa espiritualidad.

Finalmente, BETTI señala que en el proceso interpretativo es necesario indagar los elementos constituyentes de la construcción de la obra, y entre ellos hay que acudir al momento gramatical, por el cual el intérprete intenta darse cuenta de la construcción lingüística de la obra literaria o científica, la interpretación es propiamente dirigida a encuadrar el discurso en la totalidad de la lengua, en la cual es tenido, y a considerar como producto de la lengua el modo de concebir, de representar y de argumentar que en ello se revela.⁴⁸

7. El sentido de la ley

Según DOMAT, la interpretación de la ley es necesaria en dos casos. El primero de ellos cuando hay oscuridad, ambigüedad o defecto de expresión (laguna) en la ley. Entonces la interpretación, cuyo objeto está constituido por la “*expresión*” (letra) de la ley, es necesaria para descubrir su “*verdadero sentido*”. El segundo se produce cuando el sentido de una ley es evidente según sus términos, pero aplicados estos conducirían a falsas consecuencias y a decisiones injustas. Se trata, por ende, de un “*sentido aparente de la ley*”, y la interpretación es ahora necesaria para descubrir no lo que dice, sino lo que quiere y para juzgar por su intención cuál es la extensión y los límites de su sentido.⁴⁹

Por lo tanto, siempre será necesario interpretar la norma jurídica, sea que ésta sea oscura, caso en el cual hay que encontrar el verdadero sentido de la ley, sea que ésta sea clara, pero que en su aplicación nos podría llevar a una errónea aplicación del Derecho. El autor distingue entre el *sentido de las*

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Idem.*, p. 36.

⁴⁹ GUZMÁN (2004) p. 57.

palabras de la ley por un lado, y por otro el determinar derechamente el *sentido de la ley*. Por lo tanto, su objetivo principal no es el estudio de las palabras de la ley, como lo habíamos analizado anteriormente, sino que busca determinar el *verdadero sentido de la ley*. Así señala que "también se sigue de esta observación sobre el espíritu de la ley y su motivo, que si acaece que algunos términos o ciertas expresiones de una ley parecen tener un sentido diferente de aquel que sin más está evidentemente marcado por el tenor literal de la ley entera, es necesario detenerse en este verdadero sentido y repudiar el otro que aparece en los términos, y que se muestra contrario a la intención. No siempre es necesario tomar la ley en el sentido de la letra".⁵⁰

Sin embargo, hay casos en que no es necesario interpretar, lo cual se producirá cuando los términos de una ley expresan netamente el sentido y la intención, es decir, habiendo coincidencia entre el sentido de la ley y el sentido de la letra, hay que estarse a ella.

III. EL ELEMENTO DE INTERPRETACION GRAMATICAL EN LA DOCTRINA NACIONAL

No es muy común que la doctrina nacional haga un estudio acabado de la interpretación en general y particularmente del elemento gramatical. No obstante aquello, gran parte de los juristas que se dedican al análisis de la interpretación del Derecho pertenecen a la disciplina del Derecho Civil. Puede ser porque es el propio Código de Bello el que establece las normas de interpretación de la ley, incluso con un carácter de análisis sistemático en sus arts. 19 al 24. Sin embargo, al igual como lo expusimos anteriormente, la concepción de los elementos de interpretación es distinta según la época y el jurista de que se trate.

Existen autores que señalan que las normas sobre interpretación y especialmente lo que dice relación con los elementos de interpretación habrían sido obtenidos por Andrés BELLO de la teoría de SAVIGNY, lo cual es absolutamente falso. En este sentido, GUZMÁN BRITO expone que la fuente, en esta materia, fue el Código de Luisiana.⁵¹

Ahora bien, refiriéndose derechamente sobre el "*elemento gramatical*", Guzmán Brito señala que es de particular importancia hacer notar que la pareja "*tenor literal/sentido*" de la ley esconde, en realidad dos "*sentidos*", pues cuando se habla de "*letra*", "*tenor literal*" o "*palabras*", ciertamente no

⁵⁰ *Idem.*, p. 58.

⁵¹ GUZMÁN (1992) p. 42.

se alude al sonido en que fonéticamente consisten los términos, sino a ese sonido en cuanto cargado con un determinado sentido, pues las palabras, en efecto, son eso: sonidos con sentido o significado, y no meros sonidos. De esta forma, la distinción *verba-sententia*, para emplear la terminología romana más usual, es propiamente una distinción entre el sentido de las palabras de la ley, por un lado, y el sentido de la ley, por otro, en función de una comparación que puede resolverse en una coincidencia, si el sentido de las palabras, o tenor literal, porta congruentemente el sentido de la ley y este se manifiesta exactamente a través de aquél; o bien en una verdadera disconformidad, cuando uno es el sentido de las palabras, o tenor literal, y otro sentido de la ley.⁵²

Victorio PESCIO sobre el elemento gramatical señala que habrá que atender al significado que debe asignarse a las palabras de que se ha valido el legislador. Este es el procedimiento denominado "*método gramatical*" y que, según los autores, tiene por objeto determinar el sentido de las palabras o de las frases por la aplicación de las reglas del lenguaje. Conforme a este método debe analizarse palabra por palabra del texto legal mismo que se trata de interpretar para averiguar cuál es el sentido.⁵³ Así entonces hay que distinguir a las palabras de uso general, las palabras definidas por el legislador y por último las palabras de carácter técnico. En el caso de las palabras de uso general, se considera que debe dársele el significado que señala el diccionario de la real academia de la lengua española. Respecto de las palabras definidas por el legislador, debe dársele a ella el significado que les da el propio legislador. Tienen ellas una mayor importancia, aun cuando según su uso general signifiquen otra cosa. Finalmente, las palabras de carácter técnico deben ser interpretadas en consideración a lo que señalan los expertos en dicha ciencia o arte, dándole ese significado.

FUEYO sostenía que la buena doctrina enseña que estos cuatro elementos deben concurrir siempre como un todo, para efectos de fijar el sentido claro de la ley, que resulta ser la cuestión previa que resolver. Si de esta aplicación simultánea, armónica y racional de los cuatro elementos, aparece un "*sentido claro*", que a la vez confirma el tenor literal de la ley, la interpretación habrá finalizado pronto y del modo más simple. Si de tal aplicación, en cambio, se concluye que esa literalidad no es coincidente con el sentido claro obtenido del proceso de examen a través de los elementos combinados, quiere decir

⁵² *Idem.*, p. 69.

⁵³ PESCIO (1948) p. 249.

que "*el tenor literal*" deberá abandonarse para dar paso a "*la intención o espíritu*".⁵⁴

Así entonces se pasa de una interpretación de carácter gramatical a uno de carácter lógico. Y sigue señalando el autor que la pleitesía que se rinde en el hecho al tenor literal es de tal modo fuerte y eficaz, que si el intérprete descubre la frase capaz de enunciar algo, frase que por sí misma es clara y por su misma claridad acusa la pertinencia para efectos de su aplicación, dicho intérprete abandona toda otra búsqueda y cualquier intento por otro raciocinio, desecha la puesta en juego de los demás elementos de interpretación y se pierde la oportunidad de otra solución que la ofrecida tan fácilmente a través de esa claridad, literal, que a lo mejor es aparente.⁵⁵ Critica, por tanto, la labor del intérprete, ya que si bien, desde un punto de vista teórico debiera el intérprete acudir a todos los elementos de interpretación para determinar el sentido de la ley, en los hechos se basta a sí mismo sólo con la aplicación del elemento gramatical, desechando los demás elementos.

Carlos Ducci señala, refiriéndose al elemento gramatical, que aunque Bello reprodujo muchas disposiciones textualmente, no lo hizo así con esta. No dijo "*cuando la ley es clara*" sino que introdujo un concepto nuevo al expresar: "*Cuando el sentido de la ley es claro*". Esta expresión "*sentido*" cambia todo el contenido de la norma e independiza la interpretación del absurdo de consistir solamente en un análisis gramatical del precepto, para buscar su significado y alcance, su "*sentido*", es decir la veracidad intrínseca del discurso.⁵⁶

El problema, señala Ducci, consiste en determinar si es clara la ley cuando su tenor literal es claro. La determinación del sentido de la ley implica que debe efectuarse siempre un proceso de interpretación. Es imposible establecer a priori que el sentido de la ley es claro si ésta no se interpreta para establecer dicho sentido.⁵⁷ Por consiguiente, al enfrentarnos a una norma jurídica, aunque a simple vista sea clara, igualmente debemos interpretar, a fin de determinar si la norma es clara u oscura. Se olvida a veces que la función del juez consiste, en primer término, en la aplicación del derecho a casos concretos, en lo que se ha llamado la individualización jurisdiccional del derecho. Ella no puede consistir en la simple aplicación indiscriminada, al caso, de una proposición gramatical. La ley es una norma dictada considerando

⁵⁴ FUEYO (1976) p. 43.

⁵⁵ FUEYO (1976) p. 44.

⁵⁶ DUCCI (2006) p. 96.

⁵⁷ *Idem.*, p. 104.

una serie de casos tipos o casos promedios existentes al tiempo de su elaboración. Su validez literal sólo subsistiría en el supuesto improbable de que el caso específico se identifique en forma absoluta con el caso contemplado en la norma: por eso, aplicarla *“cualesquiera que sean sus consecuencias o las circunstancias especiales del caso fallado es una monstruosidad”*.⁵⁸

La letra de la ley es una forma de comunicación a los ciudadanos. El sistema interpretativo busca que mediante esa palabra, el intérprete comprenda el verdadero sentido y alcance de la ley. La forma literal puede ser una expresión defectuosa de la norma a implementar.

Por otra parte, señala Ducci, puede suscitarse un insoluble problema semántico. El primero, la palabra es sólo un instrumento de comunicación y es imposible determinar si la palabra usada por el autor (legislador) en la norma (forma representativa) suscita en el sujeto (intérprete) la misma idea que el primero tuvo al utilizarla. En segundo término, la palabra puede ser equívoca, o sea, tener varias significaciones posibles o suscitar ideas diferentes.

Por último, la palabra puede tornarse equívoca con los años, ya que el lenguaje es un elemento esencialmente variable a través del tiempo. El método gramatical por sí solo no puede determinar si el significado de la palabra va a retrotraerse al que tenía al tiempo de ser empleada por el legislador o en su alcance actual.⁵⁹ En el primer problema, se suscita la discusión que vimos antes con LARENZ y RODRÍGUEZ MOLINERO, de saber si vamos a considerar el significado de la palabra del legislador al dictar la norma jurídica, o por el contrario, el significado será el que le dé, el actual intérprete. En el caso que la palabra tenga varias significaciones, debe considerarse aquella que mejor cuadre con la interpretación en su totalidad. En el último caso, si la palabra varía de significado, debe preferirse la interpretación actual de la palabra.

Puede ocurrir también que al aplicar el tenor literal de la norma, nos lleve a una interpretación absurda o injusta de la norma jurídica. Esto es posible porque la ley es sólo el trasunto de experiencias adquiridas, de soluciones aceptables para casos que el legislador conoció o pudo intuir, pero es imposible que cubra todos los casos eventuales y contemple todas sus variantes específicas. La ley es siempre una solución del caso promedio que el legislador conoció o pudo prever. Puede así suceder que el caso actual, aunque formalmente aparezca comprendido en la norma, no esté jurídicamente

⁵⁸ Ducci (2006) p. 105.

⁵⁹ *Idem.*, p. 107.

cubierto por ella.⁶⁰ Es por ello que debe rechazarse toda interpretación que nos lleve al absurdo. El juez debe desechar la norma formalmente aplicable. Para ello entonces, el juez debe recurrir a los medios supletorios de interpretación de la ley.

En otro sentido, Pablo RODRÍGUEZ GREZ sostiene que en la aplicación del proceso interpretativo, se deben distinguir dos fases: La fase formal y la fase sustancial. Es justamente en la fase formal de interpretación donde encuentra el autor al elemento gramatical, sin embargo, no se refiere a él en ese término (sin excluirlo), ya que prefiere hablar del sentido de la ley.⁶¹ Fijar el verdadero sentido de la norma implica determinar con precisión qué dice la norma, cuál es la proposición que ella contiene, cuál es su exacto significado y, por ende, dejar al descubierto su voluntad e intención. El sentido de la norma está dado por su significado.

El problema, señala el autor, consiste en determinar cuándo debe interpretarse formalmente para desentrañar el verdadero significado de la norma.⁶² Siempre va a ser necesario interpretar, ya que mientras no se realice este proceso, no se va a poder determinar si la norma es clara u oscura. Para ello va a ser necesario recurrir al tenor literal de la norma. Si este tenor literal es claro, entonces la norma no se interpreta en toda su fase formal. En cambio, si el tenor literal de la norma es oscuro, es necesario recurrir a los otros elementos de interpretación. Para determinar si una norma es clara en su tenor literal hay que recurrir a los elementos gramaticales que ofrece la legislación.

Así, tendrá que determinar si las palabras de la ley fueron tomadas en su sentido natural y obvio, si su significado comprende el sentido señalado por el legislador, o en el sentido que le dan los que profesan una misma ciencia o arte. Si se concluye, aplicando estas reglas, que el sentido de la ley es claro, finaliza el proceso interpretativo. Por el contrario, si aplicando estas reglas no es posible determinar en forma precisa el sentido de la ley, hay que seguir adelante con el proceso interpretativo, ahora aplicando los demás elementos de interpretación. En consecuencia, este autor se aleja de la concepción clásica de la utilización de todos los elementos de interpretación para determinar el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica.

⁶⁰ DUCCI (2006) p. 113.

⁶¹ RODRÍGUEZ (2004) p. 71.

⁶² *Idem.*, p. 73.

Por el contrario, le da una importancia primordial al *elemento gramatical*, ya que si aplicando estas reglas logra determinar el sentido de la ley, se agota el proceso interpretativo, sin acudir a los demás elementos interpretativos. RODRÍGUEZ señala “*discrepamos, por consiguiente, de quienes creen que la interpretación obliga a su autor a aplicar todos los elementos que sobre esta materia (y esta fase) contempla la ley. Basta analizar lo que expresa el inciso primero del artículo 19 del Código Civil, para concluir que el sistema ideado en nuestro ordenamiento hace prevalecer el tenor literal cuando el sentido de la ley es claro. Este sentido debe, por lo mismo, indagarse a través de los elementos que componen el tenor literal de la norma, esto es, las palabras y su construcción gramatical*”.⁶³ En consecuencia, sólo una vez determinado que la norma es oscura en cuanto a su tenor literal, pasaremos a una segunda sub fase de interpretación formal, en donde aplicaremos los elementos de interpretación lógico, histórico y sistemático.

CONCLUSIONES

La doctrina de los cuatro elementos de interpretación y particularmente del gramatical se ha señalado que tiene su origen en SAVIGNY, lo cual es bastante discutible por los trabajos de THIBAUT. Sin embargo, con el trabajo de SAVIGNY es posible dar un punto de partida a la discusión respecto de dicho elemento interpretativo, dejando por establecido que todo proceso de interpretación parte con el elemento gramatical, pero que requiere de los demás elementos para concluir el proceso de hermenéutica.

Ahora bien, la forma en que es concebido este elemento gramatical es distinta según sean los autores consultados. No hay una opinión unánime, lo cual es algo de lo cual no se ha alejado nuestra doctrina, particularmente quienes se han dedicado a analizar el fenómeno interpretativo, como lo son los autores de derecho civil. En Chile, aún se distinguen estos cuatro elementos de interpretación, no obstante que Bello no siguió a SAVIGNY en esta materia, sino que al *Código de Louisiana*. En todo caso, sí puede afirmarse que sea recurriendo únicamente al elemento gramatical, o a los demás elementos, hay que alejarse de la máxima de que “*lo claro no necesita de interpretación*”. Todo texto jurídico, por muy claro que parezca necesita de interpretación. La sola circunstancia de determinar si un texto es o no claro, ya merece de interpretación.

⁶³ RODRÍGUEZ (2004) p. 78.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1998): *I Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*(Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 624 p.
- ATIENZA, Manuel (2001): *El sentido del Derecho* (Barcelona, Editorial Ariel) 336 p.
- BERMÚDEZ, Paulina (1999): *Savigny y su Teoría Hermenéutica* (Concepción, Fondo de Publicaciones Universidad de Concepción) 81 p.
- BETTI, Emilio (2006): *La Interpretación Jurídica. Páginas escogidas* (Traducc. Alejandro Vergara Blanco, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 217 p.
- DE CASTRO CID, Benito (2002): *Nuevas Lecciones de Teoría del Derecho* (Madrid, Editorial Universitaria S.A.) 524 p.
- DUCCI CLARO, Carlos (2006): *Interpretación Jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 266 p.
- FRANCO DE LA CUBA, Carlos Miguel (2007): *Elementos de interpretación*, disponible en <www.monografias.com/trabajos14/normajuridica/normajuridica.shtml14>, fecha consulta: 10 abril 2007.
- FUEYO LANERI, Fernando (1976): *Interpretación y Juez* (Santiago, Universidad de Chile y Centro de Estudios *Ratio Juris*) 199 p.
- GUZMAN BRITO, Alejandro (1992): "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", AA.VV., *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Universidad de Chile - Universidad Adolfo Ibáñez) pp. 41 - 87.
- _____ (2004): "Jean Domat y la interpretación de las leyes", *Revista Chilena de Derecho* (vol. XXXI): pp. 39 - 68.
- _____ (2007): *Las reglas del Código Civil de Chile sobre Interpretación de las leyes* (Santiago, Editorial Jurídica Lexis Nexis) 258 p.
- LARENZ, Karl (2001): *Metodología de la ciencia del Derecho* (Barcelona, Editorial Ariel) 536 p.

- QUINTANA BRAVO, Fernando (1979): "Savigny, el Romanticismo, y la Hermenéutica", *Revista de Ciencias Sociales* (n° 14, Tomo II: Savigny y la Ciencia del Derecho): pp. 639 - 659.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jacobo (1967): *Introducción al estudio del derecho y nociones de Derecho Civil* (México, Textos universitarios UNAM) 415 p.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004): *Teoría de la Interpretación Jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 182 p.
- RODRÍGUEZ MOLINERO (1993), Marcelino, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Salamanca, Librería Cervantes) 264 p.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Elkin Alonso (2007): *El problema de la interpretación en la aplicación del Derecho*, disponible en <<http://www.uniboyaca.edu.co/articulo176.pdf>>, fecha consulta: 20 abril 2007.
- SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Rafael (1997): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (México, Editorial Porrúa) 385 p.
- SAVIGNY, Federico Carlos (2004): *Sistema de Derecho Romano actual* (Traducc. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Editorial Analecta) 2576 p.
- VERNENGO, Roberto (1994): *La interpretación literal de la ley* (Buenos Aires, Abeledo - Perrot) 148 p.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ. UNA EVALUACIÓN PRELIMINAR

*The Inter-American Court of Human
rights jurisprudence impact in Peru. A
preliminary evaluation*

IVÁN ARTURO BAZÁN CHACÓN*

RESUMEN: El autor revisa brevemente las veinticinco sentencias de fondo emitidas contra el Estado peruano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre 1995 y el año 2009, las medidas adoptadas por dicho Estado en los ámbitos legislativo, administrativo y jurisprudencial. Pese a que ninguna de las veinticinco sentencias han sido declaradas cumplidas en su totalidad por la Corte Interamericana, por lo que se mantiene abierta la supervisión de su cumplimiento, el documento reflexiona acerca del impacto

* Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Norbert Wiener, Perú <ibazan@wiener-group.com>

Artículo recibido el 15 de diciembre de 2010 y aprobado el 10 de enero de 2011.

significativo de la jurisprudencia de la Corte en la protección y promoción de los derechos humanos en el Perú, en especial al haber comprendido a importantes órganos autónomos del Estado peruano como el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, Ministerio Público y Tribunal Constitucional. Finalmente, el autor formula algunas propuestas para un mejor cumplimiento de las sentencias supranacionales.

PALABRAS CLAVE: Tribunales supranacionales - ejecución de sentencias – reparaciones - restitución en íntegro - tratados de derechos humanos

ABSTRACT: The author checks briefly twenty-five judgments issued against the Peruvian State by the Inter-American Court of Human Rights, between 1995 and the year 2009, the measures adopted by the mentioned State in the legislative, administrative and jurisprudential areas. In spite of that none of twenty-five judgments have been declared fulfilled in its entirety by the Inter-American Court, which keeps its supervision opened on such fulfillment, the document thinks brings over of the significant impact of the jurisprudence of the Court in the protection and promotion of the human rights in Peru, especially on having had understood to important autonomous organs of the Peruvian State as the Congress of the The Republic, the Executive Power, the Judicial Power, Attorney General's office and Constitutional Court. Finally, the author formulates some proposals for a better fulfillment of the supranational judgments.

KEY WORD: Supranational courts – judgments execution – repairs – complete restitution - human rights treaties

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca responder a la siguiente cuestión: ¿cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú? De haberlo habido, ¿ha sido un impacto significativo? Para intentar responder esta pregunta, examinaremos las sentencias que ha expedido la Corte Interamericana sobre el Perú, especialmente sobre el fondo del asunto, desde 1995 hasta el presente año 2010, según un criterio cronológico y temático. No se trata entonces, de hacer un recuento de las medidas del Estado como simple cumplimiento de las obligaciones asumidas desde la suscripción y ratificación de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante CADH) sino de revisar la incidencia específica de algunas decisiones de la Corte en el Perú. Como análisis preliminar, el artículo

no abordará las Medidas Provisionales ni las decisiones de supervisión de sentencia, sino de modo tangencial.

La materia del impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana será abordada en tres niveles: en la normatividad modificada o creada, en las decisiones administrativas del Poder Ejecutivo y en su incorporación en la jurisprudencia de tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional (en adelante TC).¹

El Perú es parte del sistema interamericano de protección, desde que integra la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA)² y por haber suscrito la *CADH* de 22 de noviembre de 1969.³

La participación del Perú en el sistema interamericano ha sido activa, y no exenta de tensiones. Así, el Estado peruano fue el primero de la región que promovió la competencia consultiva de la Corte, con la finalidad de interpretar la expresión “*otros tratados*”, lo cual derivó en la *Opinión Consultiva* n° 1, según se puede apreciar de su propio texto.⁴ Igualmente, en otra oportunidad, el Perú se vio implicado por medidas internas adoptadas como sucedió con la reintroducción de la pena de muerte en el texto constitucional de 1993, lo cual motivó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitara una *Opinión Consultiva* a la CtIDH respecto a la compatibilidad de disposiciones de Derecho interno con la Convención Americana, según se aprecia de la *Opinión Consultiva* n° 14.⁵

Esta interacción dentro del sistema interamericano alcanzó uno de sus puntos más críticos cuando el Estado peruano, en aquel momento gobernado por el ex Presidente Alberto Fujimori, intentó, frustradamente, apartarse de la competencia contenciosa de la Corte. Para ese propósito, el Poder Ejecutivo, a través de un acuerdo del Consejo de Ministros, de 5 de julio de 1999, remitió un Proyecto de Resolución Legislativa mediante el cual pretendió retirarse

¹ Por razones de concisión, no se analizará el impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (en adelante CtIDH) en el comportamiento de órganos constitucionales autónomos como la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional de la Magistratura o el Jurado Nacional de Elecciones, que ameritaría una evaluación de mayor envergadura.

² El Perú suscribió la Carta el 30 abril 1948, la ratificó el 15 mayo 1952 y depositó el instrumento el 12 febrero 1954.

³ El Estado peruano reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el 21 de enero de 1981.

⁴ *Opinión Consultiva* n° 1 (CtIDH, 1982) párrafos 1 y 8.

⁵ Véase la *Opinión Consultiva* n° 14 (CtIDH, 1994) § 2. FAÚNDEZ (2005) pp. 960 y 961.

de la mencionada competencia contenciosa. El Congreso, en el que contaba con mayoría, aprobó rápidamente la iniciativa, plasmada en la Resolución Legislativa N° 27.152, de 1999, que buscaba apartar al Perú de la competencia contenciosa de la Corte, con efecto inmediato. El 9 de julio de 1999, el Gobierno de la República del Perú depositó ante la Secretaría General de la OEA, la declaración unilateral a través de la cual retiró la declaración de reconocimiento de la clausula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la CtIDH.

La respuesta de la Corte fue precisa, ella retiene la competencia sobre su competencia y es maestra de su propia jurisdicción. Así lo definió en las sentencias emitidas en el *caso Ivcher*⁶ y *Tribunal Constitucional*⁷, al declarar inadmisibile el pretendido retiro, con efectos inmediatos de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la CtIDH.

Recuperada la democracia política, el Estado peruano restableció las relaciones con la CtIDH y mediante la Resolución Legislativa N° 27.401, de 2001, dejó sin efecto la Resolución Legislativa N° 27.152 y por acto del Poder Ejecutivo retiró la Declaración del 9 de julio de 1999, reafirmando que la Declaración de reconocimiento de la competencia consultiva de la Corte estuvo vigente en forma ininterrumpida desde el 21 de enero de 1981.

II. LOS CASOS DEL PERÚ ANTE LA CORTE

Una lectura sintética primero, en orden cronológico, entre 1995 y el año 2009 y, luego, por materias, de las sentencias emitidas por la Corte respecto a los casos peruanos, en cuanto al fondo del asunto⁸, nos permitirá analizar brevemente el impacto de la jurisprudencia de la Corte en el Perú.

1. Los Hechos

A) AÑO 1995

- 1.- *Neira Alegría y otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N° 20. Referida a los sucesos del develamiento del penal *El Frontón* en junio de 1986 que concluyó con la muerte de las tres víctimas, de un total de 111

⁶ *Caso Ivcher* (1999, CtIDH, Serie C N° 54) párs. 32 y 34.

⁷ *Caso Tribunal Constitucional* (1999, CtIDH, Serie C N° 55) párs. 31 y 33.

⁸ Sin olvidar que una primera sentencia, en el *caso Cayara* (CtIDH, 1993, Serie C N° 14) ordenó archivar el expediente al concluir que la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana estuvo fuera del plazo.

internos fallecidos. La Corte concluyó que el Estado peruano afectó la libertad personal y limitó ilegalmente el *habeas corpus*, y que incurrió en un uso excesivo de la fuerza que privó de la vida a las víctimas.

B) AÑO 1997

- 2.- *Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C N° 33. Persona juzgada y absuelta por un tribunal militar “*sin rostro*” y derivada luego, por los mismos hechos, al Poder Judicial peruano (tribunal “*sin rostro*”) que le condenó por delito de terrorismo. La Corte encontró vulneraciones a la libertad personal, integridad personal, garantías judiciales, principio de legalidad penal, protección judicial. Ordenó su libertad, que fue cumplida por el Estado peruano en 1997.
- 3.- *Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C N° 34. Persona víctima de desaparición forzada, por obra de integrantes de la Policía Nacional del Perú en el año (1990). Concluyó que se violaron los derechos a la vida, libertad e integridad personal, garantías judiciales y protección judicial.

C) AÑO 1999

- 4.- *Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52. Cuatro personas de nacionalidad chilena condenas por un tribunal militar “*sin rostro*” por el delito de traición a la patria, por sus vínculos con el denominado Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). La Corte encontró violaciones a la libertad personal, garantías judiciales, legalidad e irretroactividad de la ley penal y protección judicial. Ordenó un nuevo juzgamiento con las debidas garantías.
- 5.- *Cesti Hurtado*.⁹ Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C N° 56. Persona que siendo militar en retiro, fue juzgada por delitos comunes por un tribunal militar. La Corte concluyó que hubo violaciones a su libertad personal, a que se le tornó ineficaz el hábeas corpus, a las garantías judiciales y a la protección judicial. También concluyó que el Estado omitió su deber de adoptar medidas para respetar y garantizar los derechos previstos en la Convención Americana. Ordenó que se cumpla una decisión de hábeas corpus a su favor, lo que se logró en el año 1999 con su excarcelación.

⁹ Caso no originado en el conflicto armado interno.

D) Año 2000

- 6.- *Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68. Con sucesos semejantes a los del caso Neira Alegría y otros. La Corte concluyó que hubo violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial.
- 7.- *Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69. Persona detenida y condenada por delito de terrorismo por un tribunal "sin rostro". Fue indultada posteriormente. La Corte, sin embargo, concluyó que se violó su derecho a la libertad personal, integridad personal, garantías judiciales, legalidad e irretroactividad de la ley penal y protección judicial. También identificó algunas normas violadas de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

E) Año 2001

- 8.- *Tribunal Constitucional*.¹⁰ Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71. Tres magistrados del TC peruano destituidos por el Congreso de la República en el contexto de su oposición a la reelección del ex Presidente Fujimori. La Corte concluyó que hubo violaciones a sus garantías judiciales y a la protección judicial. Ordenó la reposición de los tres magistrados.
- 9.- *Ivcher Bronstein*.¹¹ Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74. Empresario de televisión de origen israelí que perdió su nacionalidad y que acarreó que perdiera la propiedad del medio de comunicación. La Corte concluyó que se violaron sus derechos a las garantías judiciales, libertad de expresión, nacionalidad, propiedad y protección judicial.
- 10.- *Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75. Ejecución arbitraria de 15 personas, incluyendo un niño de 8 años de edad y otras cuatro quedaron gravemente heridas, por obra de un destacamento especial denominado *Grupo Colina*, del Servicio de Inteligencia del Ejército, el 3 de noviembre de 1991. Algunos ejecutores materiales fueron juzgados y condenados por un tribunal militar. Dos leyes de amnistía pretendieron en 1995 dejar el crimen impune. La Corte concluyó que dichas normas carecían de efectos jurídicos y aprobó el allanamiento del Estado

¹⁰ Caso no originado en el conflicto armado interno.

¹¹ Caso no originado en el conflicto armado interno.

peruano y un Acuerdo de reparaciones con medidas patrimoniales y no patrimoniales.

F) Año 2003

11.- *Cinco pensionistas*.¹² Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98. Se trataba de jubilados de la Superintendencia de Banca y Seguros que habían ganado procesos judiciales y no se cumplían. La Corte concluyó que se violaron sus derechos a la propiedad privada y a la protección judicial.

G) Año 2004

12.- *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110. Dos hermanos menores de edad, detenidos y ejecutados arbitrariamente por la Policía Nacional el 21 de junio de 1991. La Corte concluyó que hubo violación del derecho a la vida, a la integridad personal, a la honra y dignidad, a las garantías judiciales, a los derechos del niño y a la protección judicial. También la Corte encontró violaciones a algunas disposiciones de la citada Convención interamericana contra la tortura.

13.- *De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C N° 115. Médico de profesión detenida y procesada por delito de terrorismo. La Corte concluyó que se violaron sus derechos a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, legalidad e irretroactividad de la ley penal (el acto médico no es punible) y protección judicial.

14.- *Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119. Estadounidense detenida y condenada por un tribunal militar “*sin rostro*” por delito de traición a la patria. Esa condena fue revisada y el caso derivado al Poder Judicial que la condenó por delito de terrorismo. La Corte concluyó que se le violó su derecho a la integridad personal, garantías judiciales, legalidad e irretroactividad de la ley penal y protección judicial.

H) Año 2005

15.- *Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C N° 121. Dirigente sindical del gremio de los trabajadores de construcción civil ejecutado arbitrariamente, según conclusión de la Corte, por un destacamento del

¹² Caso no originado en el conflicto armado interno.

Estado. La Corte concluyó que se violaron sus derechos a la vida, a las garantías judiciales, a la libertad de asociación y a la protección judicial.

- 16.- *Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 136. Persona desaparecida forzosamente en Lima por el denominado *Grupo Colina*, en 1992. La Corte encontró que se violaron sus derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial.
- 17.- *García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C Nº 137. Se trata de dos personas detenidas y procesadas, en distintos momentos y por diversos hechos, por delito de terrorismo, con posterioridad a la modificación legislativa que en el año 2003 adaptó la normatividad penal y procesal penal a las normas de la CADH, según resolvió el TC peruano. La Corte concluyó que se violaron sus derechos a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, legalidad e irretroactividad de la ley penal.

1) AÑO 2006

- 18.- *Acevedo Jaramillo y otros*.¹³ Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C Nº 144. Se trata de algunos centenares de ex servidores de la Municipalidad Metropolitana de Lima que habiendo ganado 24 procesos judiciales de amparo con sentencia firme en el Poder Judicial y el TC, no habían logrado su cumplimiento por el Estado peruano. La Corte determinó que se habían violado el derecho a la protección judicial y el deber de respetar y garantizar los derechos.
- 19.- *Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C Nº 147. Persona detenida, torturada y ejecutada arbitrariamente en Ayacucho, el 25 de septiembre de 1990, por integrantes del Ejército Peruano. La Corte concluyó que se violó su derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial.
- 20.- *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*.¹⁴ Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C Nº 158. Resultaron cesados 257 servidores del Congreso de la República luego del denominado *autogolpe* del 5 de abril de 1992 y el cierre del Parlamento por el entonces Presidente Alberto Fujimori. La Corte determinó que se violaron los

¹³ Caso no originado en el conflicto armado interno.

¹⁴ Caso no originado en el conflicto armado interno.

derechos de estos trabajadores a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con las obligaciones del Estado de respetar y garantizar derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno.

- 21.- *Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160. Hechos consistentes en las ejecuciones arbitrarias de 41 internos, 37 heridos, una víctima mujer de violación sexual, seis mujeres víctimas de violencia sexual, 147 sobrevivientes y 311 ilesos, en el Penal Miguel Castro Castro, sucedidos entre el 6 y el 9 de mayo de 1992. La Corte concluyó que el Estado peruano violó el derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial.
- 22.- *La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162. Se trató de la desaparición forzada y ulterior ejecución arbitraria de 9 alumnos y un profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle – La Cantuta, el 18 de julio de 1992. La Corte determinó que se violaron los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial.

J) AÑO 2007

- 23.- *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C N° 176. Estas personas fueron secuestradas y ejecutadas arbitrariamente, según la Corte, por agentes no identificados del Estado peruano, el 13 de febrero de 1989. La Corte concluyó que se violaron los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la libertad de asociación y a la protección judicial.

K) AÑO 2009

- 24.- *Acevedo Buendía y otros (“cesantes y jubilados de la Contraloría”)*.¹⁵ Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C N° 198. Se trata de 273 jubilados y cesantes de la Contraloría General de la República que demandaron el reconocimiento del monto de pensiones actualizables y cuyo derecho fue reconocido por dos sentencias firmes del TC, pero que no eran cumplidas. La Corte concluyó que se violaron los derechos de propiedad y a la protección judicial.
- 25.- *Anzualdo Castro*. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Serie C N° 202. Persona desaparecida forzosamente el 16 de diciembre de 1993.

¹⁵ Caso no originado en el conflicto armado interno.

La Corte estableció que el Estado violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial. Asimismo, que violó varias normas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

2. Derechos violados

Los derechos más violados en los 25 casos resueltos, según la Corte, fueron: Protección judicial, en 22 oportunidades; Garantías judiciales, en 20 oportunidades; Integridad personal, en 14 oportunidades; Libertad física, en 12 oportunidades; Vida, en 12 oportunidades; Legalidad e irretroactividad de la ley penal, en 5 oportunidades.

Otros derechos violados por el Estado peruano: Propiedad privada, en 3 oportunidades; Asociación, en 2 oportunidades; y en una oportunidad, derechos del Niño, libertad de pensamiento y de expresión, nacionalidad, reconocimiento de la personalidad jurídica, honra y dignidad.

También la Corte declaró que el Estado del Perú violó normas de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*: art. 1 (obligación de prevenir y sancionar) en 3 oportunidades, art. 2 (definición de tortura) en una oportunidad, art. 6 (adoptar medidas efectivas, tipificar delito de tortura, actuación estatal de oficio) en 4 oportunidades, art. 8 (examen imparcial de toda denuncia de tortura, actuación estatal de oficio) en 4 oportunidades, art. 9 (incorporar normas para una compensación adecuada para las víctimas) en una oportunidad.

Finalmente, la Corte declaró que el Estado del Perú violó también el art. 1.b (obligación de sancionar) de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, en una oportunidad y el art. III del mismo tratado (obligación de tipificar como delito la desaparición forzada de personas) también en una oportunidad. De otro lado, el Estado peruano violó el art. 7, b) de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (adopción de políticas para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer), en 1 oportunidad.

3. Las obligaciones violadas

En los casos del Perú, las obligaciones más vulneradas fueron la de respetar y garantizar derechos (art. 1.1 de la Convención Americana), en 25 oportunidades, y la de adoptar medidas art. 2 de la Convención Americana), en 10 oportunidades.

Ello, dado que cada vulneración de un derecho sustantivo significó, en concepto de la Corte y desde su primera sentencia sobre el fondo del asunto en el caso *Velásquez Rodríguez*, una simultánea transgresión del deber de respetar los derechos y garantizarlos.¹⁶

Una primera reflexión que surge del conjunto de derechos más violados es que el Estado peruano ha sido defectuoso en la actuación de su sistema de justicia, pues los derechos relativos a las garantías judiciales y a la protección judicial han sido los mayormente afectados, en relación con el artículo 1.1 relativo a los deberes del Estado de respetarlos y garantizarlos. Encontramos aquí un problema estructural en el Estado peruano, dado que la diversidad de hechos, algunos relacionados a sucesos producidos en el contexto del conflicto armado interno, y otros asociados a prácticas autoritarias, en su mayor parte acaecieron mientras existía en el Perú una democracia y un Estado de Derecho, al menos nominalmente hablando. En lo que toca a la recuperación de la democracia política, en especial luego de la década de los 90, con el gobierno de Transición Democrática y los sucesivos gobiernos Constitucionales elegidos, ha sido posible avanzar en la actuación del Ministerio Público y del Poder Judicial en la investigación, procesamiento y juzgamiento de algunas graves violaciones de derechos humanos, pero igualmente, la intervención tardía, incompleta o excesivamente lenta, han comprometido la responsabilidad internacional del Estado peruano en este aspecto.

Dicho de otra manera, la sola recuperación del Estado de Derecho no ha sido analizada y valorada por la Corte como una señal positiva que modificar su percepción respecto de sus deberes de investigar los hechos, juzgar a los presuntos responsables y sancionarlas con penas adecuadas a la gravedad de los delitos cometidos. La Corte ha reiterado que es una norma muy alta la del acceso a la justicia, la del debido proceso y la protección judicial.

El derecho a la integridad personal también ha sido vulnerado en 14 ocasiones conocidas por la Corte, mientras que los derechos a la vida y a la libertad personal fueron desconocidos en 12 oportunidades. Algunas posibles razones para ello estarían conectadas con su perpetración durante el conflicto armado interno. Esta situación mereció la atención del Informe Final de la *Comisión de la Verdad y Reconciliación* (en adelante CVR)¹⁷, que realizó un análisis de los delitos más graves, frecuentes y masivos, entre 1980 y el año 2000, y su valoración jurídica. De hecho, de los 25 casos del Perú conocidos

¹⁶ Caso *Velásquez Rodríguez* (CtIDH, 1988, Serie C N° 4) párrafo 162.

¹⁷ Creada por Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, de 2001, y ampliada en su mandato por Decreto Supremo N° 101-2001-PCM, de 2001.

por la Corte, 18 se originaron durante el conflicto armado interno. Es decir, un 72% de los casos se vincula con esa particular situación, mientras que siete (28% de los casos) se asocia a otros conflictos producidos durante el régimen autocrático del ex Presidente Alberto Fujimori.¹⁸ Así, se han identificado violaciones a derechos como a la propiedad, a la nacionalidad, a los derechos del niño, entre otros, mencionados líneas arriba.

Es necesario destacar que además de las violaciones de la CADH, en los casos relacionados con el conflicto armado interno, la Corte determinó que el Estado peruano había desconocido algunas obligaciones pactadas en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En cuanto a las materias, se aprecia que además de las ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas de personas, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes u otras afectaciones a la integridad personal, detenciones arbitrarias, intervención de tribunales militares, también la Corte ha contado con la oportunidad de pronunciarse sobre otros derechos y aspectos discutidos relativos a la libertad de expresión, el derecho de propiedad, propiciado una más amplia intervención de su parte, que ha ingresado a resolver en cuestiones que reflejan las tendencias y problemas actuales de la región.

III. ALGUNAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO PERUANO

La profusión y diversidad de pronunciamientos de la Corte en casos originarios del Perú llevaría a pensar en un conjunto de medidas de gran envergadura para ir de la mano y a la altura de los compromisos internacionales que el Perú se ha comprometido a respetar, en toda circunstancia. Por razones de espacio y tiempo, seleccionaremos algunas de las medidas adoptadas por el Estado peruano en lo relativo a normatividad emitida, asunción de la jurisprudencia de la Corte por los tribunales locales y medidas tomadas por el Poder Ejecutivo.

¹⁸ Casos *Tribunal Constitucional* (CtIDH, 1999, Serie C n° 55), *Cesti Hurtado* (CtIDH, 1999b, Serie C n° 56), *Ivcher Bronstein* (CtIDH, 2001, Serie C n° 74), *Cinco pensionistas* (CtIDH, 2003, Serie C n° 98), *Acevedo Jaramillo y otros* (CtIDH, 2006, Serie C n° 144), *Trabajadores cesados del Congreso* (CtIDH, 2006, Serie C n° 158), *Acevedo Buendía y otros* (CtIDH, 2009, Serie C n° 198).

1. Normatividad

A) LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

La Constitución Política del Perú de 1993 nació luego del autogolpe del 5 de abril de 1992, convalidada por un referéndum de resultado oficial muy ajustado. En tal sentido, si bien se ha criticado dicho texto constitucional por su origen¹⁹ y como contrario a los derechos humanos, en particular contiene algunas disposiciones protectoras, y de suma utilidad, como la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

Igualmente, el propio art. 55 de la Constitución prescribe: *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”*.

Entendiendo que la Constitución no es solo el texto escrito, sino que también ha integrado la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos, su texto se ha incrementado y las normas también, como se apreciará luego con la mención a ciertas decisiones del TC.

B) LA LEY N° 27.775

Entre la normatividad originada por el impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, destaca la promulgación de la Ley N° 27.775, de julio de 2002, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. No contaría con precedentes en la región, salvo Colombia. En primer lugar, la ley declara de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano en Tribunales constituidos por tratados en los que el Perú es parte (art. 1).

¹⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA (2001) pp. 5 y 6: *“Ha sido claro para el Gobierno de Transición el origen espurio de la Carta de 1993, elaborada y aprobada en un escenario de crisis política y moral del país, que ha sido para algunos un estatuto de ocupación que produjo el debilitamiento de los instrumentos de control político y permitió el uso abusivo del poder. Además, dicha Constitución fue aprobada por un Congreso Constituyente cuya existencia no se encontraba prevista por el texto constitucional de 1979, que fue producto de un golpe de Estado y que no tuvo en cuenta las necesidades y cuestionamientos de la ciudadanía y de las instituciones privadas más representativas”*.

Igualmente, la ley dispone las normas para la ejecución de las sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Aquí, el trámite consiste en que el Ministerio de Relaciones Exteriores transcribe la sentencia a la Corte Suprema, la cual remitirá la sentencia a la Sala judicial en que se agotó la jurisdicción interna. En el supuesto que no hubiera habido un proceso judicial, la Corte Suprema derivará la sentencia supranacional al Juez Especializado o Mixto competente para que haga la ejecución de sentencia (art. 2, inc. a).

Para los supuestos en que la sentencia supranacional contenga el pago de una suma de dinero, la Ley N° 27.775 contempla el trámite de derivarse el requerimiento por el Juez Especializado competente al Ministerio de Justicia, por un plazo de diez días (art. 2, inc. b).

En el supuesto de tratarse de una suma de dinero por determinar, la ley precitada prevé un pequeño procedimiento basado en el principio contradictorio, entre el interesado y el Ministerio de Justicia, con una audiencia de conciliación (art. 2, in. c).

En estos dos últimos supuestos, si hubiera que determinar el monto a pagar, la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio que correspondiera, la ley habilita en forma facultativa un procedimiento arbitral entre el Estado y la víctima de la violación de derechos humanos (art. 8).

Si hubiera daños y perjuicios diferentes a los generados por el derecho conculcado, la ley bajo comentario establece que el afectado podrá hacer valer su derecho mediante un proceso abreviado, según el Código Procesal Civil (art. 2, inc. d).

Si la parte interesada pretendiera reparaciones distintas a las reparaciones dispuestas en la sentencia del Tribunal supranacional, la ley faculta al interesado a emplear las normas sobre competencia y vía procedimental previstas en el Código Procesal Civil (art. 3).

Para hacer efectivo los pagos, la ley obliga al Ministerio de Justicia a que incorpore y mantenga una partida exclusiva para atender los pagos de sumas de dinero determinadas o por determinarse originados en mandatos de sentencias emitidas por tribunales internacionales por violación de derechos humanos (art. 7).

Cuando la sentencia supranacional contenga medidas no indemnizatorias, el trámite consiste en que el Juez de ejecución, dentro del plazo de diez días contados desde la comunicación de la Corte Suprema, ordenará a las entidades estatales concernidas el cese de la situación que originó la sentencia

supranacional. En el supuesto que hubiera existido una resolución judicial, el Juzgado deberá adoptar las medidas necesarias para restituir las cosas al estado anterior de la expedición de la sentencia cuestionada. Es decir, brindará una restitución en íntegro (art. 4).

Finalmente, la ley prevé un mecanismo de tramitación de las Medidas Provisionales dispuestas por la Corte, a través de un requerimiento del Juez Especializado o Mixto en un plazo de 24 horas (art. 2, inc. e). En el país, esta norma ha sido ya aplicada a partir de un caso en el que, sin haber llegado a conocimiento de la Corte, por solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado peruano ha sido obligado a dejar sin efecto una medida de extradición de un ciudadano chino, dado que se le pondría en peligro su vida, al ser solicitado por un delito en el que la sanción podría ser la pena de muerte.²⁰

En el momento en que se promulgó la Ley N° 27.775, el Estado peruano había sido condenado en diez sentencias de la Corte y ya existían algunas dificultades para el cumplimiento de las mismas. Por esa razón, y para un mejor cumplimiento de tales mandatos judiciales supranacionales, la nueva ley fijó mecanismos procedimentales que permitían un mejor tratamiento de las reparaciones dinerarias y no dinerarias. Como novedad, la ley introdujo el arbitraje facultativo para determinar sumas pendientes de establecer, como se ha reseñado. En lo que conocemos, únicamente en dos casos se ha aplicado este mecanismo arbitral, en los casos *Cesti Hurtado*²¹ e *Ivcher Bronstein*²², en los cuales los tribunales arbitrales respectivos, emitieron su laudo a favor de tales víctimas. Posteriormente, esta ley ha venido siendo aplicada para las otras quince nuevas sentencias proferidas por la Corte respecto del Perú entre los años 2003 y el año 2009.

C) EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En el desarrollo legislativo, también hay normas que incorporan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el Código Procesal

²⁰ *Caso de Wong Ho Wing* (CtIDH, 2010).

²¹ *Caso Cesti Hurtado* (CtIDH, 2010), pág. 18 y 19.

²² *Caso Ivcher Bronstein* (CtIDH, 2005) pág. 15, da cuenta que hubo un laudo arbitral el 4 de julio de 2005 a favor de Baruch Ivcher Bronstein. El laudo determinó que el Estado debía indemnizar al señor Ivcher por los conceptos de dividendos dejados de percibir (S/12'131,743.00), honorarios dejados de percibir (USD 931,021.00) y pérdida del valor del negocio (S/5'044,878.00). Estos montos incluyeron los intereses legales calculados al 30 de junio de 2005.

Constitucional, aprobado mediante Ley N° 28.237, de mayo de 2004. En particular, toma en cuenta ya no solo la normativa internacional de derechos humanos sino, más allá del texto constitucional, las decisiones de los tribunales internacionales de derechos a los que el Perú reconoce competencia. Así, el artículo V ordena: *"Interpretación de los derechos constitucionales. El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte"*.

Esta disposición, en particular, abre una vía de interpretación de los derechos constitucionales y de los derechos humanos bastante amplia y protectora, razón por la cual resultaba importante reproducir su formulación, para mejor conocimiento del marco jurídico peruano y de cómo ha venido acogiendo y procesando, especialmente, las distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se precisa que actualmente, la Corte mencionada es el único tribunal internacional de derechos humanos del cual es parte el Estado peruano. El Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, del cual también es parte el Estado peruano, no es propiamente un tribunal de derechos humanos sino un tribunal penal internacional, que dilucida la responsabilidad penal de personas naturales, no de Estados (arts. 1 y 25.1 del Estatuto de Roma).

D) EL DECRETO DE URGENCIA N° 30-2005

En el sistema constitucional peruano, el Decreto de Urgencia es una norma expedida por el Presidente de la República y que cuenta con fuerza de ley, para materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional (art. 118, inc. 19 de la Constitución Política del Perú de 1993).

Una muestra de dicha norma, creada en respuesta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es el Decreto de Urgencia N° 30-2005, de 2005, que aprobó el pago por reparaciones en varios casos resueltos por dicha Corte. Estas sentencias obligaban al Perú y venían siendo objeto de insistentes y explicables reclamos por parte de las víctimas de violaciones de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la propia Corte, a través de diversas y reiteradas resoluciones de supervisión de

cumplimiento de sentencias.²³ En tal contexto, la Corte Interamericana había emitido Resolución el 29 de junio de 2005 por medio de la cual comunicaba que los países que incumplieran sus mandatos contenidos en sus sentencias y que hubieran sido requeridos, permanecerían en los informes anuales elevados por la Corte a la Asamblea General de la OEA, a menos que cumplan las sentencias en su integridad.²⁴

Según informó el Ministerio de Justicia, el Decreto de Urgencia mencionado permitió pagar reparaciones en doce casos resueltos por la Corte Interamericana, lo cual, sumado a otros efectuados a partir del año 2001, ascendían a un total de S/32.705.502.30.²⁵ Magnitud significativa para los estándares peruanos, más aún tratándose de reparaciones por violaciones de derechos humanos.

E) EL DECRETO DE URGENCIA N° 052-2010

Por su parte, el Decreto de Urgencia N° 052-2010 de julio de 2010, autoriza al Ministerio de Justicia a compensar obligaciones de pago a cargo del Estado peruano. La precitada norma citó como fundamentación la sentencia de interpretación de la sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas emitida por la CtIDH en el *caso del Penal Castro Castro*, de 2 de agosto de 2008 (Párrafo primero de los considerandos del DU N° 052-2010). Es decir, esta disposición busca evitar que el Estado peruano cancele una reparación ordenada por la Corte Interamericana a favor de las víctimas del *caso del Penal Miguel Castro Castro*, sus familiares y/o herederos, si ellas fueran también deudoras del Estado al haber sido condenadas por el delito contra la tranquilidad pública – terrorismo, en agravio del Estado y con una reparación civil pendiente de pago (art. 1).

²³ Tercer considerando y artículo 3, modificado por el Decreto de Urgencia N° 34-2005, cuyo texto dice:

“Precísase que es responsabilidad del Pliego la atención de las sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada y de las sentencias supranacionales emitidas hasta el 31 de diciembre de 2005, con cargo a su presupuesto institucional autorizado y en el marco de la normatividad vigente. Esto incluye las indemnizaciones establecidas por dichas sentencias, las otras obligaciones que se han determinado con carácter reparatorio, así como los Acuerdos de Solución Amistosa que obliguen al Estado peruano aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

²⁴ *Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CtIDH, 2005) punto resolutive 1.

²⁵ Según Oficio N° 291-2006-OGA/MJ de fecha 28 de febrero de 2006. Archivo del Ministerio de Justicia.

F) *LEY DEL SISTEMA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO*

Mediante Decreto Legislativo N° 1.068, el Poder Ejecutivo promulgó la *Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado*, de junio de 2008. Esta norma organiza a la defensa jurídica del Estado en sede judicial nacional y supranacional. En particular, crea el cargo de un Procurador Público Supranacional, el cual se encargará de ejercer la defensa jurídica del Estado en instancias supranacionales (art. 20.1). Entonces, este funcionario asume el cargo de Agente del Estado (art. 20.2).

2. Decisiones del Poder Ejecutivo

A) MEDIDAS DE ORDEN GENERAL

a. El Consejo Nacional de Derechos Humanos

La aprobación del entonces nuevo *Reglamento del Consejo Nacional de Derechos Humanos*, del Ministerio de Justicia, mediante Decreto Supremo N° 015-2001-JUS, de 2001, prevé en el art. 23, inc. c), que la *Comisión Especial de Seguimiento y Atención de los Procedimientos Internacionales* (CESAPI), entre sus funciones, cuenta con la de coordinar y supervisar el cumplimiento de las sentencias de órganos internacionales de carácter internacional, sobre los cuales el Estado haya consentido en la correspondiente competencia contenciosa. En el contexto en que se aprobó dicha norma, de restablecimiento de las relaciones con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cobraba mucho sentido que exista un órgano especializado en dar seguimiento y supervisión a las sentencias entonces proferidas por dicho tribunal supranacional.

b. La Comisión de la Verdad y Reconciliación

Como parte del esfuerzo por enfrentar las secuelas del conflicto armado interno que desangró al país, el Gobierno de Transición del ex Presidente Valentín Paniagua creó la Comisión de la Verdad la que fue modificada en su denominación y composición por el Gobierno del ex Presidente Alejandro Toledo, llamándose finalmente Comisión de la Verdad y Reconciliación (en adelante, también CVR).

Dentro de su mandato se le confirió atribuciones para analizar las condiciones políticas, sociales y culturales, así como los comportamientos que, desde la sociedad y las instituciones del Estado, contribuyeron a la situación de violencia por la que atravesó el Perú. Igualmente, se le dio poder para contribuir al esclarecimiento por los órganos jurisdiccionales respectivos, cuando

corresponda, de los crímenes y violaciones de derechos humanos cometidos por organizaciones terroristas o algunos agentes del Estado. Además, se le encargó que en lo posible, identifique las presuntas responsabilidades. Es decir, sus conclusiones en este aspecto no son vinculantes, no obligan a la autoridad jurisdiccional. Otra atribución muy importante fue la de proponer medidas de reparación y dignificación de las víctimas y de sus familiares, así como recomendar reformas institucionales, legales, educativas y otras.

El Informe final de la CVR, presentado oficialmente el 2003, asumió la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte como parte necesaria y vinculante del marco jurídico en el que ejerció su mandato. La jurisprudencia de la Corte anterior a 2002 y 2003 influyó en su redacción y evaluación de las obligaciones internacionales del Estado peruano. Como un ejemplo de esta idea, la CVR conceptúa que los tratados de derechos humanos difieren de los otros tratados en un punto central, dado que su objeto es la “*protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*”, apoyándose en la *Opinión Consultiva n° 2* de la CtIDH, pág. 29.²⁶

Actualmente, constatamos un fenómeno de interacción, puesto que en las sentencias de varios casos peruanos, la CtIDH ha asumido algunas conclusiones del Informe Final de la CVR, dándole un peso que ni siquiera los tribunales locales habían tomado en cuenta.²⁷ Ahora, existe una interacción muy importante.

c. Reglamento sobre Agentes del Estado peruano ante la Corte Interamericana

Mediante Decreto Supremo N° 007-2005-JUS, de 2005, el Poder Ejecutivo aprobó el *Reglamento para la designación y desempeño de los Agentes del Estado Peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en el cual se detalla en forma expresa que uno de los requisitos para la designación del representante jurídico del Estado peruano debía ser los estudios o práctica especializada en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (art. 6).

La norma evidenciaba la preocupación y responsabilidad del Estado peruano por ejercer una defensa en el sistema interamericano de protección coherente con el promover y proteger los derechos humanos, como dispone

²⁶ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (2003) 1ª Parte, Secc. 1°, Cap. 4, punto 4.2.2. *La dimensión jurídica de los hechos*.

²⁷ Véase Casos *La Cantuta* (CtIDH, 2006, Serie C n° 162) pág. 224 y *Penal Miguel Castro Castro* (CtIDH, 2006, Serie C n° 160) pág.197.

el art. 44 de la Constitución Política del Estado y el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos (art. 2).

Actualmente, esta norma estaría tácitamente derogada por el Decreto Legislativo N° 1.068 comentado líneas arriba.

d. El Plan Nacional de Derechos Humanos

En atención al compromiso asumido durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que adoptó la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de 12 de julio de 1993, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Supremo N° 017-2005-JUS, de 2005, que aprobó el *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006 - 2010*, elaborado por el Consejo Nacional de Derechos Humanos. Mediante esta herramienta de gestión, el Estado en su conjunto buscaba reforzar los mecanismos nacionales para promover y proteger los derechos humanos y garantizar la conformidad de la legislación y prácticas nacionales con las obligaciones internacionales del Estado peruano (punto I.1.8.1).

Dentro del marco conceptual y jurídico sobre las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos, el Plan se apoya en la jurisprudencia de la Corte para establecer la relación estrecha entre las libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho, citando en forma expresa el caso *Yatama*²⁸, y asociándolo con la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana (punto I.1.2). Conceptos como la de garantía colectiva y el carácter objetivo de las obligaciones que emanan de un tratado de derechos humanos (punto I.1.3.1), forman parte sustancial del fundamento ético y jurídico de este Plan Nacional, acogiendo pronunciamientos y criterios de la CtIDH también en el sentido de reafirmar que sobre sus sentencias "*los órganos nacionales tienen la obligación de cumplimiento a las mismas dentro de los plazos fijados por la Corte*" (punto I.1.5).

B) MEDIDAS DE ORDEN ESPECÍFICO ACATANDO SENTENCIAS

El Estado peruano ha venido cumpliendo diversas medidas específicas ordenadas por la CtIDH, consistentes en medidas no patrimoniales como los actos de desagravio público²⁹, la publicación de sentencias de la Corte en el

²⁸ Caso *Yatama* (CtIDH, 2005, Serie C n° 127).

²⁹ Tales como los realizados en los Casos *Huilca Tecse* (CtIDH, 2005, Serie C n° 121), *Hernanos Gómez Paquiyauri* (CtIDH, 2004, Serie C n° 110) y *La Cantuta* (CtIDH, 2006, Serie C n° 162) en la sede del Ministerio de Justicia en Lima.

diario oficial y en diarios de circulación nacional³⁰, asumiendo prestaciones educativas³¹, prestaciones de salud, entre otras medidas.

Asimismo, el Estado peruano, como se ha explicado en el punto precedente de expedición de normas destinadas a pagar indemnizaciones ordenadas por la Corte, ha cumplido con reparar en términos patrimoniales o reintegrar gastos a un conjunto de víctimas de violaciones de derechos humanos reconocidas por la Corte, en forma parcial o total.³²

3. *Jurisprudencia*

En este punto, mencionaremos algunas decisiones del TC que en materia de derechos humanos ha sido muy protectora, en desarrollo y aplicación de la Constitución Política del Perú de 1993 y del Código Procesal Constitucional mencionados anteriormente, en forma consistente con las obligaciones establecidas en la CADH y la jurisprudencia de la CtIDH.

Así, el TC ha resuelto que se puede aplicar de forma directa el Derecho internacional por parte de los operadores jurídicos internos.

A) *APLICACIÓN DIRECTA DEL DERECHO INTERNACIONAL*

Toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados de derechos humanos y en la jurisprudencia de los órganos internacionales a los que el Perú reconoce competencia.³³

³⁰ Casos *Durand y Ugarte* (CtIDH, 2000, Serie C n° 68), *Cantoral Benavides* (CtIDH, 2000, Serie C n° 69), *La Cantuta* (CtIDH, 2006, Serie C n° 162), *Penal Miguel Castro Castro* (CtIDH, 2006, Serie C n° 160), entre otros.

³¹ Caso *Cantoral Benavides* (CtIDH, 2000, Serie C n° 69).

³² Casos *Neira Alegría y otros* (CtIDH, 1995, Serie C n° 20), *Castillo Páez* (CtIDHn 1997, Serie C n° 34), *Loayza Tamayo* (CtIDH, 1997, Serie C n° 33), *Tribunal Constitucional* (CtIDH, 1999, Serie C n° 55), *Cantoral Benavides* (CtIDH, 2000, Serie C n° 69), *Barrios Altos* (CtIDH, 2001, Serie C n° 75), *Durand y Ugarte* (CtIDH, 2001, Serie C n° 68), *Ivcher Bronstein* (CtIDH, 2001, Serie C n° 74), *Cinco pensionistas* (CtIDH, 2003, Serie C n° 98), *Berenson Mejía* (CtIDH, 2004, Serie C n° 119), *De la Cruz Flores* (CtIDH, 2004, Serie C n° 115), *García Asto y Ramírez Rojas* (CtIDH, 2005, Serie C n° 137), *Gómez Palomino* (CtIDH, 2005, Serie C n° 136), *Huilca Tecse* (CtIDH, 2005, Serie C n° 121), *Acevedo Jaramillo y otros* (CtIDH, 2009, Serie C n° 198).

³³ Caso *Gabriel Vera Navarrete* (TC, 2004) pág. 8.

B) RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Igualmente, el TC ha resuelto que los tratados de derechos humanos "*constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades*".³⁴

En esa línea de argumentación, el TC ha decidido que los tratados de derechos humanos cuentan con rango constitucional, tal como lo establecía el propio texto de la Constitución Política del Perú de 1979: "*no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional*".³⁵

C) VINCULACIÓN DEL ESTADO PERUANO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Otro aspecto de relevancia es que el TC ha declarado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es obligatoria y vincula a todos los poderes públicos en su parte resolutive y en su *ratio decidendi*, aunque el Perú no haya sido parte del caso llevado ante el citado tribunal supranacional.³⁶

En coherencia con dicho planteamiento, el TC peruano cita y fundamenta sus resoluciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a casos no originados en el Perú.³⁷

Una de las situaciones de mayor impacto respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido el recibir y dar curso a la sentencia emitida en el caso *Barrios Altos*, en el que la Corte concluyó que dos leyes de amnistía del Perú, "*carecen de efectos jurídicos*"³⁸, permitiendo entonces que el Ministerio Público y el Poder Judicial, respectivamente, puedan continuar las investigaciones, impulsar el proceso y llegar al juzgamiento de los presuntos responsables de los hechos que motivaron el caso mencionado. Cuando algunas personas afectadas, por dejarse sin efecto las leyes de amnistía N^{os} 26.479 y 26.492, demandaron la ilegalidad de su detención y procesamiento por supuesta violación de la cosa juzgada que se habría generado en las sentencias de un tribunal militar, el TC, ha desestimado en forma consistente

³⁴ Caso *José Claver Nina-Quispe-Rte. Gob. Regional de San Martín c. Congreso de la República* (TC, 2010) fundamento jurídico 22.

³⁵ Caso *del Colegio de Abogados de Arequipa y otro sobre CNM* (TC, 2006) fundamento jurídico 33.

³⁶ Caso *Colegio de Abogados del Callao* (TC, 2007) fundamento jurídico 36.

³⁷ Caso *Villegas Namuche* (TC, 2004) pár. 3, en el que el TC se respalda en el caso *Velásquez Rodríguez* (CtIDH, 1988, Serie C n^o 4) sobre desaparición forzada de personas.

³⁸ Caso *Barrios Altos* (CtIDH, 2001, Serie C n^o 75) pár. 44.

dichas pretensiones, fundamentándose en la jurisprudencia de la CtIDH existente al respecto.³⁹ En adición, esta medida de la CtIDH ha sido calificada como: “... la primera vez que una jurisdicción internacional declara que las leyes nacionales carecen de efectos jurídicos dentro del sistema estatal en que fueron adoptadas y, por consiguiente, obliga al Estado a actuar como si jamás se hubiesen sancionado”.⁴⁰

IV. EVALUACIÓN PRELIMINAR

Una evaluación preliminar de las medidas adoptadas por el Estado peruano en lo referente a la normatividad, medidas administrativas o normativas del Poder Ejecutivo y jurisprudencia del TC, sustentan la respuesta inicial de que sí ha habido un impacto de la jurisprudencia de la CtIDH en el Perú, si bien asumido de diverso modo por distintos órganos internos del Estado. Esta cuestión, si bien es irrelevante a la luz del Derecho internacional, cobra importancia desde la perspectiva de encontrar los obstáculos o dificultades realmente existentes para dar pleno cumplimiento y efectividad a las sentencias de la Corte, como dispone el art. 67 de la CADH.

La segunda reacción a esta respuesta inicial es que el impacto generado por la jurisprudencia de la Corte ha sido más bien positivo, contribuyendo a restablecer los derechos de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos y de sus familiares, así como contribuyendo a la protección y promoción de los derechos humanos de todos los peruanos y peruanas.

No obstante lo anterior, una mirada panorámica a los casos de Perú revelaría que aún ninguna de las 25 sentencias sobre el Fondo del asunto ha sido considerada por la Corte como totalmente cumplida, disponiendo su archivo definitivo.

Contrasta esta situación con otro país, como Chile, con cuatro casos, comparativamente pocos en relación al Perú, en cuyo caso *Claude Reyes y otros*, concedió al Estado chileno el plazo de un año para el cumplimiento de las medidas dispuestas.⁴¹ El caso ha sido oficialmente declarado archivado al darse por cumplidas todas las medidas ordenadas por la Corte.⁴²

³⁹ *Santiago Martin Rivas* (TC, 2005) párs. 42, 43 y 52 a 64; *Santiago Martin Rivas* (TC, 2007) párs. 18, 27 y 33 a 50.

⁴⁰ CASSESE (2004) p. 23.

⁴¹ *Caso Claude Reyes y otros* (CtIDH, 2006, Serie C N° 151) pár. 10.

⁴² *Caso Claude Reyes y otros* (CtIDH, 2008) puntos resolutivos 1 y 2.

Las razones del incumplimiento o del cumplimiento parcial pueden ser diversas, lo cual es explicado por el Estado peruano y se recoge en cada resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia. Si bien cada caso es diferente a otro, incluso de entre los que provienen del mismo país, podemos encontrar, entre otros, un elemento común, que los tiempos dispuestos por la Corte no son los que se conforman a la actividad y respuesta del Estado peruano.

La Corte suele disponer el plazo de un año para cumplir con sus medidas de reparación. Véanse las sentencias de reparación en los casos en que se expedían sentencias de Reparaciones en un acto jurisdiccional posterior a la emisión de la sentencia de Fondo⁴³, y las más recientes contra el Perú en que se adopta una sentencia en la que se resuelven las Excepciones, si se plantearon, el Fondo, las Reparaciones y las Costas.⁴⁴ En el caso del *Penal Miguel Castro Castro* dispuso dieciocho meses para el cumplimiento de ciertas reparaciones patrimoniales.

Desde la perspectiva de la Corte, se trata de un plazo razonable y suficiente. Desde la perspectiva de las víctimas de las violaciones de derechos humanos, el plazo es prolongado, pues ya invirtieron varios años de su vida en el litigio en sede nacional y algunos años adicionales en el sistema interamericano, primero ante la Comisión y luego ante la Corte, si bien el promedio de duración de los procesos en ésta se ha reducido considerablemente, de 40.5 meses, en aplicación del Reglamento de la Corte de 1996, a 17.75 meses entre los años 2006 a 2009, aplicando el Reglamento de la Corte del año 2000.⁴⁵ Se puede agravar la situación cuando en algunos casos el trámite

⁴³ Casos *Neira Alegría y otros* (CtIDH, 1995, Serie C n° 20), *Castillo Páez* (CtIDH, 1997, Serie C n° 34), *Loayza Tamayo* (CtIDH, 1997, Serie C n° 33), *Cesti Hurtado* (CtIDH, 1999, Serie C n° 56), *Cantoral Benavides* (CtIDH, 2000, Serie C n° 69), *Durand y Ugarte* (CtIDH, 2000, Serie C n° 98).

⁴⁴ Sentencias en los casos *La Cantuta* (CtIDH, 2006, Serie C n° 162), *Acevedo Jaramillo y otros* (CtIDH, 2006, Serie C n° 164), *Trabajadores cesados del Congreso* (CtIDH, 2006, Serie C n° 158), entre otras.

⁴⁵ Tiempo contado desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia de Reparaciones o de la sentencia de Fondo que abarca el pronunciamiento sobre Reparaciones. Documento titulado *Origen, atribuciones y estructura de la Corte*, pp. 10 y 11. Disponible en <<http://scm.oas.org/pdfs/2010/Corte/Textos/ESP/I.PDF>>, fecha consulta: 3 octubre 2010.

de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna fue singularmente dilatado.⁴⁶

Desde la perspectiva del Estado, el plazo es brevísimo. Al menos ello se desprende del tiempo promedio en que viene cumpliendo la ejecución de las prestaciones determinadas, en lo patrimonial y en lo no patrimonial. Como esto supone una evaluación de todas las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias, el análisis escapa al propósito de este trabajo. De momento, baste con acotar que en una muestra de cinco casos (un 20% del total de casos peruanos en ejecución de sentencia), el tiempo de duración de la ejecución de la sentencia de Reparaciones era de 14 años en el caso *Neira Alegría*⁴⁷, nueve años en el caso *Cesti Hurtado*⁴⁸, tres años en el caso *Gómez Palomino*⁴⁹, dos años en el caso *La Cantuta*⁵⁰, y dos años en el caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*.⁵¹ Esto hace un promedio de seis años de prolongación de la ejecución de sentencia de la Corte Interamericana sin que se hayan cumplido en su integridad.

Entre las opciones de solución, una primera opción consistiría en que el Estado se adecúe al plazo dispuesto por la Corte. En cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos y del artículo 67 de la Convención Americana.

⁴⁶ Como se aprecia en un caso que lleva 15 años en la etapa de instrucción, *caso Baldeón García* (CtIDH, 2006, Serie C n° 147) pág. 153; o 18 años sin que la investigación haya prosperado hasta formalizar denuncia penal contra una persona individualizada, *caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz* (CtIDH, 2007, Serie C n° 176) pág. 126.

⁴⁷ *Caso Neira Alegría* (CtIDH, 2009) punto resolutive 4, mantiene la supervisión sobre el punto pendiente de la sentencia de Reparaciones *Caso Neira Alegría* (CtIDH, 1996, Serie C n° 29).

⁴⁸ *Caso Cesti Hurtado* (CtIDH, 2010) punto declarativo 1 y punto resolutive 1, mantiene la supervisión sobre varios puntos pendientes de las sentencias de Fondo *Caso Cesti Hurtado* (CtIDH, 1999b, Serie C n° 56), interpretación de la sentencia de Fondo *Caso Cesti Hurtado* (CtIDH, 2000, Serie C n° 65), y de la sentencia de Reparaciones *Caso Cesti Hurtado* (CtIDH, 2001, Serie C n° 68).

⁴⁹ *Caso Gómez Palomino* (CtIDH, 2009) punto declarativo 2 y punto resolutive 1, mantiene la supervisión sobre varios puntos de la sentencia de Fondo, Reparaciones, Gastos y Costas *Caso Gómez Palomino* (CtIDH, 2005, Serie C n° 136).

⁵⁰ *Caso La Cantuta* (CtIDH, 2009) puntos declarativos 2 y 3, punto resolutive 4, mantiene la supervisión sobre varios puntos pendientes de la sentencia de Fondo, Reparaciones, Costas y Gastos *La Cantuta* (CtIDH, 2006, Serie C n° 162).

⁵¹ *Huamaní y García Santa Cruz* (CtIDH, 2009) punto declarativo 2 y punto resolutive 1.

Supone, en el caso del Estado peruano, modificaciones en la *Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto* N° 28.411, de diciembre de 2004, en particular al artículo 70 y siguientes, relativo al pago de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada. Esta norma no ha previsto disposiciones especiales para que las sentencias de la Corte Interamericana, por lo cual, a ellas se le aplica el régimen común de programación de pago hasta en cinco años. Dicho de otra manera, la regulación interna comprende plazos mucho más amplios que los que concede el tribunal supranacional para pagar mandatos judiciales. Ello conciliaría también el respeto de la Ley N° 27.775 y su procedimiento de ejecución de sentencias internacionales.

Una segunda opción consistiría en que la Corte, en lo sucesivo, establezca plazos más largos para que el Estado pueda cumplir cabalmente con lo resuelto, como ya fijó en el *caso del Penal Miguel Castro Castro* comentado.⁵² Otra sentencia que podría indicar ese camino sería la sentencia en el *caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, en la cual la Corte ha concedido el plazo de dos años para que dicho Estado cumpla con adoptar las medidas de reparación de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y reintegro de costas y gastos.⁵³

En cuanto a un balance más global, se aprecia que el Estado peruano al recibir los mandatos de la Corte ha puesto en marcha un conjunto de mecanismos jurisdiccionales, legislativos y administrativos que viene involucrando a órganos del Poder Ejecutivo, órganos jurisdiccionales como el Poder Judicial y el TC y, órganos legislativos como el Congreso de la República, algunos de los cuales gozan de autonomía reconocida por la Constitución Política del Perú.

Destaca el hecho que pese a los avances parciales en la plena ejecución de la totalidad de las sentencias de la Corte Interamericana, las medidas han trascendido los períodos gubernamentales internos, al menos desde 1995, obligando a la intervención de cuatro administraciones desde aquel año a la fecha. Eventualmente, con prescindencia del período 1995 - 2000, en el que se confrontó a la CtIDH pretendiendo evadir su competencia contenciosa, en los años siguientes se ha mantenido una política de Estado esforzadamente consistente con las obligaciones internacionales contraídas bajo la CADH y su interpretación y aplicación por la CtIDH.

⁵² *Caso del Penal Miguel Castro Castro* (CtIDH, 2006), pár. 470.14 y 470.18 a 470.23.

⁵³ *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek* (CtIDH, 2010, Serie C N° 214, punto resolutivo 27.

Esa política de estado que trasciende a los gobiernos de transición democrática y a los siguientes Presidentes Constitucionales de la República es una señal positiva, con todos los matices que se puedan detectar para el Estado peruano y la protección y garantía de los derechos humanos de sus ciudadanos. Una señal de ello podría ser la invitación a sesionar a la Corte Interamericana en la ciudad de Lima, en el mes de abril del año 2010.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El Perú es el país con el más alto número de casos del total en la región. Resulta ser el país más condenado en el sistema interamericano de protección. También posee un considerable índice de violaciones de los derechos del núcleo inderogable de los mismos (derecho a la integridad personal y derecho a la vida, aunque detrás de las garantías judiciales y protección judicial). Es un dato indicador de la comisión de delitos de lesa humanidad y revelador de las circunstancias que le ha tocado vivir al país.

No obstante ello, se constata una creciente diversificación y ampliación de las esferas de protección de los derechos civiles y políticos por parte de la Corte Interamericana al pronunciarse respecto de los derechos a la libertad de expresión, derechos del niño, derecho de propiedad, entre otros.

Un balance que pretenda ser equilibrado, debe sugerir que la jurisprudencia sobre el fondo de los asuntos llevados a la Corte ha producido un impacto significativo en el Perú, aunque ello no ha conllevado a la lógica consecuencia de cumplirse la integridad de los fallos en la jurisdicción interna. Se identifican algunos obstáculos que de momento no han sido removidos pese a las medidas de orden normativo, administrativo y jurisprudencial emprendidas por diversos órganos del Estado peruano.

Resalta que la política general del Estado peruano en derechos humanos ha sido continua e incluso progresiva, como dan cuenta las fechas y períodos gubernamentales diversos en los que se ha producido esta situación jurídica: en regímenes democráticos (Ex Presidentes Belaúnde, García –con un segundo mandato constitucional, Paniagua, Toledo) e incluso en aquellos que pretendieron prescindir de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana (ex Presidente Fujimori). Tal política general es consistente con la unidad y continuidad del Estado en el Derecho internacional.

A modo de reflexión, se podría sugerir que el déficit de ejecución de las sentencias supranacionales en el Perú se encontraría en la debilidad, carencia, indiferencia o falta de voluntad política para aplicar a plenitud todos los compromisos internacionales contraídos.

Ello pese a existir un creciente y sostenido empleo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular de la CADH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por los tribunales peruanos, en especial, por el TC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CASSESE, Antonio (2004): "¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional?", CASSESE, Antonio y DELMAS MARTY, Mireille (editores), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales* (Bogotá, Editorial Norma) pp. 19 - 41.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (2003): *Informe final*. Disponible en <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20I/Primera%20Parte%20El%20Proceso-Los%20hechos-Las%20v%EDctimas/Seccion%20Primera-Panorama%20General/4.%20LA%20DIMENSION%20JURIDICA%20DE%20LOS%20HECHOS.pdf>>, fecha consulta: noviembre 2010.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2005): *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales* (3ª edición, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) 1053 p.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2001): *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú* (Lima, Ministerio de Justicia - Konrad Adenauer Stiftung) 109 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política del Perú de 1979, y de 1993.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada por el Estado peruano mediante Decreto Ley N° 22.231 de 11 julio 1978, ratificada el 28 julio 1978 y en la Décima Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución Política de 1979.

Decreto de Urgencia N° 030-2005, Autoriza Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005. *Diario Oficial El Peruano*, 30 noviembre 2005.

Decreto de Urgencia N° 034-2005, Modifica algunos artículos del Decreto de Urgencia N° 30-2005. *Diario Oficial El Peruano*, 21 diciembre 2005.

Decreto de Urgencia N° 052-2010, Autoriza al Ministerio de Justicia para compensar obligaciones de pago de cargo del Estado Peruano. *Diario Oficial El Peruano*, 28 julio 2010.

Decreto Legislativo N° 1068, Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado. *Diario Oficial El Peruano*, 28 junio 2008.

Decreto Ley N° 22.231, Aprueba CADH. *Diario Oficial El Peruano*, 12 julio 1978.

Decreto Supremo N° 007-2005-JUS, Aprueba Reglamento para la designación y desempeño de los Agentes del Estado Peruano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diario Oficial El Peruano*, 15 julio 2005.

Decreto Supremo N° 015-2001-JUS, Aprueban el Reglamento del Consejo Nacional de Derechos Humanos. *Diario Oficial El Peruano*, 28 abril 2001.

Decreto Supremo N° 017-2005-JUS, Aprueba el Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010 elaborado por el Consejo Nacional de Derechos Humanos. *Diario Oficial El Peruano*, 11 diciembre 2010.

Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, Crea la Comisión de la Verdad. *Diario Oficial El Peruano*, 4 junio 2001

Decreto Supremo N° 101-2001-PCM, Modifica denominación de la Comisión de la Verdad por la de Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Diario Oficial El Peruano*, 4 septiembre 2001.

Ley N° 26.479, Conceden amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos. *Diario Oficial El Peruano*, 15 junio 1995.

Ley N° 26.492, Precisa interpretación y alcances de amnistía otorgada por la Ley N° 26479. *Diario Oficial El Peruano*, 2 julio 1995.

Ley N° 27.775, Regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. *Diario Oficial El Peruano*, 7 julio 2002.

Ley N° 28237, Aprueba el Código Procesal Constitucional. *Diario Oficial El Peruano*, 31 mayo 2004.

Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. *Diario Oficial El Peruano*, 8 diciembre 2004.

Resolución Legislativa N° 27.152, que aprueba el retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diario Oficial El Peruano*, 8 julio 1999.

Resolución Legislativa N° 27.401, Deroga la Resolución Legislativa N° 27.152 y encarga al Poder Ejecutivo realizar todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que haya generado dicha Resolución Legislativa, restableciéndose a plenitud para el Estado peruano la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diario Oficial El Peruano*, 19 enero 2001.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

A) SENTENCIAS⁵⁴

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988): Sentencia sobre el Fondo, 29 julio 1988, Serie C N° 4.

Caso Cayara Vs. Perú (1993): Sentencia sobre Excepciones Preliminares, 3 febrero 1993, Serie C N° 14.

Caso Neira Alegría y otros vs. Perú (1995): Sentencia sobre el Fondo, 19 enero 1995, Serie C N° 20.

Caso Neira Alegría y otros vs. Perú (1996): Sentencia de Reparaciones y Costas, 19 septiembre 1996, Serie C n° 29.

Caso Castillo Páez vs. Perú (1997): Sentencia sobre el Fondo, 3 noviembre 1997, Serie C N° 34.

Caso Loayza Tamayo vs. Perú (1997): Sentencia sobre el Fondo, 17 septiembre 1997, Serie C N° 33.

⁵⁴ Jurisprudencia disponible en el Sitio Web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>, fecha consulta: 10 diciembre 2010.

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999): Sentencia, 30 mayo 1999, Serie C N° 52.

Caso Cesti Hurtado vs. Perú (1999a): Sentencia sobre Excepciones Preliminares, 26 enero 1999, Serie C N° 49.

_____ (1999b): Sentencia sobre el Fondo, 29 septiembre 1999, Serie C N° 56.

Caso Ivcher vs. Perú (1999): Sentencia sobre Competencia, 24 septiembre 1999, Serie C N° 54.

Caso Tribunal Constitucional vs. Perú (1999): Sentencia sobre Competencia, 24 septiembre 1999, Serie C N° 55.

Caso Cesti Hurtado vs. Perú (2000): Interpretación de la Sentencia de Fondo, 29 enero 2000, Serie C N° 65.

Caso Cantoral Benavides vs. Perú (2000): Sentencia sobre el Fondo, 18 agosto 2000, Serie C N° 69.

Caso Durand y Ugarte vs. Perú (2000): Sentencia sobre el Fondo, 16 agosto 2000, Serie C N° 68.

Caso Cesti Hurtado vs. Perú (2001): Sentencia sobre Reparaciones, 21 mayo 2001, Serie C N° 78.

Caso Durand y Ugarte vs. Perú (2001): Sentencia sobre de Reparaciones, 3 diciembre 2001, Serie C N° 89.

Caso Ivcher vs. Perú (2001): Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 6 febrero 2001, Serie C N° 74.

Caso Tribunal Constitucional vs. Perú (2001): Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 31 enero 2001, Serie C N° 71.

Caso Barrios Altos vs. Perú (2001): Sentencia sobre el Fondo, 14 marzo 2001, Serie C N° 75.

Caso Cinco pensionistas vs. Perú (2003): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 28 febrero 2003, Serie C N° 98.

Caso Berenson Mejía vs. Perú (2004): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 25 noviembre 2004, Serie C N° 119.

Caso De la Cruz Flores vs. Perú (2004): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 18 noviembre 2004, Serie C N° 115.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 8 julio 2004, Serie C N° 110.

Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (2005): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 25 noviembre 2005, Serie C N° 137.

Caso Gómez Palomino vs. Perú (2005): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 22 noviembre 2005, Serie C N° 136.

Caso Huilca Tecse vs. Perú (2005): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 3 marzo 2005. Serie C N° 121.

Caso Yatama vs. Nicaragua (2005): Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 junio 2005, Serie C N° 127.

Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (2006): Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 febrero 2006, Serie C N° 144.

Caso Baldeón García vs. Perú (2006): Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 6 abril 2006, Serie C N° 147.

Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (2006): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 19 septiembre 2006, Serie C N° 151.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006): Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 25 noviembre 2006, Serie C N° 160.

Caso La Cantuta vs. Perú (2006): Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 29 noviembre 2006, Serie C N° 162.

Caso Trabajadores cesados del Congreso (Alfaro Aguado y otros) vs. Perú (2006): Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 noviembre 2006, Serie C N° 158.

Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007): Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 10 julio 2007, Serie C N° 176.

Caso Acevedo Buendía y otros (“cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (2009): Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 julio 2009, Serie C N° 198.

Caso Anzualdo Castro vs. Perú (2009): Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 septiembre 2009, Serie C N° 202.

Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010): Sentencia sobre el Fondo, Reparaciones y Costas, 24 agosto 2010, Serie C N° 214.

B) RESOLUCIONES DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS

Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (2005): Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 29 junio 2005. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/general_29_06_05.pdf>, fecha consulta: 14 diciembre 2010.

Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (2005): Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 21 septiembre 2005. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/cumplimientos/ivcher_21_09_05.doc>, fecha consulta: 12 julio 2006.

Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (2008) Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 24 noviembre 2008. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/reyes_24_11_08.pdf>, fecha consulta: 14 diciembre 2010.

Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2009): Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 21 septiembre 2009. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/cantoral_21_09_09.pdf>, fecha consulta: 12 julio 2006.

Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (2009): Resolución de Supervisión de cumplimiento de sentencia, 24 noviembre 2009. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ivcher_24_11_09.pdf>, fecha consulta: 14 diciembre de 2010.

Caso Neira Alegría y otros vs. Perú (2009): Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 19 enero 2009. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/neira_19_01_09.pdf>, fecha consulta: 12 julio 2006.

Caso Gómez Palomino vs. Perú (2009): Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 1 julio 2009. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomez_01_07_09.pdf>, fecha consulta: 15 diciembre 2010.

Caso La Cantuta vs. Perú (2009): Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 noviembre 2009. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/cantuta_20_11_09.pdf>, fecha consulta: 15 diciembre 2010.

Caso Cesti Hurtado vs. Perú (2010): Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 4 febrero 2010. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/cesti_04_02_10.pdf>, fecha consulta: 15 diciembre 2010.

C) OPINIONES CONSULTIVAS⁵⁵

‘Otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 CADH) (1982): Opinión Consultiva OC-1/82, 24 septiembre 1982, Serie A N° 1.

Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 CADH) (1994): Opinión Consultiva OC-14/94, 9 diciembre 1994. Serie A N° 14.

D) MEDIDAS PROVISIONALES

Caso de Wong Ho Wing (2010): Resolución, 28 mayo 2010. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/wong_se_02.pdf>, fecha consulta: 15 diciembre 2010.

2. Tribunal Constitucional del Perú

Caso Gabriel Vera Navarrete c. Segunda Sala Especializada Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima (2004): Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2004, expediente. N° 2798-04-HC/TC. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02798-2004-HC.html>>, fecha consulta: 15 diciembre 2010.

⁵⁵ Disponibles en el Sitio Web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>, fecha consulta: 15 diciembre 2010.

Caso Villegas Namuche c. Primera Sala Penal de Piura (2004): Sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente N° 2488-2002-HC/TC. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/2488-2002-HC.html>>, fecha consulta: 29 marzo 2004.

Caso Santiago Martin Rivas c. Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República (2005): Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2005, expediente N° 4587-2004-AA/TC. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.html>>, fecha consulta: 4 noviembre 2007.

Caso del Colegio de Abogados de Arequipa y otro c. el Congreso de la República sobre CNM (2006): Sentencia de fecha 25 de abril de 2006, expediente N° STC N° 0025-2005-PI/TC. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.html>>, fecha consulta: 21 septiembre 2010.

Caso Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República (2007): Sentencia de fecha 19 de junio de 2007, expediente N° 0007-2007-PI/TC. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>>, fecha consulta: 21 septiembre 2010.

Caso José Claver Nina – Quispe - Rte. Gob. Regional de San Martín c. Congreso de la República (2007): Sentencia de fecha 19 de junio de 2007, expediente N° 0047-2004-AI/TC. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html#_ftnref1>, fecha consulta: 21 septiembre 2010.

Caso Santiago Martin Rivas c. Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República (2007): Sentencia de fecha 2 de marzo de 2007, expediente N° 679-2005-PA/TC. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00679-2005-AA.html>>, fecha consulta: 8 abril 2010.

