

Corpus Iuris Regionis

Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
IQUIQUE - CHILE



Nº 10 - Año 10





UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

CHILE

Corpus Iuris Regionis.
Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
IQUIQUE - CHILE

REPRESENTANTE LEGAL
Gustavo SOTO BRINGAS
Rector Universidad Arturo Prat

CONSEJO CIENTÍFICO

Sergio CARRASCO DELGADO (Universidad de Concepción); Carlos DEL RÍO FERRETTI (Universidad Católica del Norte, Coquimbo); Jorge TAPIA VALDÉS (Universidad Arturo Prat); Eric Eduardo PALMA GONZÁLEZ (Universidad de Chile); José Luis DIEZ SCHWERTER (Universidad de Concepción); Ximena FUENTES TORRIJO (Universidad Adolfo Ibáñez); Francisco CABELLERO HARRIET (Universidad del País Vasco); Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA (Universidad Arturo Prat); Francisco ZUÑIGA URBINA (Universidad Diego Portales y Central de Chile); Juan Carlos MANRIQUEZ ROSALES (Universidad Andrés Bello); Jorge BERMÚDEZ SOTO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso); Ricardo SANDOVAL LÓPEZ (Universidad de Concepción); Eduardo ALDUNATE LIZANA (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

CONSEJO EDITOR

Hugo VILCHES FUENTES
Director
Universidad Arturo Prat

Hans MUNDACA ASSMUSSEN
Subdirector
Universidad Arturo Prat

VOCAL

Damián TODOROVICH CARTES
Universidad Arturo Prat

SECRETARIO DE REDACCIÓN
Najle MAJLUF MORALES

AYUDANTES DE REDACCIÓN
Pía INOSTROZA AGUILERA
Cristian MALEBRÁN EYRAUD
Gabriel MIRANDA MESÍAS
Raúl ESPÍNDOLA MUÑOZ

SECRETARIA ADMINISTRATIVA
Olga Taucare Cayo

Corpus Iuris Regionis.
Revista Jurídica Regional y Subregional Andina
(Fundada en 1999 por el Profesor Dr. Jorge Tapia Valdés)

1. LÍNEA EDITORIAL Y OBJETIVOS: Atendido el contexto físico, sociocultural, político y económico en que territorialmente está inserta, los objetivos fundamentales de *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, son: primero: contribuir a la discusión y análisis de problemas y cuestiones de interés actual del Derecho vigente chileno y extranjero, en sus diversas fuentes formales de expresión, desde la óptica regional, provincial y local; segundo: sin desconocer la pertenencia de este Derecho, de contenido y territorio específicos, al Derecho de general vigencia y aplicación, también se plantea examinar y debatir los aspectos de mayor relevancia de este último; y tercero: contribuir al conocimiento del Derecho desde la perspectiva filosófica, histórica, sociológica, antropológica, y demás ciencias humanas.

2. ADMINISTRACIÓN: La Revista está al cuidado científico de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique (Chile).

3. COLABORACIONES: Los colaboradores y autores deben ceñirse estrictamente a las Normas de Redacción e Instrucciones Generales para los Autores que se incluyen en cada volumen. Los trabajos serán revisados y aprobados a través de un Sistema de arbitraje de pares, de doble anonimato (ciego), nacionales o extranjeros, que al efecto recurra el Consejo Editor de la *Revista*. Los resultados del arbitraje serán comunicados anónimamente a los autores. Luego de esta evaluación y subsanados por el autor las observaciones del arbitraje, si es el caso, dicho Consejo decidirá de su publicación.

4. CORRESPONDENCIA: La correspondencia académica (no comercial) para envío de trabajos, comentarios de jurisprudencia y fallos, reseñas o libros, canje y otros semejantes debe ser remitida al Consejo Editor de la Revista, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Av. A. Prat N° 2120, Iquique, Chile. Fono-Fax: (57) 394757, correo electrónico; corpus.iuris.regionis@unap.cl;

5. PERIODICIDAD: La *Revista* se publica anualmente en forma regular, sin perjuicio de la edición de números especiales adicionales.

ISSN: 0717-9529 (Versión impresa)

<http://www.unap.cl/escueladerecho/archivos/revistas.html>; (Versión electrónica)

Datos Básicos

UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

ESCUELA DE DERECHO

IQUIQUE, CHILE

Ediciones *Campus*

Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

10 (2010), 128 pp., 17 x 24 cm.

1. Derecho Regional y Local; Ciencias del Derecho, la Integración y Derecho comparado.-
2. Ciencias humanas.-
3. Historia del derecho y del pensamiento jurídico.-
4. Ciencias jurídico-políticas.-

NORMAS DE REDACCIÓN E INSTRUCCIONES GENERALES PARA LOS AUTORES

Los colaboradores y autores deben ceñirse a las normas de redacción e instrucciones generales que se describen a continuación. En caso contrario, el Consejo Editor dispondrá que el trabajo, que se admita a trámite de publicación, sea reconducido a tales normas, lo que implica riesgos de errores, que los autores pueden evitar si previamente se adaptan a ellas.

1. Los trabajos se entregarán en disco compacto o por correo electrónico en formato Word para Windows, sin espacios entre párrafo y párrafo (o sea después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía garamond, tamaño 10 para el texto, y 8 para la citas, notas o apostillas, sea de autores, sea de fuentes, se hará siempre en nota a pie de página, numeradas consecutivamente. Cada trabajo deberá ir acompañado de un resumen (antepuesto al texto del trabajo o artículo), uno en castellano y de un *abstract* en inglés, de no más de 15 líneas cada uno y agregar al menos cuatro palabras clave.
2. Las colaboraciones deben contener en su texto el título completo del artículo, tanto en idioma castellano como en inglés, el nombre del autor, sus grados académicos, su filiación institucional en su caso y cualquier otro dato relevante identificatorio y su correo electrónico.
3. El envío de un trabajo original supone un compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Los trabajos cuyos contenidos ya han sido publicados, o que están siendo sometidos a otros árbitros editoriales, deben adjuntar una carta en que se informa al Comité Editor al respecto.
4. Se tenderá a dividir los artículos en secciones numeradas con romanos con rúbrica centrada, con mayúsculas y separada arriba y abajo del cuerpo del discurso. Este podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de punto [1.], en lo posible no rubricados. De estarlo se debe usar en ese caso letra cursiva. Se recomienda no subdividir excesivamente. Los títulos y subtítulos deben ser claros y concisos, no contener negritas ni subrayado.
5. Para destacar una palabra, palabras u oración del trabajo o de las citas al pie o referencias bibliográficas no se deben usar las cursivas, ni las negritas, ni las comillas, sino en carácter e x p a n d i d o ¹.
6. Las citas textuales deben ir siempre con comillas al comienzo y a su término. Asimismo no se deben usar letras cursivas en este caso. El término de la cita debe concluir con las comillas, luego la llamada de la nota al pie y cerrar con un punto; todo junto, esto es, sin espacio entre los caracteres.

¹ El espacio entre caracteres expandido se obtiene: insertar cursor en la palabra o selección del conjunto de palabras de que se trate: "formato/ fuente/ espacio entre caracteres/ espacio/ expandido".

EN RELACIÓN CON LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7. La cita de tratados, manuales, ensayos, monografías se hará de conforme al siguiente esquema que a modo ejemplar se indica:
- i) Libros: FALCÓN Y TELLA, María José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas (Madrid, 1994), p. 62 (o pp. 66 ss.) El o los apellidos del autor irá en VERSALES², mayúsculas y minúsculas. Su o sus nombres de pila con letra normal. El título de la obra en *cursiva* o *itálica*.
 - ii) Traducciones: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1960, trad. cast. Barcelona, 2001), p. 214.
 - iii) Artículos de Revistas: CEA EGAÑA, José Luis, *Lecciones y desafíos de la democracia constitucional chilena*, en *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina I* (Iquique, 1999), pp. 35-47. (o bien p. 40 ss.) Tanto el nombre del artículo como el nombre de la Revista irá en *cursiva*.
 - iv) Capítulos en libros editados y artículos en obras colectivas: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX*, en VV. AA., KREBS, Ricardo (coord.), *La Revolución francesa y Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1990), pp. 225-245. “VV.AA.” o “AA.VV.”, significa que se trata de una obra colectiva.
 - v) Cuando se trate de citar obras precedentemente citadas, se deberá proceder conforme con el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 3), p. 44. Esta forma de citar significa que ahora se invoca la página 44 de una obra de CLAVERO, cuyo título el lector puede encontrar en la nota 3 del trabajo. Pero si en la nota 3 se hubiera citado más de una obra de CLAVERO, entonces se seguirá el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution...*, cit. (n. 3), p. 44. De este modo se evita el sistema de colocar simplemente “*op. cit.*” u “*ob. cit.*”, sin más, que no suele orientar al lector en la búsqueda de la obra que se está citando.
 - vi) Documentos en formato electrónico, un ejemplo: SALINAS ARANEDA, Carlos, *Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile*, Rev. estud. hist.- juríd. [on line], no. 26 [citado 20 de junio 2005], p. 491-528. Disponible en World Wide Web: <<http://www.scielo.cl.php?>
 - vii) Pueden existir otras modalidades de citar en formato electrónico, sin dejar de señalar los datos fundamentales que orienten la búsqueda del lector, como son la fecha de la consulta y la dirección electrónica completa.

² Las letras VERSALES se obtiene: insertar cursor en la palabra o selección del conjunto de palabras de que se trate: “formato/ fuente/ activación de ‘versales’ en ‘efectos’/ aceptar. Si se desea disponer del ‘Abc Versales’ en la barra de herramientas se puede arrastrar a ella, que se encuentra en “herramientas/ personalizar/ comandos/ formato en categorías”.



Corpus Iuris Regionis
Revista Jurídica Regional y Subregional Andina
(Founded in 1999 by Professor Jorge Tapia Valdés, PhD)

1. EDITORIAL LINE AND OBJECTIVES: Considering the physical, socio-cultural, political and economical context of the territory in which it is situated, the main objectives of *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, are: first: contribute with the analysis and discussion of matters which are of interest to the current Chilean and foreign Law. This through diverse formal sources of expression and from the local, provincial and regional viewpoint: second: examine and discuss the most relevant aspects of this Law without ignoring the appropriateness of it in terms of specific content and territory; and third: contribute to the knowledge of Law from the point of view of the philosophy, history, sociology, anthropology, and other social sciences.

2. ADMINISTRATION: The journal is under care of the School of Law at Universidad Arturo Prat Iquique (Chile).

3. COLABORATIONS: Collaborators, writers and authors should strictly follow the Writing Norms and General Guidelines for Writers included in each issue. The manuscripts will be revised, checked and approved by a system of Peer Review composed by national and international referees, which might appeal to the Editing Council of the journal if it is the case. The results of the reviewing will be anonymously announced to the authors. After this evaluation and once the author has worked on the observations made during the reviewing, if it applies, the council will decide on its publication.

4. CORRESPONDANCE: All the academic (non-commercial) correspondence sending manuscripts, comments on jurisprudence and decisions, recensions or reviews, books, exchanges and other works of similar nature should be addressed to the journal Council, Concejo Editor de la Revista, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Av. A. Prat N° 2120, Iquique, Chile. Fono-Fax (57) 394757, email; corpus.iuris.regionis@unap.cl;

5. PUBLICATION FREQUENCY: The journal is published on regular basis every year, without detriment to additional special issues.

ISSN: 0717-9529 (Printed version)

<http://www.unap.cl/escueladerecho/archivos/revistas.html>; (Electronic version)

Basic Information

UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

ESCUELA DE DERECHO

IQUIQUE, CHILE

Ediciones *Campus*

Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

10 (2010), 128 pp., 17 x 24 cm.

1. Local and Regional Law; Sciences of Law; Integration and Comparative Law.-
2. Human Sciences.- 3. History of Law and Law Thinking.- 4. Political-legal Sciences.-

WRITING NORMS AND GENERAL GUIDANCE FOR WRITERS

Collaborators and authors should follow the writing norms and general guidance described as follows. Otherwise, the editing council will determine that the manuscript, which has been accepted for further publication, be redirected to follow such norms. This implies risks of encountering errors that writers could avoid by following such norms.

1. Manuscripts should be submitted on a CD or via email, typed on word format for Windows, font Garamond, size 10 for texts and 8 for quotes, non-interlinear paragraphs. Notes or comments from either authors or sources should always be placed as footnotes consecutively numbered. Each manuscript should include a summary (before the text or article) in Spanish and an *abstract* in English of no more than 15 lines each. There should be, at least, 4 keywords.
1. Submissions should include the complete title of the article, both in English and Spanish; the name of the author; academic degrees; institutional affiliation, if it applies, and any other relevant identifying detail and an email address.
3. Sending an original manuscript presupposes commitment on the part of the author so the manuscript has not been simultaneously sent to reviewing to other publishers. Those manuscripts, whose contents have been already published, or are being reviewed by another publisher, must include a statement informing the Editing Council about that situation.
4. The articles will be divided in sections numbered with roman numbers and centred signing, capital letter and separated from the body of the text. This can be subdivided in paragraphs signalled with arabic numbers followed by a dot [1.], not signed. In the case that it is signed, it must be in italics. An excessive subdivision is not recommended. Titles and subtitles should be clear and concise, neither in bold nor underlined.
5. To highlight a word, words or phrases in the text body, quotes, footnotes or bibliographic references expanded¹ text should be used and italics or bold or quotation marks should be avoided.
6. Quotes should always be between quotation marks. Italics should not be used. The quote should end by using quotation marks, then the signal for the footnotes and a dot; no spacing between characters.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

7. Agreements, manuals, essays and monographs should follow this guidance; see examples below as reference:
 - i) Books: FALCÓN Y TELLA, María José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas (Madrid, 1994), p. 62 (o pp. 66 ss.) The

¹ Expanded spacing between characters is obtained by positioning the cursor on the selected word or group of words: "format/font/character spacing/spacing/expanded".

author's name or surnames should be written in Versailles², capital and small letters. The author's first name or names should have normal font. The title of the writing should be in *italics*.

- ii) Translations: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1960, trad. cast. Barcelona, 2001), p. 214.
- iii) Journal articles: CEA EGAÑA, José Luis, *Lecciones y desafíos de la democracia constitucional chilena*, en *Corpus Iuris Regiones. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina I* (Iquique, 1999), pp. 35-47. (or p. 40 ss.) Both the title of the article and the name of the Journal should be in *italics*.
- iv) Chapters in edited books and articles in collective works: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX*, en VV. AA., KREBS, Ricardo (coord.), *La Revolución francesa y Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1990), pp. 225-245. "VV.AA." or "AA.VV." means it is a collective work.
- v) When quoting writings previously quoted, the following model should be followed: CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 3), p. 44. This shows that it is making reference to page 44 from a CLAVERO's work, whose title can be found on note 3 of the writing. However, if in note 3 more than one CLAVERO's work has been quoted, the following should be followed: CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution...*, cit (n. 3), p. 44. This way, simply writing "op. cit." or "ob. Cit." is avoided, since it does not guide the reader to findg the quoted work.
- vi) Electronic documents, example: SALINAS ARANEDA, Carlos, *Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código civil de Chile*, Rev. estud. hist.-juríd. [on line], no. 26 [citado 20 de junio 2005], p. 491-528. Available in World Wide Web: <<http://www.scielo.cl.php?>
- vii) There may be other ways of quoting in electronic format, without leaving aside the main details of the information which guide the reader's search, such as date of search and complete electronic address.

² Versailles id obtained by positioning the cursor on the selected word or group of words: "format/font/activate 'Versailles' on 'effects'/accept. If you wish to display 'Versailles Abc' on the toolbar it can be dragged to it from "tools/personalize/commands/format in Categories".



10-2010

Corpus Iuris Regionis

REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

DERECHO CONSTITUCIONAL

- La idea de la Constitución viviente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno* 21
Marisol PEÑA TORRES

DERECHOS HUMANOS

- La protección de los derechos fundamentales. Estudio desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)* 35
Marco GONZÁLEZ PIZARRO

DERECHO INTERNACIONAL

- Los órganos de la Unión Europea: el Consejo Europeo* 49
Eduardo RODRÍGUEZ MUÑOZ

DERECHO CIVIL

- Orígenes de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia chilena* 61
Najle MAJLUF MORALES

TEORÍA DEL DERECHO

- Hacia una visión superadora de antinomias en el concepto de contrato* 71
José BARBÓN LACAMBRA

FILOSOFÍA DEL DERECHO

- Sobre un fundamento iusnaturalista de los derechos humanos: la teoría de John Finnis* 91
Damián TODOROVICH CARTES

- La idea de validez del Derecho en Carlos Santiago Nino* 99
Hugo VILCHES FUENTES



I. ESTUDIOS



DERECHO CONSTITUCIONAL



LA IDEA DE LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO*

*THE IDEA OF LIVING IN THE CONSTITUTION OF THE CONSTITUTIONAL
COURT JURISPRUDENCE CHILE*

MARISOL PEÑA TORRES**
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

En este trabajo la autora reflexiona sobre la idea de Constitución viviente en la experiencia cotidiana del Tribunal Constitucional chileno, a partir de la original formulación doctrinal de Zagrebelsky sobre el punto, y lo hace revisando la jurisprudencia más reciente de esta alta magistratura chilena a través de la cual se le ha dado vida a la Carta Fundamental, por la vía de su interpretación dinámica y adaptándola a los cambios que vive la sociedad chilena, conforme el desarrollo del constitucionalismo y desde los valores y principios que ella asegura.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional, Constitución viviente, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Carta Fundamental chilena.

ABSTRACT

In this paper the author reflects on the idea of a living Constitution in the everyday experience of the Chilean Constitutional Court, from the original doctrinal formulation Zagrebelsky on point, and does so by reviewing the recent case of the Chilean high court through which has given birth to the Constitution, by way of dynamic interpretation and adapting to changes in Chilean society living under the development of constitutionalism and the values and principles she says.

KEY WORDS: *Constitutional Court, Constitution of living, Decisions by the Constitutional Court, Constitution of Chile.*

INTRODUCCIÓN

En una de las últimas entrevistas que concedió en Chile, el profesor y ex miembro del Consejo Constitucional francés, Louis Favoreu, afirmaba que "... todos los países necesitan que su Constitución evolucione (...) progresivamente. Es

* Este trabajo corresponde en esencia a la Clase Magistral pronunciada por su autora con ocasión de la inauguración del año académico de Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat, en Iquique, el 16 de abril de 2010. Para su publicación aquí solo se han efectuado modificaciones formales conforme las normas de redacción de la Revista de Derecho *Corpus Iuris Regionis*. La Escuela de Derecho agradece, una vez más, a la destacada Sra. Ministra su amable y honrosa visita a nuestra Casa de Estudios (Nota del Consejo Editor).

** Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Profesora de Derecho Constitucional y Directora del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ministra del Tribunal Constitucional de Chile. Correo electrónico: mpena@tribunalconstitucional.cl

necesaria una estabilidad, aunque tampoco una absoluta rigidez. En esto un papel importante juegan los tribunales constitucionales al ser los encargados de hacer evolucionar y adaptar la Constitución sin cambios brutales ni radicales¹. El ex magistrado de la Corte Constitucional de Italia, Gustavo Zagrebelsky, ha postulado, en este mismo sentido, que "...la Constitución viviente es la experiencia cotidiana de las cortes"².

Con estas referencias he querido iniciar la disertación de esta tarde cuyo objeto es demostrar que el Tribunal Constitucional chileno no ha estado ajeno a la tarea de ir dando vida a la Ley Fundamental a partir de una interpretación dinámica que, desde los valores y principios que ella asegura, tienda a ir adaptando a los inevitables cambios que nuestra sociedad va experimentando en forma acorde al desarrollo del constitucionalismo. Ricardo Guastini, profesor de la Universidad de Génova, ha sostenido, en este sentido, que la expresión "Constitución viva" denota "... el modo en que una determinada Constitución escrita es correctamente interpretada y actuada en la realidad política"³.

Pretendo postular aquí una forma de ir fortaleciendo la conciencia constitucional o, más bien, la conciencia sobre el constitucionalismo⁴ en nuestro país sobre la base de la percepción –ojalá cada vez más generalizada– de que la Constitución no representa un instrumento pétreo y anclado en el tiempo. Estoy firmemente convencida del rol que ha cumplido y que puede seguir cumpliendo el Tribunal Constitucional en ese sentido.

Inevitable resulta, entonces, referirse, en primer lugar, a la noción de "Constitución viviente" y a los peligros que también encierra una comprensión demasiado extrema de ese concepto.

LA IDEA DE UNA CONSTITUCIÓN "VIVIENTE" Y LOS LÍMITES QUE SE DERIVAN PARA EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Es obvio que detrás de la idea de la "Constitución viviente" se encuentra la del "cambio". Toda sociedad cambia, no solo desde el punto de vista de sus componentes o de su organización para proyectarse hacia el futuro, sino que, también desde el punto de vista, de sus creencias y valores, influida, en gran medida, por las lecciones de la experiencia como por los nuevos desafíos que impone el proceso de globalización.

Desde este punto de vista es necesario concordar con quienes, como Gustavo Zagrebelsky y Miguel Carbonell, postulan que "la Constitución de nuestros días es, a

¹ Diario *El Mercurio*, 11 de octubre de 1998, p. D 6.

² ZAGREBELSKY, Gustavo, *Jueces constitucionales*, en: CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Trotta (México, 2007), p. 97.

³ GUASTINI, Ricardo, *Sobre el concepto de Constitución* en: CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Trotta (México, 2007), p. 27.

⁴ FERNÁNDEZ, Miguel Angel, *La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 3, p. 462.

la vez, pasado, presente y futuro”⁵. La idea del cambio está asociada tanto al presente como al futuro de la Constitución.

Al presente, porque no caben dudas que los vertiginosos tiempos que vivimos, atravesados por las dinámicas propias de la globalización, imponen nuevas exigencias asociadas, por ejemplo, al fortalecimiento del derecho a la privacidad frente a la proliferación de comunicaciones que se realizan a través de espacios virtuales que exceden las fronteras geográficas del Estado. En esa misma óptica, los Estados se han visto compelidos a modificar sus Constituciones para permitir la transferencia de potestades soberanas a entidades supranacionales de cara al avance de los procesos de integración como a la conciencia generalizada de la necesidad de defender los derechos de la persona frente a atropellos que lesionan su dignidad sustancial.

Desde una óptica de futuro, la Constitución debe ser capaz de irse anticipando a las nuevas realidades derivadas del mayor reconocimiento de las particularidades que la globalización va estimulando como ocurre con el auge de los nacionalismos y con el reconocimiento de los grupos étnicos. Asimismo, la creciente importancia de la sociedad civil que demanda un rol activo, como *partner* del Estado, en la definición y destino de los asuntos públicos, exigirá revisar la noción clásica de ciudadanía que contemplan hasta hoy nuestras Cartas Fundamentales así como pensar en nuevas fórmulas de democracia semidirecta que complementen nuestras democracias representativas tradicionales.

Así, podría decirse que el gran desafío que toda Constitución enfrenta no se reduce solamente a reflejar el compromiso en torno al ideal de organización de una sociedad en un momento histórico determinado, sino que abarca, también, su capacidad de proyectarse hacia el futuro.

En cuanto a la forma como una Constitución puede ir cumpliendo esta última parte del desafío –la capacidad de proyectarse hacia el futuro–, la teoría constitucional ha entregado, tradicionalmente, dos respuestas: la de la reforma constitucional y la de la mutación constitucional.

La reforma constitucional implica el cambio o modificación de las cláusulas contenidas en la Constitución mediante el ejercicio del Poder Constituyente derivado, esto es, a través del procedimiento de reforma que la propia Carta ha previsto para su modificación. Este procedimiento, usualmente, consulta mayorías más elevadas que aquellas que se exigen para la aprobación de la ley, e incluso, la intervención directa del cuerpo electoral para ratificar lo obrado por los representantes en este sentido.

Por su propia naturaleza, la reforma constitucional siempre tensiona al sistema político desde el momento que supone reabrir el debate en torno al compromiso ideal de organización de la sociedad plasmado en la Constitución. Basta pensar, por ejemplo, en que en la última gran reforma introducida a la Carta de 1980 –que es la del año 2005–, se produjo un intenso intercambio de puntos de vista en torno a la sustitución del sistema electoral mayoritario y binominal existente hasta el momento por uno de carácter proporcional. Finalmente, y después de 5 años de desencuen-

⁵ CARBONELL, Miguel, *La Constitución en el tiempo: Una nota*, en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/9.pdf> (consultado el 10 de abril de 2010).

tros, la decisión se dejó confiada a la ley⁶ revelando la falta de consenso en la materia.

Por lo afirmado, puede sostenerse que no resulta aconsejable someter a la Constitución a continuas y permanentes reformas que lesionen su estabilidad y, por ende, la del mismo sistema político.

Debe pensarse, más bien, que la propia estructura de la Constitución, constituida básicamente por cláusulas abiertas o por conceptos jurídicos indeterminados, permite propiciar una interpretación abierta de las mismas sin necesidad de activar el procedimiento de reforma constitucional. Como sostiene Sergio Tamayo, todas las definiciones de los conceptos jurídicos indeterminados tienen algo en común: “concluyen que los conceptos jurídicos indeterminados (CJI) son conceptos que necesitan de la interpretación del juez para ser concretizados”⁷.

La segunda forma de conciliar la Constitución con el indispensable cambio que la sociedad va experimentando corresponde a la mutación constitucional que se identifica con aquellas nuevas interpretaciones que van modificando la literalidad de una norma constitucional o el sentido con que ella ha sido entendida tradicionalmente sin que este proceso se traduzca, necesariamente, en una reforma constitucional. Aquí es donde propiamente se instala, a mi juicio, la idea de una Constitución abierta en el sentido que ya, hace años, planteara el ilustre tratadista alemán Hermann Heller cuando sostenía que: “La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto esta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y solo ella. Ambas se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana”⁸.

La forma de aprobación de los tratados internacionales por el Congreso Nacional que hoy se encuentra vigente en el artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental obedece, precisamente, a una mutación constitucional, originada en la forma que el Tribunal Constitucional entendió la exigencia de que los tratados debían someterse a los mismos trámites de una ley. La interpretación originada, primero, en algunos votos de minoría y que, luego, fue ampliamente aceptada en el fallo recaído en el requerimiento destinado a impugnar la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁹, llevó a propiciar que el tratado debía ser aprobado, en cada Cámara, con los quórum que correspondiesen, atendido el hecho de que, dentro de un tratado, pueden identificarse normas de distintas naturaleza: propias de ley orgánica constitucional, de ley de quórum calificado o de ley simple. Esta modificación impulsada por el Tribunal Constitucional fue incorporada formalmente a la Carta Fundamental en la reforma de 2005 materializada por la Ley N° 20.050.

⁶ El inciso segundo de la disposición decimotercera transitoria de la Constitución precisa que: “Las modificaciones a la referida Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios que digan relación con el número de senadores, las circunscripciones existentes y el sistema electoral vigente, requerirán del voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio”.

⁷ TAMAYO YAÑEZ, Sergio, *Conceptos jurídicos indeterminados e interpretación constitucional*, Ara Editoral (Lima, 2009), p. 41.

⁸ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica (México, 1955), pp. 267 y 268.

⁹ Rol N° 309.

Ahora bien, la relación entre Constitución y cambio social no se encontraría suficientemente abordada si no se tuviera presente que la modificación de la Carta Fundamental no solo debe servir para acoger los nuevos desafíos sino que, también, para profundizar y reforzar las lecciones del pasado. Aquí aparece, entonces, la otra dimensión de que nos hablaba Carbonell: la Constitución no solo representa el presente y se abre al futuro, sino que debe ser capaz también de recoger las experiencias del pasado, aquellos elementos que forman parte del *ethos* social, por haberse incorporado ya a la cultura. De allí que el gran constitucionalista alemán Peter Häberle sostenga que "... la Constitución no es solo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas"¹⁰.

Así, nuestra propia Constitución contiene elementos que, sin duda, son un claro reflejo del pasado: a) la clara reafirmación de la forma unitaria de Estado, aunque con una creciente tendencia hacia la descentralización, que destierre intentos de federalismo como el de 1826; b) el imperio de un modelo presidencial de gobierno que sea capaz de traducir el ideal portaliano del gobierno fuerte e impersonal, por sobre las divisiones e inestabilidad asociadas al modelo parlamentario durante el siglo XIX y comienzos del XX; c) el refuerzo de los mecanismos de control, específicamente en la óptica de los *checks and balances*, que arrojó el diagnóstico de la crisis institucional enfrentada por Chile a comienzos de la década de los años setenta. En fin, el compromiso por la democracia en su más auténtico sentido y de conformidad con los parámetros que hoy se consignan en la *Carta Democrática Interamericana* de la OEA del año 2001.

En algunos países del mundo, como Alemania, esta tendencia a acoger las lecciones del pasado a través de determinadas cláusulas constitucionales ha llevado, incluso, a plantear su inmodificabilidad. Se trata de cláusulas pétreas, no susceptibles de modificación constitucional como aquella que se contiene, por ejemplo, en el artículo 79 (3) de la Ley Fundamental de Bonn, que contempla la estructura federal del Estado alemán¹¹.

Con todo, y aunque una Constitución no contemple cláusulas pétreas, siempre estará abierto el debate tendiente a identificar un núcleo o mínimo inmodificable, ni siquiera a través del procedimiento de reforma constitucional, en la medida que se entienda que dicha modificación va contra el alma de la Constitución identificada con rasgos esenciales de la cultura de la sociedad a la que está llamada a regir. Ricardo Guastini nos dice, en este sentido, que: "Una cosa es revisar la Constitución existente (en sus normas de detalle) sin alterar la identidad material o axiológica, y otra cuestión es modificar el espíritu de la Constitución existente, o sea, alterar, perturbar o subvertir los valores ético-políticos que la caracterizan.

¹⁰ HÄBERLE, Peter, *Constitución como cultura*, (Ana María Montoya, trad.), Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado (Colombia, 2002), pp. 71 y 72.

¹¹ El artículo 79 (3) de la Ley Fundamental de Bonn prescribe que: "No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecta la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20".

Una cosa es la simple reforma constitucional, y otra –aunque sea enmascarada– es la instauración de una nueva Constitución. Una cosa es el ejercicio del poder constituido (el poder de reforma), y otra es el ejercicio del poder constituyente. Reforma e instauración constitucional se distinguen, entonces, no bajo un perfil formal –por el hecho de que una adviene en forma legal y otra de forma ilegal, *extra ordinem*– sino bajo el perfil sustancial: es una reforma toda modificación marginal, es instauración toda alteración –aunque legal– de la identidad axiológica de la Constitución¹².

Este problema no es, ciertamente, de exclusivo carácter teórico. Ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de reformas constitucionales inconstitucionales, pues algunos países, como Perú, han debido enfrentarse a ellas.

De lo dicho hasta aquí, podría afirmarse que si bien el juez constitucional está obligado a favorecer una interpretación de la Constitución que refuerce su característica de ser un instrumento *vivo*, dicha labor no puede, sin embargo, importar una autorización ilimitada.

Queda claro, en efecto, que el juez constitucional no puede substituir al Poder Constituyente. Ello conduce a rechazar la interpretación *contra legem*, o sea, aquella que, claramente, va contra el texto expreso de la Constitución como si, en un sistema de potestades expresas y no implícitas, como el que se deriva del artículo 7º, inciso segundo, se pretendiera ampliar el haz de competencias conferido a un determinado órgano del Estado por la propia Constitución o por la ley.

Entra a jugar aquí el *self restraint* o autolimitación que el juez constitucional debe imprimirle a su labor por muy creativa que se pretenda que sea.

Pero, además, el juez constitucional está llamado a respetar el espíritu de la Constitución que, en nuestro caso, se concentra, fundamentalmente, en las disposiciones de su Capítulo I, que conforman el núcleo de valores y principios que orientan su propia interpretación, así como la del resto del ordenamiento jurídico todo.

Nuestro Tribunal Constitucional ha expresado, en este sentido, que “el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, de la misma configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural (...)”. Agregó, más adelante, que “debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema”¹³.

No puede desconocerse que, a veces, el juez constitucional experimenta un verdadero dilema: ser fiel a la Constitución y a su espíritu o ceder a la tentación de seguir la coyuntura esencialmente cambiante de la sociedad. El profesor Zagrebelsky cita una antigua sentencia del juez Robert Jackson de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso del saludo obligatorio a la bandera, en 1943, para reafirmar su tesis de que “la justicia constitucional es función de la república, no de la democracia”. Dijo el juez Jackson: “El auténtico propósito de una (Constitución) (...) es el de sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, colocarlas fuera

¹² GUASTINI, cit. (n. 3), pp. 24-25.

¹³ Sentencia Rol N° 943, Considerandos 30º y 32º.

del alcance de mayorías y funcionarios, sancionarlas como principios legales aplicables por parte de los tribunales. El derecho de cada uno a la vida, la libertad, la propiedad, la libertad de expresión, la libertad de imprenta, la libertad de culto y de reunión y los demás derechos fundamentales no puede ser sometido al voto; no depende del éxito de alguna votación¹⁴.

Consciente de no haber agotado la riqueza de la idea de Constitución *viviente*, veamos si es posible encontrar algunos ejemplos de jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional que se acerquen a esa noción.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE APLICA LA IDEA DE LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

Lo que me propongo demostrar, a continuación, es que varias tendencias jurisprudenciales, emanadas del Tribunal Constitucional, han contribuido a ir haciendo realidad la idea de una Constitución viviente que es capaz de adaptarse a los grandes cambios que la evolución del constitucionalismo ha traído consigo, así como a las transformaciones que la propia sociedad ha ido experimentando. Entre dichas tendencias podemos distinguir las siguientes:

1. *El reconocimiento de derechos implícitos en la Constitución*: La posibilidad de reconocer y de identificar derechos fundamentales que se desprenden de los enunciados de aquellos que ya están consagrados expresamente en la Constitución o que supone enriquecer el contenido normativo de estos pasa, necesariamente, por el rechazo a una interpretación meramente exegética o literal de la Carta Fundamental.

En este sentido, conviene recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que la interpretación de la Constitución, atendida su particular naturaleza, importa acogerse a reglas especiales de interpretación que tengan en cuenta su carácter de superley o de ley fundamental, lo que marca una diferencia sustancial con las leyes ordinarias. Desde esa perspectiva, ha afirmado que “aunque resulte obvio decirlo, la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código civil¹⁵. No debemos olvidar que la primera de las reglas contenidas en el artículo 19, inciso primero¹⁶, del Código Civil es la regla de la interpretación literal.

Más bien, el Tribunal Constitucional ha impulsado, con vigor, el criterio hermenéutico de la unidad de la Constitución, según el cual esta es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella¹⁷.

¹⁴ ZAGREBELSKY, cit. (n. 2), p. 101.

¹⁵ Rol N° 325.

¹⁶ “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

¹⁷ VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* N° 31, 2006, p. 24 y ss.

Si a dicho criterio unimos el de la interpretación axiológica que privilegia una idea de la Constitución basada en ciertos valores y principios, que desde el reconocimiento de la dignidad humana y, a partir de este, entienden la consagración de derechos fundamentales, no resulta extraño que la interpretación que el Tribunal ha venido favoreciendo de estos últimos sea de carácter abierto mostrándose dispuesto a reconocer, en ciertos casos, derechos implícitos.

Entre nosotros, el profesor Humberto Nogueira ha señalado que “... los derechos fundamentales en cuanto tienen su fuente en la dignidad humana y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona, exigen del ordenamiento jurídico positivo su protección y garantía. De hecho, puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas las nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras”¹⁸.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de octubre de 1995¹⁹, sostuvo, entretanto, que: “(...) la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional. A menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales”. Agregó que “esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional” (considerando 25°).

Consecuente con esas afirmaciones, en sentencia de 9 de agosto de 2007²⁰, el Tribunal sostuvo que “... el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”. Lo anterior, después de haber declarado que “el derecho de acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión (...) consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental (...)” (considerando 9°).

Por su parte, en sentencia de 13 de mayo de 2008²¹, se afirmó algo similar, aunque referido al derecho a la identidad personal. Allí se dijo que: “(...) aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (...)”²².

¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización*, en *Revista Ius et Praxis*, 13 (2), Universidad de Talca (2007), pp. 245-285.

¹⁹ Rol N° 226.

²⁰ Rol N° 634.

²¹ Rol N° 834.

²² Considerando 22°.

2. *El reconocimiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales*: Probablemente, uno de los cambios más notables que se han producido en el último tiempo, en lo que se refiere a la obligatoriedad directa de la Constitución tanto para gobernantes como para gobernados²³, es el reconocimiento de que la infracción de la Carta Fundamental puede provenir ya no solo de los órganos investidos de autoridad, sino que de los propios particulares.

La Constitución se ha erigido, así, en un instrumento de protección de los derechos de las personas no solo en sus relaciones con los órganos del Estado (efecto vertical), sino que, también, en sus relaciones con otros particulares (efecto horizontal). Como ha sostenido el profesor Pablo Contreras, "... concebir que los derechos fundamentales son aplicables en las relaciones entre particulares supone girar el eje de la relación –y del poder, en consecuencia– hacia un esquema horizontal, es decir, entre ciudadanos que se ubican en un plano de igualdad jurídica, mas no fáctica"²⁴.

Dicho en otros términos, la Constitución ha dejado de ser solamente un instrumento destinado a controlar el ejercicio del poder para constituirse en el gran escudo protector de los derechos fundamentales, tanto respecto de los órganos de autoridad como de cualquier particular.

El Tribunal Constitucional chileno se ha hecho cargo de este cambio en la percepción de los derechos fundamentales y de su exigibilidad a través de varias sentencias que declaran inaplicables preceptos legales involucrados en relaciones entre privados.

Entre dichos casos, puede recordarse aquí la sentencia que declaró la inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, relativo a las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona que solo dan derecho a demandar indemnización pecuniaria cuando se pruebe el daño emergente o el lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero, pero no el daño moral. La situación afectaba a un abogado que había sido excluido, de hecho, como socio de un prestigioso estudio jurídico, lo que –según sostuvo– había afectado su honor, su intimidad y sus derechos como abogado en las relaciones con sus clientes.

El Tribunal Constitucional estimó, en su sentencia de 10 de junio de 2008²⁵, que si se aplicaba dicha norma a la gestión judicial pendiente, se produciría, como efecto natural, privar a los atentados a la honra, que no constituyan delitos específicos, de la protección de la ley, por lo que no resultaba ajustado a la Constitución, excluir la posibilidad de indemnización del daño moral, que es naturalmente el producido por esta clase de atentados y, ordinariamente, el único (considerando 37º).

En un sentido similar, en la ya conocida sentencia sobre el caso Isapres, que correspondió al primer requerimiento de inaplicabilidad referido al artículo 38 *ter* de la Ley N° 18.933, ley de Isapres²⁶, nuestra Magistratura llegó a afirmar que las relacio-

²³ El artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución Política precisa que: "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

²⁴ CONTRERAS, Pablo, *Poder privado y derechos*, Ediciones Universidad Alberto Hurtado (Santiago, 2009), p. 36.

²⁵ Rol N° 943.

²⁶ Rol N° 976.

nes contractuales convenidas entre privados deben ajustarse a la Constitución. Así expresó que: “el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular *sub lite* significa que, tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales, tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurados en aquella” (considerando 56º).

3. *La justiciabilidad de los derechos sociales*: En sociedades como las latinoamericanas, la plena justiciabilidad de los derechos sociales se ha constituido no solo en una necesidad jurídica sino que en un imperativo ético como una forma de colaborar en la disminución de las brechas que fracturan la sociedad y que afectan especialmente a los grupos más vulnerables.

Tradicionalmente, se dijo, no obstante, que los derechos sociales –que pertenecen a la segunda generación de derechos fundamentales, posterior al reconocimiento de los derechos civiles y políticos– estaban subordinados, en su plena aplicación, a la capacidad económica del Estado, por lo que, más bien, tenían el carácter de derechos de prestación. Bajo esta perspectiva, el derecho a la salud, a la vivienda, a la seguridad social o al agua, solían mantenerse como disposiciones programáticas dispersas en el texto de nuestras Constituciones constituyéndose en una excepción a la fuerza normativa directa de estas que supone, precisamente, que ninguna de sus disposiciones quede sin aplicación, ya sea por falta de desarrollo legislativo o de recursos necesarios para hacer realidad el respectivo derecho.

Bajo este panorama puede comprenderse cuán importante resulta el accionar de los tribunales y, especialmente, de las Cortes Constitucionales sentando criterios que brinden efectiva protección al ejercicio de estos derechos.

En el caso Peña Wasaff²⁷, nuestro Tribunal Constitucional se vio enfrentado por primera vez, en sede de inaplicabilidad, a la necesidad de caracterizar los derechos sociales y de vincularlos a la fuerza normativa directa de la Constitución para brindar una solución de justicia en el caso concreto.

Como ya había recordado, se trató de decidir la inaplicabilidad del artículo 38 *ter* de la Ley de Isapres por haber permitido su aplicación el alza del precio del plan de salud en base a criterios vinculados a la edad de la persona afiliada.

De ese fallo rescatamos, en primer lugar, la concepción sobre los derechos sociales cuando señala que: “... resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que (...) poner en duda su practicabilidad de realización, es una idea confusa, porque esa reserva de lo posible lleva a sostener que la Constitución ha de ser desactivada, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27º). Con esa fundamentación es que caracteriza al derecho a la protección de la salud como un derecho social (considerando 29º).

²⁷ *Ibidem*.

Por ello es que termina sosteniendo que, en el ejercicio de las facultades que le confiere la Ley N° 18.933, la Isapre “debe observar, entre otros atributos afines asegurados a la requirente, el derecho a la libre elección del sistema de salud, público o privado, al que ella resuelva acogerse. Esta obligación implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufre cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema” (considerando 54°).

La sentencia que les comento es un fallo muy dividido. Fue adoptado por cinco votos contra cuatro, lo cual refleja, naturalmente, que sobre estas materias no hay unanimidad al interior del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la tendencia del fallo –o de lo que algunos llamarían el voto de mayoría– se ha seguido reproduciendo en dos casos más²⁸ que ya se encuentran sentenciados, sin perjuicio del casi centenar de causas que se encuentran en estado de tramitación por el mismo tipo de impugnación.

4. *Valores sociales versus derechos individuales*: Existe, ya al final de nuestro análisis de hoy, un grupo de sentencias que han ido mostrando un cambio muy interesante en materia de limitaciones a los derechos fundamentales producto de la importancia progresiva que ha adquirido la necesidad de proveer, diligentemente, a la satisfacción de necesidades básicas de la población o de asegurar objetivos de política criminal que tornen más eficaz el anhelo social de prevenir y de sancionar determinadas conductas delictivas. Se trata, entonces, de valores sociales que, en un momento histórico determinado, van cobrando creciente importancia y que justifica, razonablemente, que el legislador imponga límites a ciertos derechos fundamentales.

Un primer caso, en este sentido, fue fallado por sentencia de 6 de marzo de 2007²⁹, con ocasión de la solicitud de inaplicabilidad del artículo 3° transitorio de la Ley General de Servicios Eléctricos, en relación con un juicio arbitral en que se demandaba el pago de determinados peajes por concepto de transmisión de electricidad. El Tribunal Constitucional decidió, en esa oportunidad, que era justificado que el legislador estableciera un sistema de tarificación que facultara a la autoridad para fijar el valor del peaje por el uso de las instalaciones de transmisión troncal para favorecer a la población usuaria de los sistemas eléctricos, lo que constituía una razón de utilidad pública. Por lo tanto, si el legislador había restringido la autonomía de la voluntad de las partes para fijar precios, lo hacía considerando que ello era necesario para la seguridad y confiabilidad del suministro de energía eléctrica, como para evitar alzas innecesarias en dicho servicio (considerando 31).

Otra decisión basada en motivaciones similares se contiene en la sentencia de 8 de abril de este año³⁰, originada en la acción de inaplicabilidad de diversos preceptos contenidos en la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN y que obligaba, en este caso, a que una persona condenada por delitos de homicidio frustrado y de incendio, se tomara una muestra biológica para ser incorporada al

²⁸ Roles N°s 1287 y 1218.

²⁹ Rol N° 505.

³⁰ Rol N° 1.365.

Registro de Condenados. Para fundamentar el rechazo de dicha acción, el Tribunal sostuvo, entre otras consideraciones, que “ (...) por razones de política criminal, al Estado le interesa prevenir y sancionar, con particular energía, ese tipo de delitos (aquellos a que se refiere el artículo 17 de la Ley N° 19.970) atendida su gravedad. Con mayor razón, si uno de los deberes que la Constitución impone al Estado es “dar protección a la población y a la familia (artículo 1º, inciso final)” (considerando 32º).

PALABRAS FINALES

Siempre será posible decir, después de lo que hemos planteado, que existen necesidades o requerimientos sociales de los que la jurisprudencia constitucional no se ha hecho cargo y que, por ende, permanecen pendientes.

Sin embargo, justo es reconocer que en los ejemplos que les he referido hay un esfuerzo en esa dirección. Tales esfuerzos, como todo cambio de mentalidades, se impone lenta y cautamente, sobre todo en un tribunal como el nuestro, que está compuesto de diez visiones diferentes sobre el derecho y el rol que este va cumpliendo frente al cambio que la sociedad va experimentando.

Es evidente que los temas nuevos son los que desafían particularmente las destrezas y las capacidades del juez constitucional y comprometen el sentido más profundo de nuestra tarea de defensa de la supremacía de la Constitución.

Les agradezco, muy sinceramente, el interés que han demostrado esta tarde por reflexionar conmigo en torno a este importante desafío.

DERECHOS HUMANOS



LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ESTUDIO
DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS
COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE)

*PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS. STUDY FROM THE CASE LAW OF
THE COURT OF JUSTICE (ECJ)*

MARCO GONZÁLEZ PIZARRO*

RESUMEN

El presente trabajo estudia el rol de la Jurisprudencia del TJCE en la construcción de la protección jurídica de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea (UE).

Se enfoca desde una noción científico jurídica de orden teleológico, vale decir, con preeminencia en las consideraciones escatológicas o finales pretendidas por el ordenamiento jurídico europeo, como un derecho en acción, capaz de integrar a través de la interpretación jurisprudente, las fuentes nacionales de los Estados miembros de la Unión, e internacionales igualmente ratificadas por ellos, en relación con el ordenamiento jurídico comunitario originario y derivado, y sus permanentes actualizaciones.

Se comprende en esta noción, el sentido propedéutico de orientación político histórico integradora de la UE, tenido en cuenta de manera superlativa por el órgano jurisprudente de la Unión, vale decir, el TJCE, que actúa en este sentido como un artífice de la supranacionalidad europea, bajo la lógica de erigirse en intérprete de un derecho común, subyacente a la comunidad europea, en base a principios generales de derecho y tradiciones jurídicas, cuyos contornos se hacen visibles en el orden jurídico europeo, especialmente a partir de los Derechos Fundamentales de la persona humana.

ABSTRACT

The present work studies the role of the Jurisprudence of the TJCE in the construction of the juridical protection of the Fundamental Laws in the European Union (EU).

Scientist focuses from a juridical notion of Teleological order, is worth saying, with preeminence in the eschatological considerations or finals claimed by the juridical European classification, as a right in action, capable of integrating across the interpretation jurist, the national sources of the members states of the Union, and international equally ratified by they, in relation with the juridical community original and derivative classification, and his permanent updates.

Historical politician is understood in this notion, the sense propedéutico of integration orientation of the EU, had in account of a superlative way for the organ jurist of the Union, is worth saying, the TJCE, that it operates in this respect as a maker of the European supra nationality, under the logic of be raising in interpreter of a common, underlying right to the European community, on the basis of general beginning of right and juridical traditions, which contours become visible in the juridical European order, specially from the Fundamental Laws of the human person.

* El autor es Abogado, Magíster en Ciencias Sociales, Diploma de Estudios Avanzados en Derecho de la Unión Europea, Dr. © en Economía, Universidad de Salamanca.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales en la Unión Europea, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Nuevo derecho común europeo, Protección de los derechos fundamentales en Europa, Jurisprudencia en Derechos fundamentales en Europa.

KEY WORDS: *Fundamental rights in the European Union, Court of Justice of the European Communities, New common European law, fundamental rights protection in Europe, fundamental rights jurisprudence in Europe.*

CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente estudio aborda la protección de los Derechos Fundamentales, a partir de la Jurisprudencia del TJCE.

Dado el carácter jurisprudente del trabajo, se realizan de manera previa al análisis de jurisprudencia propiamente tal algunas reflexiones metodológicas relativas a enfocar el rol jurisprudente en el derecho de la Unión Europea (UE), en orden a optimizar tanto el enfoque de la exposición como la lectura del mismo.

Se enfoca el trabajo entonces desde dos ejes analíticos metodológicos previos, para luego realizar un igualmente breve análisis de contenido de sentencias en particular. Tales ejes son:

- I. Breve análisis del enfoque metodológico de la actividad del TJCE.
- II. Referencia a los límites del TJCE en su actividad interpretativa.

Se culmina luego el trabajo, con el estudio de algunas sentencias determinantes en la Jurisprudencia de Derechos Fundamentales del TJCE en la UE, sentencias que estimo un rango adecuado a efectos de mostrar las consideraciones metodológicas previas en el estudio, como igualmente el sentido de la fuente jurisprudente en relación a los objetivos de protección de fondo que se harán valer en este estudio.

I. BREVE ANÁLISIS DEL ENFOQUE METODOLÓGICO DE LA ACTIVIDAD DEL TJCE

La condición *per se* de la Jurisprudencia como una fuente del derecho obliga, en cualquier trabajo que la involucre, volver la vista a las consideraciones metodológicas jurídicas que le subyacen en un contexto determinado –en este caso la UE–, máxime si se trata de sentencias que tienen el mérito de incorporar en el acervo jurídico comunitario europeo a los Derechos Fundamentales, hecho tan de suyo relevante que obliga a instalar esta consideración al método de análisis jurídico propio de las decisiones en del TJCE.

Dicho de otro modo, la pretensión de sentar bases de universalidad en el marco de un ordenamiento jurídico, a partir de una sentencia judicial, siempre será un alcance que debe atenderse con una mirada o filtro científico jurídico especial, extraordinario, pues se trata que desde una fuente secundaria, indirecta, del ordenamiento jurídico, se obtenga una imposición sobre el conjunto del derecho positivo que regula normalmente las pretensiones por las que un Tribunal adquiere competencia para resolver un asunto de interés jurídico relevante.

Requiere por ende, el enfoque de la Jurisprudencia, un posicionamiento en el orden sustantivo, derivado del adjetivo, cuya fuerza relativa debe observarse metodológicamente, a la hora de plantearse un análisis de los efectos de estas decisiones.

Me parece por lo demás, conforme ciertas fuentes consultadas al respecto en este trabajo, que esta posición metodológica aparece con asidero más que aceptado en el debate jurídico europeo, que permite además entender la aplicación del derecho de las Comunidades europeas por parte del TJCE.

Si se quiere es una apuesta, la presente, ordenada en función de la adopción subjetiva de un interés en otorgar valor a la función jurisprudente, tema de opción no menor en el concierto de la función objetiva que se trata de asignar al derecho como corriente científica, pero que desde ya se inserta en este caso, como opción metodológica cualitativa, en la que nunca, en ciencias sociales, puede prescindirse de dicha opción racional del investigador o intérprete.

Cabe de este modo el análisis de contenido de la fuente positiva por el segmento jurisprudente europeo, netamente en una condición científica defendida por numerosas escuelas jurídicas en la Historia, pero que frente al Positivismo, han sido normalmente cuestionadas en su origen por carecer de sustento objetivo.

No es por cierto el caso de esta pretensión doctrinaria, en tanto a reconocer metodológicamente una visión progresista de la jurisprudencia del TJCE, anclada en plenos sentidos de interpretación jurídica y científica, como encarnación del derecho en acción de la UE, en el contexto de un derecho también en desarrollo, respecto a la incorporación progresiva de los Derechos Fundamentales en las comunidades que incide.

Es, de esta manera, la referencia metodológica en la actividad interpretativa del TJCE, un elemento base en el análisis de la orientación de la actividad judicial en la UE, y entrando de lleno a estas consideraciones previas de la función interpretativa jurisprudente del derecho en acción europea a través de su TJCE, diremos en términos estrictamente jurídicos, que tal actividad se ordena desde un acento teleológico, en el sentido de integrar el derecho comunitario desde sus elementos bases¹, en un contexto sistemático normativo del que se desprenden tales elementos, orientados a una noción final en dos sentidos: primero, llegar la protección propiamente tal de Derechos Fundamentales de la persona humana en sede europea; y segundo, otorgar a la función jurisprudente, la capacidad de constituirse en fuente del derecho a objeto de proteger estos Derechos Fundamentales.

¹ “Se puede decir que todos los métodos de interpretación propios de derecho internacional y de derecho interno, se emplean en derecho comunitario. Pero debido al objetivo de integración de los Tratados, el Tribunal de Justicia, cuya misión es, como se ha visto, asegurar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados... ha preferido los métodos funcionales de interpretación, es decir considerar la finalidad general de los Tratados con miras a reconstruir su espíritu. Ha recurrido al método sistemático y a la interpretación teleológica (d. mfo). Al tener que interpretar un Tratado marco que por definición deja un amplio poder normativo para su aplicación, el tribunal, al margen de las reglas de tipo técnico enunciadas por el tratado, ha puesto en evidencia los principios fundamentales que son la base de la creación comunitaria. Estos principios de la ‘constitución económica’ comunitaria sirven de trama o de *leitmotiv* a una numerosa jurisprudencia que concierne, tanto a la realización de la libre circulación de mercancías y personas, como a la puesta en práctica de las políticas comunes”. LOUIS, Jean Victor, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Editorial FR Germany (Bruselas, 1995), pp. 25.

Este sentido de desarrollo del derecho europeo, en consecuencia, se orienta desde una condición del TJCE, de transformarse en creador de derecho en la UE, sentido basado en el método interpretativo teleológico, integrador del acervo jurídico europeo en evolución, en construcción.

Al respecto, García Alonso señala que este derecho europeo es “El sistema comunitario de principios y técnicas elaborado jurisprudencialmente (destacado mío: en adelante d. mío) como base de un nuevo ‘*Ius Commune*’ europeo”. Destaca esta construcción en cuanto “Esta labor unificadora se concreta en la formulación de categorías generales necesarias, en orden a la delimitación del alcance y significado del Derecho comunitario, formulación que unas veces tendrá el carácter de desarrollo de categorías ya contempladas normativamente, y otras, las más, implicará una construcción *ex novo* ante el silencio normativo al respecto”². En el mismo sentido Blumann, considera al TJCE como “el arquitecto oculto de la supranacionalidad”³.

El sentido integrador, entonces, se advierte desde luego a partir de la enorme responsabilidad histórica que asume el trabajo del TJCE respecto de la integración o convergencia política del sistema jurídico europeo (no puede soslayarse el siempre permanente acento de los Derechos Fundamentales en el sentido político de una comunidad jurídica); sobre la base de una tradición histórica común, amparada en un derecho cuyos contornos se han definido en el campo de las contingencias permanentes de movimiento político del orden europeo. Por ende, se trata de una jurisprudencia destinada a conformar un acervo común, en el plano de la protección de sentidos que intervienen decididamente en el fondo de la construcción supranacional europea.

Este rol de la jurisprudencia ha sido particularmente esencial en materia de protección de Derechos Fundamentales, hecho que obliga a ubicar la relevancia que tiene la jurisprudencia, como fuente del derecho, desde la metodología jurídica, que le permite reconocerse como alero de orden sustantivo general, del derecho de la UE “...la mayoría de los principios generales de Derecho comunitario ha sido resultado de una pura construcción jurisprudencial (d. mío), en cuanto no existían referencias a ellos en la legislación comunitaria... No interesa en estos momentos entrar en una posible discusión en torno a si tal labor debería calificarse como auténtica creación jurisprudencial o, por el contrario, con palabras de Bouluois, como ‘integración selectiva’, en la medida en que la libertad de creación del juez comunitario estaría restringida, según dicho autor, por la necesidad de tener siempre presentes como puntos de referencia tanto los caracteres del ordenamiento comunitario al que van a incorporarse como los caracteres de los ordenamientos nacionales en los que aquel está llamado a integrarse. Lo que si importa destacar es que tales categorías generales y técnicas jurídicas de concreción se presentan como absolutamente necesarias para ir conformando un cuerpo de Derecho público destinado a regir la actividad de la Comunidad, y que ante posibles carencias o insuficiencias normativas, es el TJCE el encargado de configurarlas”⁴.

² GARCÍA ALONSO, Ricardo, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Editorial Civitas (Madrid, 1989), pp. 229.

³ Nota a la sentencia del TJCE de 24 de octubre de 1989, asunto 16/1988, en *RTDE (Revue Trimestrielle de Droit Européen)*, 1 (Paris, 1990), pp. 170-190.

⁴ GARCÍA ALONSO, Ricardo, cit. (n. 2), p. 236.

De esta manera, desde la perspectiva anotada más arriba, en general podremos decir que la actividad del TJCE interviene a través de las decisiones judiciales, en la construcción jurídica de los Derechos Fundamentales, en relación con los ordenamientos nacionales, a partir de la integración de los mismos en el horizonte del derecho comunitario, enfrentando el sentido de la profundización jurídica vía jurisprudencia en la Unión Europea, innovando en la protección de derechos esenciales de la persona humana, como premisa de orden teleológico destinado a acrecer el acervo de orden fundamental en la UE, y mostrar esa fisonomía inserta en las pretensiones sometidas a su decisión, precisamente desde la sustancia de esas interpretaciones jurisprudentes. Enfatizando este rol señala Palacio González que “Inserto en un proceso evolutivo, el concepto de sistema comunitario solo puede interpretarse dinámicamente; es decir, enfocando las relaciones jurídicas fundadas en el ordenamiento comunitario desde una perspectiva que, más allá de la letra, contemple los fines ‘pretendidos’ (*les fins voulues*) por los Tratados constitutivos. La consideración del Derecho comunitario como ‘conjunto de normas que apuntan a un objetivo concreto’ condiciona su interpretación y aplicación. Partiendo de esta particularidad en la norma comunitaria, el TJCE ha desarrollado una jurisprudencia teleológica, decidida a resaltar y apuntalar sus rasgos específicamente originales”⁵.

Esta responsabilidad, a mi juicio, es en el ámbito de los Derechos Fundamentales, ejercida de una manera poco común en el escenario jurídico occidental latino, siempre mucho más reticente a fórmulas jurisprudenciales, y conservador a la hora de reconocer protecciones referidas a la persona humana. En consecuencia, es la labor de este Tribunal, altamente relevante como órgano creador de un sentido de aplicación jurídica de Derechos Fundamentales, a pesar que, seguro, voces menos conformes, habrán pedido mayor injerencia de intervenciones legislativas, que de interpretaciones jurisprudenciales, que este autor, conforme con el correlato de la doctrina europea, considera más oportunas, máxime si se ha dispuesto esta creación a partir de un marco positivo esencialmente de carácter económico social, como es el sistema propuesto por los tratados originarios del orden jurídico supranacional europeo.

Visto en el tiempo, no puede pretenderse que estas nociones respondan solo a un tardío reconocimiento de estas pretensiones como insertas en el orden constitutivo europeo, toda vez que las normas positivas comunitarias se referían, al inicio de este proceso, precisamente a aspectos más bien económicos y comerciales. Antes bien, podemos siempre considerar la posibilidad de derivar, inferir o deducir de fórmulas positivas supranacionales europeas, la nota presente de la protección de Derechos Fundamentales de la persona humana en su seno, como correlato que la metodología jurisprudente perfectamente pudiese asomar desde el ángulo teleológico, que, en definitiva, cómo no, así se ha expresado en la jurisprudencia del TJCE.

De esta manera podemos desde esta perspectiva histórica considerar que el TJCE ha tenido un criterio ordenador de compromiso más que de desaire a los Derechos Fundamentales, mirado esto ya, insisto, en la perspectiva de la historia.

⁵ PALACIO GONZÁLEZ, José, “Derecho Procesal y del Contencioso Comunitario”. Editorial Aranzadi (Navarra, 2000), pp. 38.

II. BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCIÓN Y LÍMITES DEL TJCE EN SU LABOR INTERPRETATIVA

La evolución del reconocimiento de los Derechos Fundamentales desarrollada por el TJCE, parte entonces desde el extremo de otorgar valor jurídico a una serie de antecedentes, positivos y teóricos, que construyeron paulatinamente una tesis permanente de aplicación jurídica en materia de la protección en sede jurisprudente de estos bienes jurídicos. Tales antecedentes positivos, se fundaron en la legislación comunitaria económica y comercial originaria, los tratados constitutivos, desde la cual lentamente en su aplicación, se gestaron hechos controvertidos entre personas y la institucionalidad de las CCEE, cuya llegada al seno de los Derechos Fundamentales, es decir, en tanto comenzaron a afectar esferas de protección jurídicas amparadas por la concepción de los Derechos Fundamentales, como la dignidad, la igualdad, la libertad o la propiedad, ameritaron ejercicios de aplicación, que traspasando los límites positivos, por cierto insuficientes como tales estructuras normativas específicas, en relación a la materia fundamental, fueron llegando poco a poco a dirimir en el fondo tales cuestiones, enfrentando por ende estas limitantes que tal legislación positiva establecía, buscando por ello dentro de estos límites, los fines y la teleología inherente a los recursos jurídicos sobre los que se plantea salvaguardar adecuadamente tales derechos.

Por su parte, sin perjuicio de la construcción sistemática de esta tesis de salvaguarda legal jurisprudente de Derechos Fundamentales, extraídas tanto del contexto de diversas instituciones jurídicas comunitarias, como de ciertos principios, entre los que se alzan fuertemente el de proporcionalidad, el del interés general superior comunitario, y el de igualdad de trato; asimismo juega un fuerte énfasis de esta construcción jurisprudente, la función social de las instituciones comunitarias, donde no debe dejar de pronunciarse la importancia de normas que también son parte esencial en la construcción del soporte jurídico de protección de los Derechos Fundamentales, me refiero particularmente a las normas sobre responsabilidad extracontractual⁶, que sirvieron de especial enlace a la posibilidad teleológica jurisprudente en el desarrollo posible a fines pretendidos, y no positivizados en el ordenamiento originario. Tampoco debe dejar de mencionarse en este contexto, el recurso procesal del expediente prejudicial, de suyo relevante en esta construcción jurisprudencial de la protección de los Derechos Fundamentales europea^{7 8}.

⁶ “Además de los principios generales de derecho de derecho internacional el Tribunal debe aplicar los principios generales comunes de los derechos de los Estados miembros. El artículo 215 ap.2 del tratado CEE se refiere expresamente a estos principios en materia de responsabilidad extracontractual... Se admite generalmente, que esta referencia expresa es la aplicación de una regla más amplia según la cual la Comunidad está sometida a los principios generales comunes de los derechos de los Estados miembros. La referencia a estos principios procede del carácter necesariamente incompleto del ordenamiento jurídico comunitario determinado por los objetivos y las reglas materiales de los tratados, así como de la comunidad de tradiciones jurídicas de los Estados miembros” LOUIS, Jean Víctor, cit. (n.1), pp. 64.

⁷ La cuestión prejudicial se funda en “La cooperación judicial establecida por el artículo 177 TCEE entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJCE, que tiene como fin asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros”: ORTÚZAR ANDECHAGA, Luis, *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Editorial Trivium (España, 1992), pp. 169. Agrega luego, respecto a la naturaleza jurídica procesal de esta institución que “Desde el punto de vista del órgano

Todo este escenario, debe comprenderse como un tránsito hacia la regulación actual de estos derechos, que sin participar de un procedimiento especial, se constituyen a partir de esta lógica jurisprudente, que como técnica especial de interpretación, insistió que por su reconocimiento en UE, insertándoles de una forma evolutiva histórica, en concomitancia tanto con los principios mencionados, como con el interés general y la función social europea.

Estos principios orgánicos de la actuación del orden europeo vierten desde la jurisprudencia europea, un cúmulo de antecedentes que depuran el soporte positivo hoy formalizado en la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE, promulgada en enero del presente año, normas las cuales son imposibles de colegir sin el presupuesto base de desarrollo a partir de la Jurisprudencia en estudio, que desde el TJCE ha operado crecientes equilibrios entre los derechos internos y la legislación comunitaria, cuando en la particular labor armonizadora vía sentencia judicial, debe pronunciarse conforme se planteen los elementos necesarios para su intervención, no alcanzados por el orden positivo europeo.

Por su parte, siempre es útil señalar el alcance doctrinal de los principios en cuestión, como garantes de equidad en la aplicación de la normativa comunitaria, así señala Paniagua que “el principio de proporcionalidad, a diferencia del de subsidiariedad opera en el ámbito del sistema competencial de la Unión, se trata de un principio prudencial que debe guiar la utilización de las competencias de la Unión de modo que sus acciones no vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”⁹. Girón por su lado, advierte que el principio de proporcionalidad “Se distingue del principio de subsidiariedad en que este último implica que la CE solo intervendrá en los ámbitos de competencias compartidas en la medida en que los objetivos de la actuación propuesta no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros”¹⁰.

Claro es entonces que estos principios en sede judicial han recibido progresiva adopción en la medida que los asuntos de los ciudadanos europeos han implicado la necesaria intervención del TJCE para dirimir entre el alcance de las legislaciones internas, en relación con la comunitaria, y en la necesaria proporcionalidad de las medidas para restablecer o establecer el imperio del derecho comunitario en relación con las actuaciones de instituciones comunitarias y esos ciudadanos, en relación, en el caso que nos ocupa, a cuestiones de Derechos Fundamentales.

jurisdiccional nacional en un incidente, que provoca la suspensión del procedimiento principal, que termina, producida la sentencia del TJCE, con la reanudación del mismo para finalizar mediante sentencia, que debe ser conforme dictada, en interpretación o validez, por el TJCE”.

⁸ Respecto, por último, a la naturaleza jurídica del acto decisorio, y en el mismo sentido propedéutico, GARCÍA ALONSO, Ricardo, cit. (n. 2), pp. 171; vincula estas sentencias a las de carácter interpretativo, cuya importancia advierte de la siguiente manera “Cuando el TJCE interpreta (y no solo en el marco de la cuestión prejudicial de interpretación, sino en el marco de cualquier otro recurso) una disposición comunitaria, dicha interpretación vincula a todos los jueces y tribunales de todos los Estados miembros”.

⁹ LINDE PANIAGUA, Enrique, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Editorial Colex (Madrid, 2005), pp. 100.

¹⁰ GIRÓN LARRUECA, José Antonio, *La Unión Europea, la Comunidad Europea y El Derecho Comunitario*, Editorial Publicaciones Universidad de Sevilla (Sevilla, 2002), pp. 114.

Este acervo es sin duda la base que ha permitido la consagración específica de la protección de estos derechos en la base jurídica actual de la UE, establecida en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, publicada el 12 de diciembre de 2000 en el Diario Oficial de las Comunidades europeas, en que se advierten claramente los enlaces con los sentidos de orden propedéutico tenidos a la vista por el TJCE en las decisiones que conforman el acervo de protección a tales derechos.

Señala esta Carta en plena concomitancia teórica de estos principios, su evolución y desarrollo por la Jurisprudencia del TJCE, que “La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento. / Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los Derechos Fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos. / La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”¹¹.

III. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EN SENTENCIAS DEL TJCE EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*Sentencia Stauder*¹². El mérito de esta sentencia, desde un punto de vista teleológico histórico, se encuentra en que el TJCE entra en la solicitud de protección de un derecho fundamental, en el contexto de la aplicación de un derecho económico y social. Aquel estaría vulnerado precisamente en el procedimiento administrativo subyacente al ejercicio del derecho económico y social de abastecimiento de mantequilla. Se muestra entonces claramente la voluntad teleológica y contextual en la lógica del TJCE, pues dirime acerca de la posibilidad de afectación de un derecho fundamental, la dignidad, desde esa fuente económico-social. Y además su relevancia se basa en la fuente por la que acepta la invocación de tal derecho fundamental, consistente dicha fuente en los principios generales de derecho, que se legitiman en sede judicial definitivamente desde esta sentencia.

Desde un punto de vista histórico, podemos decir que la profundización cada vez más extensiva de los derechos económicos y sociales en la UE, demandaron articu-

¹¹ *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*: Disponible en World Wide Web: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf >

¹² Sentencia TJCE de 12.11.1969, *Stauder*, 29/69.

lar un sentido de protección como Derechos Fundamentales, que hacia la época de esta sentencia, claramente ya tenía una madurez suficiente para ser analizados como fuente legal basada en ciertos principios generales de derecho comunitario.

Tan es así, que se acepta la supuesta vulneración de los mismos, atendiendo la evolución del procedimiento administrativo (de asignación de excedentes de un alimento), y sus alcances, en relación a la dignidad ofendida del recurrente, por una identificación personal expresada en las nóminas respectivas, de aquellos con derecho a recibir excedentes de mantequilla, ordenando una modificación de la identificación respectiva, de manera de impedir ofender la dignidad de un beneficiario del producto.

*Sentencia Nold*¹³. El mérito de esta sentencia desde un punto de vista finalista histórico, y en el contexto del derecho europeo, se encuentra en el considerando 13, que incorpora las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, como fuente de los Derechos Fundamentales. Tal fuente dice es garantía de protección contra medidas en la UE que no respeten los Derechos Fundamentales establecidos por las Constituciones de los Estados miembros.

Luego, además, incorpora en el acervo jurídico de protección de los Derechos Fundamentales, un segundo elemento para la protección de estos derechos, cual es, que ellos deben ser considerados a la luz de la función social de los bienes y actividades protegidos, hechos que, como hemos visto, forman parte de los límites que *per se*, junto a la proporcionalidad y subsidiariedad, debe respetar el TJCE en la aplicación de sus decisiones en materia de Derechos Fundamentales. Entonces, destaca para rechazar la protección de un derecho fundamental, esta superior entidad de los intereses sociales relacionados con los bienes y/o actividades solicitados proteger, que los ciudadanos en consecuencia, deberán siempre atender, a la hora de solicitar protección de un determinado derecho fundamental ante el TJCE.

*Sentencia Hauer*¹⁴. Su mérito reside en que agrega a la construcción de la protección de Derechos Fundamentales en sede de la UE, el apreciarle en el contexto del marco del derecho comunitario, en tanto no hacerlo, "...iría en contra de la unidad material y la eficacia del derecho comunitario, y rompería ineluctablemente la unidad del mercado común, poniendo en peligro la cohesión de la comunidad" (Sumario, numerando tercero). Entonces, vincula de manera muy precisa, el principio de la función social del derecho comunitario (cohesión social), surgente de las instituciones económicas de la Unión (esto es, la unidad del mercado común), como preeminentes para la revisión de una posible violación de Derechos Fundamentales.

Agrega luego esta sentencia, que tampoco serán admisibles en la comunidad, "...medidas incompatibles con los Derechos Fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos..." (numerando cuarto) otorgando así pleno valor dentro del derecho comunitario, al contexto general normativo del derecho internacional de derechos humanos, en la UE, vía legislaciones

¹³ Sentencia TJCE de 14.5.1974, *Nold*, 4/73.

¹⁴ Sentencia TJCE de 13.12.1979, *Liselotte Hauer*, 44/79.

de Derechos Fundamentales de los Estados miembros, ampliando el arco de protección de tales derechos.

A continuación, profundizando en la vinculación de este razonamiento con el interés general de la Comunidad, incorpora un elemento vinculado al principio de proporcionalidad, al señalar que en el caso de la restricción a un derecho, en este caso la propiedad, es necesario que "...dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y que no constituyan en relación con el fin perseguido una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario" (numerando quinto). Continúa en el numerando séptimo del sumario, en el análisis de los elementos constitutivos de la especial arquitectura de protección de Derechos Fundamentales, integrando que estos derechos "lejos de constituir una prerrogativa absoluta, deben considerarse con arreglo a la función social de las actividades protegidas", elemento este último en definitiva esencial, que lleva a concluir al TJCE en el caso, que la prohibición de que fue objeto el recurrente para plantar nuevas vides en un determinado terreno de su propiedad, no afecta su derecho fundamental de propiedad, ni su derecho a la profesión de agricultor vinculados a aquel".

*Sentencia Kreil*¹⁵. Esta decisión es ya mucho más completa en cuanto a incorporar los elementos de juicio en derecho comunitario, a la hora de analizar la procedencia de la protección de un derecho fundamental. Históricamente ya estamos en un estadio de protección avanzado, con una lógica jurisprudencial profunda, que permite dirimir de manera muy completa el asunto derivado de una supuesta violación en la igualdad de trato de la Sra. Kreil, en cuanto a asumir la profesión militar en igualdad de condiciones que los hombres, es un destacamento armado, cuya procedencia el Estado alemán le limita, en razón que la Ley del personal militar y su Reglamento lo prohíben. La Sra. Kreil recurre fundando su derecho en una Directiva comunitaria que le ampararía frente a esa norma, precisamente por cuanto en el derecho comunitario tal prohibición sería improcedente en virtud del principio igualdad de trato. Luego de un complejo análisis donde la Comisión deriva la decisión del asunto al TJCE en base al principio de proporcionalidad, y luego de un análisis de este tribunal respecto a los fundamentos de hecho y derecho concurrentes en la especie, en base a otras jurisprudencias en relación a las normas de seguridad interior y exterior de los Estados miembros, determina en definitiva que la Directiva si es aplicable en el caso, toda vez que es improcedente una reserva general de una norma nacional que impida de manera general en materia de seguridad la validez de una Directiva. Las excepciones, dice la sentencia, son admisibles, en determinados casos de aplicación restrictiva. En consecuencia, yendo al fondo, señala que ya antes el TJCE ha reconocido que el sexo no puede ser una limitante para algunos trabajos, y que para determinar la permanente aplicación de probables restricciones en la materia "...los estados miembros están obligados a examinar periódicamente las actividades de que se trata para determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva" (Considerando 22).

¹⁵ Sentencia del TJCE de 11.01.2000, *Tanja Kreil*, C-285/98.

Revisa a continuación la procedencia del principio de proporcionalidad, en tanto cuanto el Estado alemán haya considerado estos elementos de evolución histórica en materia de Derechos Fundamentales, en este caso de igualdad de trato, señalando "...debe comprobarse se en las circunstancias del presente asunto, las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en el ejercicio del margen de apreciación que se les reconoce, persiguen en realidad, el objetivo de garantizar la seguridad pública y si son adecuadas y necesarias para alcanzar este objetivo" (considerando 25). Concluye el TJCE que la medida no es proporcional a estos objetivos, ya que no es justificado por cuanto "el hecho de que las personas que sirven en ellas puedan tener que utilizar armas no justifica por sí solo que las mujeres queden excluidas del acceso a los empleos militares" (número 28), de lo cual concluye aceptando la protección de la Sra. Kreil, señalando que "De ello se desprende que la exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implique el uso de armas no está comprendida entre las diferencias de trato permitidas por el artículo 2 apartado tres de la Directiva en aras de la protección de la mujer" (número 31). Declara en consecuencia a renglón seguido en este caso, la preeminencia de la Directiva comunitaria en la materia.

Es destacable la incorporación expresa de la evolución histórica, del contexto de aplicación de las normas, que hemos venido sosteniendo como parte de la lógica interpretativa de la actividad jurisprudencial del TJCE, y que sin duda otorga vida y sentido al derecho en la UE, en el caso *sub lite*, bajo ya una plataforma de razonamiento en función de principios y valores ya sólidamente establecidos sobre todo vía jurisprudencia, para dirimir la procedencia de Derechos Fundamentales en la UE. Es entonces ya una actividad más llana, completa, siempre perfectible, pero que en un derecho emergente, como el de la igualdad de género, y en una materia tan delicada como es el ejercicio de una profesión militar, sin embargo protege el derecho de igualdad de trato en favor de la mujer. Sin duda la historia está de parte de esa igualdad de trato, y de esa actividad lógico sistemática del tribunal, para que a la luz de los principios que subyacen su actividad, se otorgue valor al derecho comunitario sobre el nacional alemán en esta materia, sentando las bases para el futuro comunitario al respecto. Ello sin duda tan importante era, que la Comisión y el Estado italiano se hicieron parte en el proceso para plantear sus puntos de vista. Todo lo anterior no hace sino ratificar la posición metodológica del tribunal reseñada más arriba, y la correcta aplicación de los límites en cuanto a la valoración exacta de las competencias de normas comunitarias y nacionales en función de la proporcionalidad, a su vez en íntima conexión con intereses sociales superiores, como la seguridad interna y externa de un Estado, en relación con prerrogativas de igualdad.



DERECHO INTERNACIONAL



LOS ÓRGANOS DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CONSEJO EUROPEO

THE BODIES OF THE EUROPEAN UNION: THE EUROPEAN COUNCIL

EDUARDO H. RODRÍGUEZ MUÑOZ*

RESUMEN

En el presente trabajo, el autor revisa los antecedentes de la creación del Consejo Europeo, desde sus inicios como expresión de las cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno europeos hasta su institucionalización definitiva como organismo de la Unión Europea; su reglamentación y funciones, así como su rol en la orientación y consolidación de la mencionada unión.

PALABRAS CLAVE: Consejo Europeo, Unión Europea, Constitución Europea, Tratado de Maastricht, Jefes de Estado, integración.

ABSTRACT

In this paper, the author reviews the history of the European Council, from its beginnings, as an expression of the summits of the Heads of States and Government for until definitive institutionalization as an agency of the European Union, its regulations and function and its role on the guiding and strengthening of that union.

KEY WORDS: *European Council, European Union, European Constitution, the Maastricht Treaty, The Heads of States, integration.*

I. REFERENCIA AL OBJETO DE ESTUDIO

El Consejo Europeo es un organismo político de carácter intergubernamental, que se encuentra conformado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los países miembros de la Unión Europea. La creación de este consejo responde a la idea de institucionalizar las llamadas Cumbres Europeas que se celebraron entre los años 1961 y 1974, que reunían a los representantes de los Estados integrantes de las comunidades europeas, sin llegar a constituirse en un órgano comunitario.

Jurídicamente el Consejo Europeo no puede ser conceptualizado como un órgano comunitario, de hecho su creación y posterior institucionalización tuvo por finalidad el establecimiento de un ente situado fuera de la Unión Europea, que no estuviese sujeto a las normas y estructuras de la institucionalidad, pero que permitiera abordar determinadas materias mediante la adopción de compromisos que facilitarían la concreción de ciertas actividades o permitieran las negociaciones en determinadas áreas.

* El autor es Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat de Iquique. Profesor de Derecho civil en la Carrera de Derecho, Sede Arica, de la Universidad Arturo Prat. Correo electrónico: rodriguezromero@vtr.net;

II. BREVE RESEÑA DE UN PROCESO HISTÓRICO

El primer antecedente acerca de la creación de este organismo lo encontramos en la Cumbre de París, celebrada los días 9 y 10 de diciembre de 1974, que reunió a nueve Jefes de Estado o de Gobierno y en que, entre otros temas, se adoptaron decisiones como la de reunirse regularmente en el Consejo Europeo, a lo menos en dos ocasiones al año, ya sea con el objeto de actuar como consejo de la Comunidad o como una entidad de cooperación en el ámbito político.

El Consejo Europeo, como tal, se reúne por primera vez en Dublín durante los días 9 y 10 de marzo de 1975. Esta reunión se celebró con la participación de once países miembros de la Comunidad Europea representados por sus Jefes de Estado o de Gobierno y culminó con la adopción de un acuerdo respecto de la situación de Gran Bretaña y su entrada a la Comunidad.

El 1 de julio de 1987 entró en vigor el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo por nueve Estados miembros el 17 de febrero de 1986, y por otros tres países el 28 de febrero del mismo año. Este instrumento, que tuvo por objeto reactivar el proceso de integración europea con miras a concretar la realización del mercado interno –tarea que hasta entonces se visualizaba como de difícil realización por cuanto el proceso de toma de decisiones en el Consejo imponía, como mecanismo de armonización de las diferentes legislaciones, la unanimidad–, fue el primero que institucionalizó jurídicamente al Consejo Europeo, refiriéndose a él en su artículo 2^o¹. Sin embargo, si bien se oficializaron de esta forma las Cumbres Europeas, nada se dijo respecto al ámbito de competencias de este órgano, como tampoco se le confirió poderes de decisión ni potestades coercitivas con respecto a los demás organismos e instituciones mencionados en el Acta.

La integración de Europa experimenta un importante fortalecimiento con el Tratado de Maastricht sobre la Unidad Europea, suscrito el 7 de febrero de 1992 y que entró en vigencia a partir del 1 de noviembre de 1993. Este documento fue el resultado de una serie de elementos, entre los que se cuenta el fracaso del sistema comunista en Europa, la inminente unificación de Alemania, el Consejo Europeo de Roma, de 14 y 15 de diciembre de 1990, y el de Maastricht, de 9 y 10 de diciembre de 1991. Con este Tratado se confirma el carácter democrático y la eficiencia de las instituciones, se plasma una cooperación en materias judiciales, se establece una unidad económica y monetaria –que constituye el marco legal del Euro–, refuerza los aspectos sociales de la comunidad, instaura la ciudadanía europea, instituye una política exterior y de seguridad común, entre otros temas. Este tratado tiene además la particularidad de que incorpora en su articulado una norma referente al Consejo Europeo, así pues, en su artículo D² define, en térmi-

¹ Acta Única Europea, artículo 2: “El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por el Presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas. Estarán asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores y por un miembro de la Comisión. El Consejo Europeo se reunirá al menos dos veces al año”.

² Tratado de Maastricht, artículo D: “El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales”. El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por el presidente de la Comisión.

nos generales, sus competencias, su composición, su estructura interna y funcionamiento.

Tras mucho andar, los Estados miembros de la Unión Europea arribaron a la creación de una Constitución Europea, que si bien mantiene en gran parte el contenido de los tratados anteriormente suscritos en la materia, establece un nuevo marco jurídico institucional para la Unión. Aprobada el 18 de junio del año 2004, fue firmada por veinticinco Estados miembros en la ciudad de Roma el 29 de octubre del mismo año. Esta Constitución europea –o Tratado Constitucional³– transforma definitivamente en una institución de la Unión al Consejo Europeo (así también al Parlamento, a la Comisión Europea, al Consejo de Ministros y al Tribunal de Justicia⁴), para regular luego en los artículos I-21 y I-22 las competencias, la composición, el funcionamiento, el procedimiento de elección de su Presidente y las atribuciones de este⁵. Todas estas normas fueron recogidas por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre del año 2007, luego del frustrado proceso de ratificación de la Constitución Europea.

Estos estarán asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y por un miembro de la Comisión. El Consejo Europeo se reunirá al menos dos veces al año, bajo la presidencia del Jefe de Estado o de Gobierno del Estado miembro que ejerza la presidencia del Consejo. El Consejo Europeo presentará al Parlamento Europeo un informe después de cada una de sus reuniones, así como un informe escrito anual relativo a los progresos realizados por la Unión”.

³ *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Edición preparada por ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco, Segunda edición (2004), versión digital contenida en la página: <http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/constitucioneuropaea/nuevo/>;

⁴ *Tratado sobre la Constitución para Europa*, Título IV *De las Instituciones y Órganos de la Unión*, Capítulo Primero: *Marco Institucional*: Artículo I-19 *Instituciones de la Unión*. 1. La Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad: - Promover sus valores. - Perseguir sus objetivos. - Defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros. - Garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones. Este marco institucional está formado por: - El Parlamento Europeo. - El Consejo Europeo. - El Consejo de Ministros (denominado en lo sucesivo “Consejo”). - La Comisión Europea (denominada en lo sucesivo “Comisión”). - El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confiere la Constitución, con arreglo a los procedimientos y condiciones establecidos en la misma. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal”.

⁵ *Tratado sobre la Constitución para Europa*, Título IV *De las Instituciones y Órganos de la Unión*, Capítulo Primero “*Marco Institucional*”: Artículo I-21 “*El Consejo Europeo*. 1. El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales. No ejercerá función legislativa alguna. 2. El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y por el Presidente de la Comisión. Participará en sus trabajos el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión. 3. El Consejo Europeo se reunirá trimestralmente por convocatoria de su Presidente. Cuando el orden del día lo exija, los miembros del Consejo Europeo podrán decidir contar, cada uno de ellos, con la asistencia de un ministro y, en el caso del Presidente de la Comisión, con la de un miembro de la Comisión. Cuando la situación lo exija, el Presidente convocará una reunión extraordinaria del Consejo Europeo. 4. El Consejo Europeo se pronunciará por consenso, excepto cuando la Constitución disponga otra cosa”. Artículo I-22 *El Presidente del Consejo Europeo*. 1. El Consejo Europeo elegirá a su Presidente por mayoría cualificada para un mandato de dos años y medio, que podrá renovarse una sola vez. En caso de impedimento o falta grave, el Consejo Europeo podrá poner fin a su mandato por el mismo procedimiento. 2. El Presidente del Consejo Europeo: *a)* Presidirá e impulsará los trabajos del Consejo Europeo. *b)* Velará por la preparación y continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en cooperación con el Presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales. *c)* Se esforzará por facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo. *d)* Al término de cada reunión del Consejo Europeo, presentará un informe al Parlamento Europeo. El Presidente del Consejo Europeo asumirá, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión. 3. El Presidente del Consejo Europeo no podrá ejercer mandato nacional alguno”.

III. COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO EUROPEO

Integrado esencialmente por los Jefes de Estado o de Gobierno de los países miembros de la Unión Europea, en la actualidad –luego de la aprobación de la Constitución Europea– lo componen también su Presidente y el Presidente de la Comisión. En la práctica, los países miembros son representados normalmente por sus Jefes de Gobierno, con excepción de Francia y Finlandia que alternativamente son representados por su Jefe de Estado o por su Jefe de Gobierno.

El artículo I-22 del Tratado sobre la Constitución para Europa formaliza la figura del Presidente del Consejo Europeo, estableciendo un mecanismo de nombramiento del mismo mediante elección por mayoría cualificada y otorgándole un carácter de permanencia, superior al sistema de rotaciones semestrales imperante. El mismo artículo enumera las funciones que le corresponden y le entrega, además, la representación exterior de la Unión en política exterior y en temas de seguridad común, y ello sin perjuicio de las atribuciones que pudieran corresponder al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión⁶. Por último, queda prohibido para el Presidente del Consejo Europeo ejercer mandato nacional alguno.

Tradicionalmente, el Consejo Europeo, se ha reunido, a lo menos, en dos oportunidades al año, en lo que se denomina sesiones ordinarias. Estas sesiones se celebran normalmente en algún lugar del territorio del Estado miembro que conserva la Presidencia. Se reúne también, en las ocasiones que la contingencia lo requiera, en sesiones extraordinarias que se desarrollan, en principio, en la ciudad que acuerden los Estados miembros. En la práctica, en los últimos años, el Consejo Europeo se reúne anualmente en dos sesiones ordinarias y una extraordinaria, las que normalmente se han realizado en Bruselas⁷.

La idea de formalizar las Cumbres Europeas se centró, desde un comienzo, en la necesidad de contar con un ente en el cual se pudiera producir el diálogo, la discusión y los acuerdos necesarios para ir avanzando hacia la unidad. Así, el Consejo Europeo desarrolla sus reuniones sin apego a un estatuto o reglamento, normalmente se generan debates día a día en base a los temas incluidos en la documentación

⁶ *Tratado sobre la Constitución para Europa*, Artículo I-28 *El Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión*. 1. El Consejo Europeo nombrará por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión, al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión. El Consejo Europeo podrá poner fin a su mandato por el mismo procedimiento. 2. El Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión estará al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión. Contribuirá con sus propuestas a elaborar dicha política y la ejecutará como mandatario del Consejo. Actuará del mismo modo en relación con la política común de seguridad y defensa. 3. El Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión presidirá el Consejo de Asuntos Exteriores. 4. El Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión será uno de los Vicepresidentes de la Comisión. Velará por la coherencia de la acción exterior de la Unión. Se encargará, dentro de la Comisión, de las responsabilidades que incumben a la misma en el ámbito de las relaciones exteriores y de la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión. En el ejercicio de estas responsabilidades dentro de la Comisión, y exclusivamente por lo que respecta a las mismas, el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión estará sujeto a los procedimientos por los que se rige el funcionamiento de la Comisión en la medida en que ello sea compatible con los apartados 2 y 3”.

⁷ Así por ejemplo en el año 2008 se han realizados las siguientes reuniones: El Consejo Europeo de 13 y 14 de marzo de 2008; El Consejo Europeo de 19 y 20 de junio de 2008; y, El Consejo Europeo Extraordinario de 1 de septiembre de 2008.

remitida por el Consejo de la Unión. Estas discusiones y negociaciones se prolongan lo necesario para que los representantes de los Estados miembros lleguen a los acuerdos que sean más convenientes para el desarrollo de la Comunidad. En este punto juega un importante papel el Presidente de la Comisión Europea, quien normalmente propicia las negociaciones, incluso celebrándolas fuera de la reunión misma con los representantes de algunos de los Estados miembros, a fin de facilitarlas, quebrando las posiciones más intransigentes o bien generando la ocasión para que dos o más representantes puedan conversar y arribar a acuerdos. Según como estén dándose las discusiones, el Presidente de la Comisión Europea puede disponer la suspensión momentánea de las reuniones formales, a fin de permitir que las diferentes delegaciones presentes en las negociaciones consulten el tema con sus equipos de trabajo o con sus asesores externos.

Los debates, diálogos y negociaciones al interior de las reuniones del Consejo Europeo no son resueltas mediante votación, así también puede apreciarse en las disposiciones del Tratado sobre la Constitución para Europa, las que nada refieren acerca de un sistema de votación para la obtención de los acuerdos. Sin embargo, muy excepcionalmente, el Consejo Europeo ha debido hacer uso del sistema de votaciones, a raíz de lo poco flexible de la posición que Gran Bretaña ha asumido respecto de algunos temas.

Cerrado el debate, los diversos acuerdos adoptados por los representantes de los Estados Miembros son dados a conocer por medio de la publicación de las Conclusiones y Declaraciones emanadas de la Presidencia del Consejo Europeo. El texto de estas Conclusiones y Declaraciones no reviste el carácter de un instrumento jurídico emanado de la Comunidad, sino más bien el de acuerdos y compromisos políticos que para alcanzar fuerza jurídica requieren luego someterse al procedimiento habitual para la elaboración de documentos jurídicos.

De acuerdo al Tratado sobre la Constitución para Europa, el Presidente del Consejo Europeo tiene entre sus funciones la de emitir un informe al término de las reuniones del Consejo Europeo, el que deberá presentar ante el Parlamento Europeo.

IV. FUNCIONES DEL CONSEJO EUROPEO

Como dije más arriba, la idea de oficializar las llamadas Cumbres Europeas de las décadas del 60 y 70 respondió, desde su inicio, a la necesidad de contar con un organismo que permitiera propiciar el diálogo abierto, la discusión moderada y los acuerdos necesarios para el avance y desarrollo de la unidad en Europa.

Si bien, en una primera etapa, el Consejo Europeo no se encontraba reglamentado –ni siquiera mencionado– en los tratados firmados por los países europeos, su labor siempre se caracterizó por ser de la más alta trascendencia. Así pues, desde su creación le ha correspondido abordar las materias y elaborar las directrices indispensables para ir caminando hacia la integración europea, no solo en el ámbito económico –primer foco de interés que asume este organismo como tema de su agenda– sino también en los aspectos sociales, culturales y políticos de la Comunidad. Trascendental también ha sido su intervención en situaciones de conflicto entre

países miembros y entre estos y la Unión, proponiendo en estos casos fórmulas de acercamiento y solución.

El reconocimiento expreso del Consejo Europeo, en los tratados, conlleva necesariamente –como se reseñara– a la regulación de alguno de sus aspectos más relevantes. En lo que dice relación con sus funciones se asignó a este organismo la labor de dar a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y de definir sus orientaciones políticas generales. Esta misión –que en los mismos términos se plasma en más de un instrumento internacional– se ve complementada por el deber de presentar al Parlamento Europeo, una vez concluidas sus reuniones, un informe escrito anual relativo a los progresos realizados por la Unión.

La concreción de esta función se manifiesta en la elaboración de principios y orientaciones de carácter general tendientes a delinear las materias que revisten urgencia o prioridad para la Unión. Estas orientaciones se presentan como políticas generales a seguir sobre un tema, o bien, como materias que deben ser parte de la agenda de la Unión. También se plasma la aludida función a través de las llamadas declaraciones emanadas del Consejo Europeo, por medio de las cuales los Jefes de Estado o de Gobierno de los países miembros expresan su postura sobre algún tópico determinado. Cabe recordar lo dicho precedentemente en cuanto a que estos textos no reviste el carácter de un instrumento jurídico emanado de la Comunidad, sino más bien el de acuerdos y compromisos políticos que para alcanzar fuerza jurídica requieren luego someterse al procedimiento habitual para la elaboración de documentos jurídicos de la Unión.

Entre las áreas o materias que principalmente ha abordado el Consejo Europeo en su labor orientadora se encuentran los temas económicos, financieros, monetarios, constitucionales, de política exterior e interior. Pero la función del Consejo Europeo no se agota en la labor antes descrita, también corresponde a este órgano determinar las estrategias comunes que la Unión deba aplicar en ámbitos en los que los Estados miembros tengan importantes intereses en común.

En el Tratado sobre la Constitución para Europa –al que antes ya me he referido–, conjuntamente con la transformación definitivamente del Consejo Europeo en una institución de la Unión, se regulan sus funciones mediante una fórmula muy escueta y que no hace más que reproducir el contenido de los anteriores Tratados que se han referido a la materia. Así pues, en su artículo I-21 (transcrito en páginas anteriores) declara que a este organismo corresponde efectuar los impulsos necesarios para el desarrollo de la Unión, definiendo sus orientaciones y prioridades políticas generales. Como puede apreciarse la asignación constitucional de funciones contenida en la Constitución para Europa nada innova en cuanto a esta materia, limitándose formalmente a hacer una declaración expresa –no contenida en Tratados anteriores, pero sí sobreentendida desde un primer momento– en cuanto a que al Consejo Europeo no corresponde función legislativa alguna.

Por lo anterior, el frustrado proceso de ratificación de la Constitución Europea no produjo ningún efecto negativo en lo que dice relación con las funciones y atribuciones del Consejo Europeo; toda vez que, salvo el carácter de institución de la Unión que pretendía otorgarle este instrumento internacional, en nada se alteró la compo-

ción, el funcionamiento, las funciones, ni la influencia que en el concierto internacional tiene este organismo.

En la práctica, la labor del Consejo Europeo ha excedido normalmente las funciones básicas a que antes me he referido, puesto que en más de una ocasión le ha correspondido influir en la composición de otras instituciones, intervenir en la solución de conflictos internacionales –no solo a nivel europeo– y, en definitiva, representar a la Unión.

Las reuniones del Consejo Europeo efectuadas durante este año incluyeron en su agenda materias como el crecimiento empresarial, el empleo, el cambio climático, los problemas de energía, la estabilidad de los mercados financieros (Consejo Europeo de Bruselas, de 13 y 14 de marzo de 2008), materias relacionadas con la libertad, la seguridad y la justicia, los altos precios de los alimentos y del petróleo, en general cuestiones económicas, sociales, sanitarias y medioambientales, el desarrollo de las relaciones exteriores, el proceso de estabilización y asociación de los Balcanes Occidentales (Consejo Europeo de Bruselas, de 19 y 20 de junio de 2008) y el conflicto armado en Georgia (Consejo Europeo Extraordinario de Bruselas, de 1 de septiembre de 2008). De más está decir que la amplísima gama de materias que comprende la agenda de este organismo corrobora lo dicho anteriormente en cuanto a la trascendental importancia de su labor y su marcada influencia en el desarrollo de la Unión Europea.

V. CONCLUSIONES

El proceso de integración que paulatinamente ha llevado a la creación de la Unión Europea, conceptualizado a partir de las décadas de los 70 y 80 y que cobró un importante y definitivo impulso a partir de la década de los 90, se ha caracterizado por ser el resultado de una serie de acuerdos y consensos adoptados por los Estados miembros en las diferentes áreas de interés común y plasmados en un gran cantidad de instrumentos internacionales, que han ido perfilando su contorno. De más está decir que este proceso de creación de un Estado supranacional no ha encontrado su asidero en la fuerza o la imposición armada, sino en el debate, las negociaciones y los acuerdos.

Es precisamente en esta labor en la cual al Consejo Europeo le ha correspondido un importante papel, ya que su función de dar impulso a la Unión y de ir dictando las orientaciones necesarias para abordar los temas de mayor interés común ha permitido romper con los desequilibrios y posiciones contrapuestas de los países asociados, concertándolos así para la adopción de políticas comunes que hagan factible la concreción, primero, y la institucionalización, luego, de la Unión.

Parece ser que la integración de este órgano, su forma de funcionamiento no sujeta pautas reglamentarias y sus escasas atribuciones coercitivas le han permitido convertirse en una plataforma de integración y unidad, capaz de enfrentar los temas más sensibles para los diferentes países que conforman la Unión y de afrontar los conflictos que el devenir político internacional ha presentado a la idea de integración europea.

Queda por ver de qué manera afectará –positiva o negativamente– al Consejo Europeo la entrada en vigencia de la Constitución Europea, puesto que su frustrado proceso de ratificación ha postergado la transformación de este organismo en una de las instituciones formales de la Unión, quedando pendiente algunas modificaciones introducidas –menores por lo demás– en lo que dice relación con su composición y funcionamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Conviene hacer notar que en el presente trabajo me vi limitado a efectuar una labor más bien descriptiva, por cuanto la muy escasa bibliografía disponible no permitió una mayor profundización del tema, debiendo tomar como fuente mayoritariamente información de orden periodística y monográfica bastante escueta y esquemática por lo demás, a fin de abordar el objeto de estudio.

Así mis principales fuentes de información fueron:

1. El Acta Única Europea, información y texto obtenidos en los sitios de Internet que a continuación se mencionan, entre otros:
http://europa.eu/scadplus/treaties/singleact_es.htm
<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/8TRATADOSSOBRELAUNIONEUROPEA/82ReformasdelosTratadosConstitutivos/UUEE822.pdf>
<http://www.mailxmail.com/cursos/excelencia/ue/capitulo11.htm>
<http://clio.rediris.es/udidactica/actaunica.htm>
<http://www.dip-badajoz.es/eurolocal/estxt/emu/antecedentes/ae.htm>
<http://www.historiasiglo20.org/europa/actaunica.htm>
2. El Tratado de Maastricht, información y texto obtenidos en los sitios de Internet que a continuación se mencionan, entre otros:
http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht_es.htm
http://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Maastricht
http://europa.eu/eur-lex/es/treaties/dat/EU_treaty.html
<http://clio.rediris.es/udidactica/maastricht.htm>
http://books.google.cl/books?id=p513JZWH8xcC&pg=PA321&lpg=PA321&dq=Tratado+de+Maastricht&source=web&ots=0wmmJjh0mm&sig=Ub6jxlw-Esm05_FFi5okh7ejqQc&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=6&ct=resulthttp://www.yoteca.com/pg/Informacion-de-tratado-de-maastricht.asp
3. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Edición preparada por Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA, Segunda edición, 2004, versión digital contenida en la página de Internet siguiente: <http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/constitucioneuropaea/nuevol>
4. *La Construcción Europea a través de los Tratados*, texto inserto en la página de Internet http://europa.eu/scadplus/treaties/introduction_es.htm
5. *El Consejo Europeo, su Presidente y el Ministro de Asuntos Exteriores*, María Dolores MARTÍNEZ CUEVAS, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, texto inserto en 1 página de Internet <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/05mdolorescuevas.htm>
6. *El Consejo Europeo*, texto inserto en la página de Internet http://centros5.pnic.mee.es/ies.manuela.malasana/otros_servicios/ampliacion/instituciones/consejo.htm
7. Material sobre el Consejo Europeo obtenido en las siguientes páginas de Internet:
http://europa.eu/european-council/index_es.htm
http://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_Europeo

<http://www1.dicoruna.es/ipe/union/instituciones/consejoeuropeo.htm>
http://www.dipadajoz.es/eurolocal/estxt/eu/institut/consejo_europeo.htm
<http://www.madrimasd.org/informacionidi/noticias/noticia.asp?id=36532>
<http://www1.dicoruna.es/ipe/union/instituciones/consejoeuropeo.htm> <http://www.historiasiglo20.org/europa/traroma.htm>
<http://europa.eu/scadplus/leg/es/s90001.htm>
http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_013_001_307.pdf
http://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_Europeo
http://www.consilium.europa.eu/cms3_applications/applications/newsRoom/loadBook.asp?BID=76&LANG=7&cmsid=347
http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_019_002_065.pdf
http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_020_002_009.pdf



DERECHO CIVIL



ORÍGENES DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA*

ORIGINS OF COMPENSATION FOR MORAL DAMAGE IN THE CHILEAN CASE

NAJLE MAJLUF MORALES**
Universidad Arturo Prat

RESUMEN

Este trabajo contiene un tratamiento relativo a los orígenes de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia chilena, logrando demostrar cómo nuestros principales tribunales superiores de justicia han reconocido que la reparación de este tipo de perjuicio ha sido, hasta antes de su consagración expresa en los textos legales, una licencia jurisprudencial, que en definitiva, ha llevado a introducir en nuestro sistema judicial, una expansión de la indemnización por causas de responsabilidad civil. A su vez, la difícil tarea de definir a un daño como moral, ha sido también objeto de este estudio, analizando las diversas concepciones que nuestros juzgadores han pretendido alcanzar, en base a los diversos presupuestos que vendrían a configurar la existencia de este tipo de perjuicio, con el objeto de volverlos indemnizables.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia sobre daño moral, responsabilidad civil, indemnización del daño moral, perjuicios morales.

ABSTRACT

The following work, it contains a treatment relative to the origins of the indemnification for moral hurt in the Chilean jurisprudence, managing to demonstrate how our principal Top courts of Justice have admitted that the repair of this type of prejudice has been, up to before his express consecration in the legal texts, a jurisprudential license, which definitively, it has taken to introducing in our judicial system, an expansion of the indemnification for reasons of civil responsibility. In turn, the difficult task of defining to a hurt as mulberry tree, has been also an object of this study, analyzing the diverse conceptions that our juzgadores have tried to reach, on the basis of the diverse budgets that would come to form the existence of this type of mischiefs, in order to turn them recoverable.

KEY WORDS: Jurisprudence of moral damage, civil responsibility, indemnification of the moral damage, moral mischiefs.

* Este trabajo, en sus aspectos fundamentales, constituye el Capítulo Primero de la Memoria de Prueba necesaria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, intitulada *Evolución jurisprudencial del daño moral en la jurisprudencia chilena*, que compuso el autor en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique, septiembre-2010.

** El autor es Licenciado en Ciencias Jurídicas con distinción máxima de la Universidad Arturo Prat de Iquique. Correo electrónico: najle.majluf@clarochile.blackberry.com

I. SUS INICIOS

Históricamente en el Derecho chileno, específicamente en materia de responsabilidad civil, existió siempre desde sus inicios y en lo que respecta al derecho de daños, la compensación en dinero de la pérdida netamente patrimonial sufrida por la víctima de algún hecho ilícito. No obstante, la sorpresiva incorporación del daño moral a nuestro ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial a comienzos del siglo XX –producto de las nuevas tendencias garantistas de bienes y derechos extrapatrimoniales de la persona humana– dio lugar a nuevas categorías de perjuicios reparables fuera del orden exclusivamente económico.

En nuestro país, curiosamente, los primeros precedentes jurisprudenciales sobre la materia datan solo recientemente de los años iniciales del siglo XX, al ordenarse por nuestros Tribunales Superiores de Justicia la reparación de los atentados a los sentimientos de afección de las personas y de lo que luego se denominara técnicamente *pretium doloris*.

En este sentido, el daño moral no es solo una creación jurisprudencial al efecto, sino que una institución ya amparada por los textos legales de ese entonces, y específicamente hablando, por nuestro Código civil, en su actual artículo 2329, ya existente desde épocas más remotas que la anteriormente señalada. Así, en una sentencia del 27 de julio de 1972, la Corte Suprema resolvió lo siguiente: “(...) que es cierto que por la vía de la jurisprudencia, cuando el texto legal lo permite, se ha reconocido la existencia, por ejemplo, del daño moral (...)”¹, por lo tanto, y conforme a lo anterior, no es exagerado señalar que el daño moral como institución propiamente tal, se ha encontrado siempre consagrada a nivel legal como objeto de reparación en nuestro bien llamado derecho de daños, que no es lo mismo decir que haya sido objeto de análisis y tratativa por lo juristas de la primera época de vigencia de dicho Código.

Según se observa de sus notas, Andrés Bello, para determinar el alcance de las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en nuestro Código civil, recogió la Legislación española, el *Corpus Iuris Civilis*, y sobre todo el Código civil francés, textos que no contenían un desarrollo orgánico de esta institución o simplemente omitían comentario alguno acerca de su referencia².

Pero dado lo anterior, se hace necesario puntualizar el hecho de que uno de los pilares que tuvo también presente Bello, en la época de redacción de este cuerpo legal, es el denominado Código de Louisiana de 1824, el que en su artículo 1928 de la época, ya tenía como objeto de reparación algún bien más allá de lo que podemos percibir hoy como un bien puramente susceptible de apreciación económica y que, por lo tanto, nos lleva a considerar la existencia ya, en ese entonces, de algún germen acerca de esta institución.

Volviendo al ámbito jurisprudencial, es menester señalar que la indemnización del daño moral, como toda creación de normas de esta clase, estará carente de sistemati-

¹ Citado por DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2000), p. 15.

² En este sentido, BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2009), p. 294.

zación y de un orden lógico de sus apartados, adoleciendo de imprecisión mientras no sea posible la dictación de fallos uniformes, que se repitan y se hagan constantes a través del tiempo. Sin embargo, la evolución experimentada por la responsabilidad civil en esta área del derecho ha llegado a mutarla en su totalidad con relación a sus aspectos legales originales, tanto así, que es posible decir que no tienen ninguna relación con los presupuestos fundantes que tuvo el legislador de la época al momento de su dictación.

Así, tanto su estructura como su fundamento han variado enormemente, en términos tales que si bien la legislación al efecto ha seguido casi incólume en ese sentido, la jurisprudencia ha logrado un enriquecimiento tal de la presente institución, que se ha llegado a la fecha a absorber por nuestros sentenciadores, el principio de la reparación integral del daño producido, todo lo cual dista considerablemente de lo que, conforme se ha afirmado frecuentemente, ha debido ser objeto de reparación en el sistema judicial y que no es otra cosa que “la pérdida que uno ha sufrido y la ganancia que se ha dejado de hacer”³, o sea, solo el daño patrimonial producido.

De modo que lo que respecta a este estudio, es habitual en nuestros días observar una tendencia uniforme y constante en el ejercicio de acciones tendientes a la búsqueda de una reparación de lo que conocemos como daño moral, y no exclusivamente dentro del ámbito extracontractual como podría pensarse según los antecedentes iniciales acerca del caso, sino que también proveniente de relaciones contractuales incumplidas. Por lo anteriormente expuesto, se hace indispensable un análisis acabado de la presente institución a lo largo de su evolución histórico-jurisprudencial en el último siglo en Chile, en aras de precisar los diversos elementos que han permitido a nuestros tribunales de justicia apreciar la naturaleza de este tipo de agravio existente en la sociedad actual, encontrándonos a la fecha, con un sinnúmero de resoluciones judiciales que conllevan una aceptación expresa de admisión del daño moral, tanto en materia extracontractual, como también contractual según sea el caso.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ORIGEN DE SU CONCEPTO

Incide sobre esta materia, y de gran manera todavía, el daño netamente patrimonial en todos sus aspectos para efectos del tratamiento y comprensión del daño moral, partiendo desde sus presupuestos de existencia y forma de concurrencia para determinados casos en particular, hasta la cuantía y forma de su indemnización. Sin perjuicio de lo anterior, pesa más todavía, no solo en la actualidad, el problema de denominar a un daño propiamente tal como moral y no es exagerado decir que este es uno de los problemas más complejos que se ha presentado a lo largo de la historia de la responsabilidad civil.

En este sentido, cabe señalar que comúnmente se suele hablar de daño moral, en contraposición a lo que conocemos hoy como daño económico o patrimonial. Por lo mismo, la definición más acertada acerca de esta institución es más negativa que positiva –entendiendo a estas últimas como las que precisan determinar el alcance de una definición, a diferencia de las primeras las cuales la tienden a contraponer precisa-

³ POTHIER, Robert, *Tratado de las obligaciones* (Barcelona, 1839), p. 94.

mente al daño netamente patrimonial— y que por tanto, da cabida a una comprensión del daño moral como un daño no patrimonial o extrapatrimonial simplemente.

No existe discusión en cuanto a que el adjetivo moral a partir de su denominación como tal desde los primeros fallos dictados, no ha hecho más que dificultar el contenido y alcance de esta institución, ya que de por sí, su sola mención, evoca un contenido claramente espiritual, psicológico o incluso ético, por así decirlo, y que ha venido a acompañar (este adjetivo) a este concepto de daño desde sus orígenes en nuestra jurisprudencia, situación que resulta equívoca ya que nada tiene que ver con lo que en definitiva se resarce por nuestros sentenciadores bajo esta difícil y no menos compleja denominación en la actualidad.

Un claro ejemplo de esta situación es una sentencia de nuestra Excelentísima Corte Suprema de fecha 10 de agosto de 1971⁴, la cual estableció lo siguiente: “... daño, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien; y moral, en una de sus acepciones, es el conjunto de facultades del espíritu por contraposición a lo físico. Luego, debe entenderse que el daño moral existe solo cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales; un dolor o aflicción en sus sentimientos...”. De aquí que esta concepción del daño debiera ser reemplazada por otras más comprensivas de la institución y, a mi juicio, valedera solo como un daño no patrimonial o extrapatrimonial.

La expresión daño moral en sí misma, y tal como se puede extraer de los principales fallos sobre la materia, es un concepto que no delimita claramente un alcance en particular, por lo que se destaca claramente la multiplicidad o heterogeneidad de hipótesis o supuestos de daños, y que, más aún, tienen la característica de irse innovando a medida que la sociedad así lo va requiriendo. En razón de lo anterior, el primer paso para huir del adjetivo moral, según la tendencia actual de diversos fallos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, es desligarse netamente de los perjuicios patrimoniales. Clara ejemplificación de ello es la sentencia del 10 de agosto de 1971 pronunciada por nuestra Excelentísima Corte. También prueba es de ello, el fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 31 de diciembre del 2002, el cual expone “...la lesión a los intereses patrimoniales origina un daño patrimonial o material, en tanto que el menoscabo de los intereses extrapatrimoniales, hace surgir un daño extrapatrimonial o moral...”⁵.

En este sentido, más de alguna línea jurisprudencial sobre la materia ha tratado de demostrar que el menoscabo patrimonial proveniente de un hecho se produce independientemente de los morales y viceversa, así aunque estos provengan de un mismo hecho, debiesen ser de todas maneras totalmente autónomos unos de otros. Por lo mismo, el juez no podría conceder en su sentencia un monto de indemnización del daño moral, en relación al perjuicio patrimonial ocasionado o en relación a la gravedad del ilícito cometido, ni menos, dar lugar a la compensación del agravio moral por haberse concedido únicamente el material.

⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 68, sec. 4ª, p. 168.

⁵ Documento en formato electrónico disponible en World Wide Web: <http://www.microjuris.cl>, consultado con fecha 23.04.2010.

III. PRIMERAS RESOLUCIONES AL RESPECTO

En este sentido, y tal como se ha mencionado anteriormente, en los primeros años del siglo XX y sin mayores realces de la doctrina en esta materia, la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia logra dar origen al daño moral como nuevo objeto de reparación de daños, pero desde sus inicios bajo la forma de dolor o aflicción que causa la muerte o las lesiones producidas a una persona.

Así, es necesario destacar el hecho de que las primeras resoluciones en la materia tenían necesariamente un concepto de este perjuicio intrínsecamente relacionado con el *pretium doloris*, porque tal como se analizó en el punto anterior, este ha sido una de las concepciones más utilizadas en lo que respecta a la evolución del daño moral en este campo al correr de los años. Por tanto, y de cuanto llevamos dicho, en 1907 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago⁶ consagra esta figura de daño bajo la idea de sentimiento y/o afección, lo que lleva necesariamente a entender el hecho de que la admisión de la indemnización por daño moral en casos de responsabilidad ya logra sus primeros albores en la época, en sede extracontractual, gracias a los artículos 2314 y 2329 de nuestro Código civil, en términos tales que estos ordenan, en resumidas cuentas, la indemnización de todo daño, sin distinción de ningún género ni clase.

Si bien los primeros esbozos en la materia por parte de nuestros jueces se dan a comienzos de siglo XX, no es sino a mediados del mismo siglo que se pronuncian ya de manera casi indiscutida nuestros Tribunales sobre la materia, pero siempre fuera del ámbito contractual hasta ese entonces.

En razón de lo mismo, es que a continuación se realizará un tratamiento de algunos fallos relacionados en orden cronológico de acuerdo a la fecha de su dictación, todo, con el objeto de probar un planteamiento acerca del gradual desarrollo acerca del concepto y alcance de esta institución en la jurisprudencia de los Tribunales chilenos y, por consecuencia, constatar su consagración y vigencia por vía de esta fuente formal del Derecho.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, agosto de 1950. Esta sentencia define daño como: "... todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, créditos, afecto, creencia, etc.(...) el daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo"⁷.

Como se observa, es claro que la expresión daño moral se relaciona con un concepto jurídico indeterminado, abarcando un sinnúmero de bienes jurídicos tutelados de forma general, pero admitiendo su naturaleza jurídica de manera mucho más amplia hoy que el simple *pretium doloris*, ya que sin desconocer y en base a la redacción del fallo enunciado, acá se tiende a seguir a la doctrina clásica en esta materia; la cual califica la naturaleza jurídica del daño moral como el precio del dolor, pero no desconociendo a su vez la posibilidad de afectación de derechos o intereses extrapatrimoniales, distintos al puro sentimiento de dolor o afección sufridos por una persona.

⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 4, sec. 2ª, p. 139.

⁷ *Gaceta de los Tribunales*, Seg. Semestre, p. 509, considerando 9 (Santiago, 1950).

A su vez, la *Excelentísima Corte Suprema* el 3 de junio de 1951 señala: "...el daño moral afecta la psiquis, que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente"⁸.

Este fallo responde a una de las definiciones más clásicas del daño moral en relación a la doctrina original en la que se ha forjado esta institución. Si realizamos un examen acabado de la composición de este fallo podemos establecer que la psiquis, según la Real Academia Española de la Lengua, significa, entre otras de sus acepciones, manera de sentir de una persona como también todo aquello que atañe al espíritu, por lo que se puede deducir la relación intrínseca que nuevamente se presenta con la teoría del *pretium doloris*.

Unos años después, la misma *Corte Suprema* un 14 de abril de 1954 señala: "...el daño moral trae como resultado un sufrimiento espiritual. (...) un dolor, sufrimiento, desesperación a veces ante una vida tronchada"⁹. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, el 25 de marzo de 1958: "...que los daños morales consisten exclusivamente en el pesar, dolor o molestias que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos"¹⁰. Años más tarde, esta misma Corte, el 14 de enero de 1963: "...que el daño moral está representado por el dolor, pesar, la angustia y las molestias de orden psíquico que ella sufre en su sensibilidad física o en sus sentimientos, en su probidad, en sus creencias o en sus afectos"¹¹. Y, finalmente, nuestra *Excelentísima Corte Suprema*, en septiembre de 1986 señala que su concepción de daño moral no es otra cosa que "... el menoscabo, deterioro o perturbación de facultades espirituales, afectos o condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad"¹².

Tal como se describe anteriormente en aquella parte de los fallos que nos interesan, es más que evidente el hecho de que la jurisprudencia nacional a lo largo de los años ha tenido como elemento base para describir y enmarcar un daño como moral, la expresión latina que significa el precio del dolor y que representa la indemnización que se concede a la víctima de un hecho ilícito que cause daño por el sufrimiento experimentado y que le ocasiona un perjuicio espiritual solo presumiblemente existente en su fuero interno.

En este sentido y atendiendo a lo expuesto anteriormente, el 26 de diciembre de 1983 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel señaló en uno de sus fallos lo siguiente: "Que fijando una noción simple del daño en referencia, cuando incide en la responsabilidad extracontractual, puede decirse que es aquel que se causa con motivo de un hecho ilícito, siempre que se afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona, en cuyo caso debe hacerse la reparación preferentemente en forma no pecuniaria, restituyéndose al damnificado al estado anterior a la lesión y, subsidiariamente, por no permitirlo de otro modo las circunstancias, mediante una cantidad de dinero que se fija discrecionalmente por el Juez conforme a equidad. Esta reparación

⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 48, sec. 2ª, p. 252.

⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 51, sec. 2ª, p. 74.

¹⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 56, sec. 4ª, p. 195.

¹¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 60, sec. 4ª, p. 65.

¹² *Gaceta Jurídica*, número 105, p. 20.

es acumulable con la del daño patrimonial que proceda que, desde hace mucho tiempo en la gran división de los bienes patrimoniales y bienes extrapatrimoniales, se viene realzando la importancia de estos últimos, dentro de una concepción espiritualista del derecho que todos debiéramos celebrar jubilosamente. En tal sentido, coincidentemente, una agresión a bienes extrapatrimoniales da origen a una reacción del Derecho, en cuanto, dicho bien jurídico, debidamente protegido, da lugar a la reparación del daño moral y mucho mejor, extrapatrimonial¹³.

Es adecuado advertir, del fallo anunciado, que el sentenciador ha sido claro en precisar que la lesión y/o vulneración de un derecho extrapatrimonial, implica necesariamente la configuración de un daño moral, pero precisando que la relevancia de este tipo de derechos o intereses no considerados como patrimoniales, deben en primer lugar ser reparados, dentro de lo posible, en forma no pecuniaria, conllevando claramente la idea de que el dinero, cuando de daños no patrimoniales se trata, no cumple la estricta función de equivalencia como si la cumple en materia de daños patrimoniales o económicos.

A su vez, es necesario destacar la expresión concepción espiritualista del Derecho que el sentenciador ha utilizado, en virtud de la cual se ha venido a sostener uno de los presupuestos claves de esta institución, cual es el reconocimiento de derechos o intereses no contemplados en sus inicios por nuestro legislador cuando a Derecho de daños se ha referido, y que, por creación de la jurisprudencia, han venido a ser objeto hoy de reparación por parte de nuestros tribunales.

En razón de esto es que para poder entender con mayor latitud esta concepción espiritual, debemos remitirnos en primer lugar, a mi juicio, a nuestra Carta Fundamental, la cual, ya desde la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico establece que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (Art.1, inc. 4).

Por consiguiente y teniendo presente que la Constitución Política de la República establece el orden jurídico-político de donde, en condiciones normales, brota la autoridad del Estado dentro del marco que la misma determina, comprendiendo y abarcando toda la vida jurídica de la Nación, es forzoso concluir que el reconocimiento y amparo de la realización espiritual del hombre cabe como una de las funciones primordiales del soberano en aras del Bien Común, y por tanto, su protección y resguardo, a través de la institución del daño moral como objeto de indemnización, no es solo una creación jurisprudencial que obedece a criterios de persecución de un principio de reparación integral del daño en materia de responsabilidad, sino que obedece a un mandato constitucional, existente y valedero en todo ámbito de nuestro ordenamiento jurídico vigente que permite efectivamente la tutela de todos los derechos e intereses que, en el campo espiritual del hombre, se deben amparar.

¹³ *Gaceta Jurídica*, N° 46, p. 94.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos a su vez avalar la concepción en cuestión, en diversos tratados internacionales celebrados y ratificados por Chile, como por ejemplo en *La declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, que en su artículo 5° establece que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación, a su vida privada y familiar”, y el *Pacto de San José de Costa Rica*, que en su artículo 11° establece: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, por lo que la visión de protección en este campo de los derechos tutelados, se encuentran a su vez amparados, al menos, infraconstitucionalmente y supralegalmente, según la posición que estos acuerdos internacionales vienen a ocupar en el marco regulatorio interno de nuestro Estado soberano.

En conformidad con esto, podemos entender que la justificación de esta concepción espiritual, según el fallo en cuestión, debiese contraponerse a lo que entendemos como una visión material del derecho, que justamente es aquella que nuestro Código civil en materia de daños se ha referido, logrando una visión que solo se ha circunscrito a daños materiales, a daños que solo se limitarían a un mero daño emergente o lucro cesante en su caso, y que, adoptando esta nueva visión espiritual, ha permitido el reconocimiento y amparo de derechos que una óptica naturalista del derecho ampararía jubilosamente, por reconocer la existencia de una norma de protección, superior a lo que el legislador ha establecido claramente en las normas de nuestro Código civil.

Consecuentemente, desde un punto de vista positivista, las normas contenidas en nuestro Derecho de daños, no se han caracterizado por un reconocimiento y desarrollo espiritual del hombre, avalando más bien, un resarcimiento material de algún perjuicio producido en el campo patrimonial, omitiendo de manera expresa, una regulación en esta área del Derecho.

En conclusión, este fallo de gran relevancia, respecto de las diversas ideas y concepciones tratadas aquí, viene a sostener la idea del daño moral como una lesión a un derecho extrapatrimonial, apartándose en cierta medida del dogma que vino a crear la teoría del *pretium doloris* respecto al tema y, a su vez, resalta la importancia de esta nueva visión espiritualista, la cual sin duda, en la actualidad y como ya se ha resaltado, nos enfrenta a un tema de vital importancia dentro de la responsabilidad civil, cual es la dignidad humana y la protección de sus intereses fuera del orden estrictamente económico a lo largo de la historia.

Finalmente y después de un recorrido por las diversas concepciones del daño moral tratadas evolutivamente por nuestros Tribunales de Justicia, podemos concluir que nuestra jurisprudencia, a lo largo de su desarrollo respecto al tema, ha logrado sentar un denominador común, sin importar la idea de daño moral concebida en uno u otro fallo, que no es otra que la de resaltar los diversos elementos que constituyen un conjunto de derechos o intereses distintos a los exclusivamente patrimoniales, amparados de manera general en nuestro sistema de responsabilidad producto de la nueva visión de nuestros sentenciadores, sea frente a una cierta evolución de las ideas o bien de las necesidades sociales, y que pueden ampliar el alcance de las normas existentes, para que cubran luego situaciones no previstas inicialmente por el legislador.

TEORÍA DEL DERECHO



HACIA UNA VISIÓN SUPERADORA DE ANTINOMIAS EN EL CONCEPTO DE CONTRATO

SUPER VISION TOWARDS ANTINOMIC ON THE CONCEPT OF CONTRACT

JOSÉ ANTONIO BARBÓN LACAMBRA*
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto reflexionar sobre la gran disparidad de criterios jurídicos a la hora de circunscribir el contenido teórico del contrato y luego analiza el concepto y la caracterización del mismo, para lo cual tiene en cuenta sus remotos orígenes romanos, la reforma argentina de 1968 y las actuales tendencias del así denominado derecho del consumo.

PALABRAS CLAVE: Contrato, Contrato y convenio, Contrato y convención, Contrato y donación, Contenido del contrato, Contrato y derecho del consumo.

ABSTRACT

This work aims to reflect on the great disparity in legal standards when it comes to restricting the theoretical content of the contract and then analyzes the concept and the characterization of it, for which takes account of its ancient Roman origins, the reform of 1968 Argentina and current trends in the so-called consumer law.

KEY WORDS: *Contract, Contracts and agreements, contracts and convention, Contract and Grant, Content of the contract, Contract and consumer law.*

I. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los tratados de Derecho civil, se advierte una gran disparidad en los criterios jurídicos que adoptan numerosos y prestigiosos juristas¹ al momento de circunscribir el contenido teórico del contrato². Situación que se ve contrastada por la uniformidad que los mismos encuentran al momento de definir las distintas figuras contractuales³, no obstante haber definiciones tanto de uno, como de otras: 1137, 1323, 1493, 1869, 1986, etcétera.

* Abogado, Profesor de Derecho civil en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Alumno del Programa de Magíster en Filosofía del Derecho en la misma Universidad. Correo electrónico: jaabarbon@yahoo.com.ar;

¹ Lo cual se puede observar comparando las obras de Spota, Borda, Mosset Iturraspe, Ghersi, Alterini, y Lorenzetti, por citar solo los más importantes.

² Advierte VERNENGO en *Obligación y Contrato en Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, UNAM (México, 1979), p. 96.

³ La discusión doctrinaria en torno a la donación, versa más sobre el carácter contractual de dicho instituto, que sobre la definición del Código.

Señala agudamente Spota⁴ que a pesar de que ley 17.711 no modificó la definición nominal de contrato, le otorgó un nuevo espíritu al Código de 1869, motivo por el cual podía afirmarse que el de Vélez se había cambiado por uno nuevo⁵.

El objeto del presente trabajo es analizar el concepto y la caracterización del contrato, para lo cual se ha de tener en cuenta los orígenes romanos, la reforma de 1968 y las actuales tendencias del llamado derecho del consumo.

Previamente, y teniendo en cuenta que Vélez reguló los contratos en la sección tercera del libro segundo, De las obligaciones que nacen de los contratos, siguiendo el esquema romanista de vincular la noción de contrato con la de obligación, por cuanto estas derivan de aquellos, principal, pero no exclusivamente, consideramos que se impone una aproximación al concepto de obligación como la entendían los romanos.

II. LA OBLIGACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Iuris vinculum quo necessitate adstrigimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura, tal la definición proveniente de las Institutas de Justiniano. En ella, encontramos algunos elementos que resultan en cierto modo raros a nuestros oídos. Di Pietro señala que se hace mención más al *status* en que se encuentra el obligado, siendo la atadura el constreñimiento a pagar algo; motivo por el cual, las menciones que se hacen al Acreedor son más bien ocasionales⁶. Si bien tiene un interés, no aparece esta como un derecho subjetivo, sino como una expectativa protegida procesalmente por una *actio*.

En Gayo (2.14) la *obligatio* aparece como una cosa incorporal, lo que se aviene con lo expresado en relación al *ius successionis*: no como derecho a suceder sino como *hereditas*, otra cosa incorporal. Concordando con el Digesto, donde, a través de Paulo (D.44.7.3) se dice que “la sustancia de la obligación no consiste en que se haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en que otro se constriña hacia nosotros, a darnos, a hacernos o prestarnos alguna cosa”.

La obligación se manifiesta como un algo que tiene que cumplir el deudor, siendo este el personaje principal del vínculo, toda vez que lo importante es que se libere de la necesidad de cumplimiento o la amenaza de ejecución. Por esto mismo es que los romanos la estudiaban como proveniente de los diferentes *synalagmas*, voluntarios o involuntarios.

Es decir, la obligación, como cosa incorporal es aquello a lo que tiene derecho el acreedor, y no tanto el vínculo jurídico con el que modernamente se conceptualiza al derecho subjetivo como facultad del acreedor de exigir el cumplimiento⁷. Este es la fuente en que se origina: delito, contrato, hecho dañoso, etc.

⁴ G. SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, vol. I, Depalma (Buenos Aires, 1974), p. 1.

⁵ BORDA en *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Editorial Perrot (Buenos Aires, 1971), p. 10, dice de Spota, que renunció como miembro de la Comisión reformadora cuando solo quedaba pendiente la revisión de textos; y que “toda la reforma se proyectó con su participación y aprobación y que muchas de las soluciones adoptadas fueron sugeridas por este eminente civilista”.

⁶ DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Depalma (Buenos Aires, 1994), p. 181 y ss.

⁷ BORDA A., Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, Ed. La Ley (Buenos Aires, 2008), p. 1 y 2.

Esta fuente, que es la que sirve de fundamento, podía ser voluntaria o involuntaria. La voluntariedad no estaba dada por ser el fruto de lo que hoy se llama un acuerdo de voluntades, sino más bien por una concepción diferente de lo que se entendía como acto voluntario. Aquí la voluntad se hace presente en la procuración por parte del hombre de algún fin, perseguido por el sujeto como un bien⁸, el que podía llegar a ser en mayor o menor medida elegido libremente.

III. ACTOS VOLUNTARIOS

La diferencia se hace más notoria al contrastar los ejemplos que Aristóteles mismo menciona; un cambio voluntario es la compraventa, mientras que involuntarios son aquellos producidos por hurto o adulterio. Si bien el ejemplo que entraña voluntariedad se identifica con la figura contractual típica, romana y argentina, esta es apenas una subclasificación; del mismo modo que ocurre con los ejemplos de los involuntarios.

Es manifiesto que nadie voluntariamente quiere ser objeto de un robo o de un hurto, pues nadie busca autónomamente la finalidad de sufrir un perjuicio en cuanto tal⁹; mientras que en los otros actos, hay una voluntad que se mueve espontáneamente buscando un fin, aunque no pueda decirse que el acto termina configurándose de acuerdo con la libérrima voluntad del agente. Es decir, se consiente el medio más idóneo o adecuado, en función del fin a buscar, sin que por ello el acto sea involuntario.

Ejemplos de este tipo siguen vigentes en el Código civil.

Una compraventa sujeta al pacto de retroventa es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador. Quizás el comprador especule con el no ejercicio de la opción por su contraparte, y consienta en dicha cláusula; o tal vez incluso haya sido condición inexcusable para la venta, etc. En este caso, poco importa la conformidad con la operación futura; dado que incluso también se revocan los gravámenes y/o disposiciones hechos por el comprador, sin que por esto, se entienda que el o los actos fueron involuntarios.

Un abogado que acepta patrocinar a un particular en un pleito, de la materia que sea, una vez que manifiesta ante Su Señoría que renuncia al mandato, debe continuar en su tarea hasta que sea reemplazado por otro profesional designado por el cliente, y aceptado por el juez de la causa, sin que esto signifique que el vínculo, sea en parte voluntario y en parte involuntario. En todo caso hay mayor o menor libertad en los medios que permiten la consecución del fin deseado: para poder dar término al mandato, es preciso el emplazamiento al efecto o que otro abogado asuma procesalmente el patrocinio.

Este es el correcto sentido que tiene la voluntariedad que ha de verificarse en un acto para que pueda ser caracterizado como voluntario: el intento del hombre por procurarse un fin, a través de los medios que considere, con mayor o menor libertad, idóneos para su consecución; pues entendemos que todo acto emanado de la voluntad

⁸ Sin entrar a considerar la bondad objetiva de lo buscado.

⁹ Los casos en que una persona voluntariamente persiga algo que objetivamente sea perjudicial para sí misma, como podría ser el fumar, lo hace por un error en la consideración del bien de dicha finalidad.

deliberada del hombre es, porque está orientado hacia un fin, cualquiera sea. Es decir, si bien puede no estarse de acuerdo en un todo con los medios, es algo efectivamente querido por el hombre, en contraposición a ser víctimas de un adulterio¹⁰, o de un accidente de tránsito.

Estos desplazamientos patrimoniales, cambios o intercambios de bienes, que resultan idóneos para la captación de las personas a través de las cosas¹¹, son también conocidos a través de la palabra griega *synalagma*. Y los hay voluntarios e involuntarios.

A. *Synalagma involuntario*: El derecho de daños abarca una amplia gama de relaciones jurídicas (delitos penales, delitos civiles, hechos ilícitos que no son delitos) que se ocupa de las reparaciones de hechos no queridos, tanto sea por las víctimas como por los autores o responsables. Es decir, no se tiene en cuenta la intención moral de los sujetos involucrados en los mismos¹²; ocupándose el derecho de equiparar los patrimonios desequilibrados.

Consideremos la siguiente situación:

“Yo no quiero, ni tengo la más mínima intención de que la maceta que está colgada de mi ventana, por la cual tuve una importante erogación de dinero a fin de que el sostén que la soporta sea el mejor, caiga y provoque ningún tipo de daño en la persona o en los bienes de nadie”. Ahora bien, llegado el caso en que esto ocurriera, habrá que equiparar la pérdida, en términos patrimoniales, que la caída de la maceta ocasione.

A eso estaría obligado, y la obligación sería dar (hacer o no hacer¹³) el algo que iguale la situación a su estado anterior. Siendo responsable, porque la maceta colgaba de la ventana de un inmueble; situación que hace que se tenga que responder por ese hecho dañoso, sin importar la intención del dueño de la casa o de la maceta, del sostén o de la planta. Como podría ser si cae encima de un auto y rompe su parabrisas, habría que dar el dinero suficiente que permita volver las cosas a su estado anterior: vidrio nuevo, mano de obra, aspiración de las astillas, tierra del interior, etc.

B. *Synalagma voluntario*: Los contratos, como las liberalidades (legados, testamentos), son subclasificaciones que integran la de los cambios voluntarios.

Luego de distinguir entre los simples pactos de los de contenido jurídico, señala Savigny¹⁴ que incluso no todos estos son contratos, pues parece que no puede haber un gran contenido contractual en el momento en que los jueces de un tribunal colegiado alcanzan un acuerdo sobre el tema *decidendi*.

¹⁰ Si bien ya no está tipificado como delito, sigue siendo una causal subjetiva de divorcio; y algo que, a pesar del paso del tiempo, nadie quiere sufrir.

¹¹ Nos parece que la idea expresada por SUPLOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo Veintiuno Editores (Buenos Aires, 2007), p. 141, puede aplicarse tanto a los voluntarios como también a los involuntarios.

¹² Situación que, a través de la reforma de 1968, se hizo más patente en los daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa.

¹³ Por referencia al Art. 494 del Código civil.

¹⁴ SAVIGNY, M. F. C. de, *Sistema de derecho romano actual*, F. Góngora y Compañía Editores (Madrid, 1879), p. 354.

En este entendimiento, es que tampoco son contrato los acuerdos parlamentarios susceptibles de ser alcanzados por los legisladores al momento de sancionar una norma; ni siquiera los acuerdos a los que llegan las partes de un litigio con el juez de la causa al convenir la prueba a producirse o al consentir en que se declare la cuestión como de puro derecho, o al allanarse el demandado a las pretensiones del actor.

Pasando al plano estrictamente privado, los regímenes de visitas acordados por los cónyuges respecto de sus hijos, o la determinación consensuada de la cuota alimentaria tampoco son considerados como contratos¹⁵.

Es decir, se hace manifiesto que no todo acuerdo sobre cuestiones jurídicas y patrimoniales es un contrato. Es un acuerdo jurídico de contenido patrimonial, pero no cualquiera de estos es un contrato. Vélez, ya desde la nota al Art. 1137, los limita estrictamente a los que tengan contenido *creditorio*¹⁶.

Pasando al plano estrictamente contractual, la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de fijar los parámetros que determinan la existencia o inexistencia de causales de responsabilidad originadas en un contrato. Es decir, establece cuando nacen obligaciones de los contratos.

“Yo no quiero responder por los daños que fueran ocasionados por terceros (rayones, robos o hurtos) en un estacionamiento de mi propiedad a las personas que voluntariamente guarden sus autos en él. De hecho, a la entrada del mismo, he colocado una leyenda que expresamente dice que no soy responsable por ellos”. No obstante, teniendo en cuenta que hay un negocio jurídico en virtud del cual, alguien deposita una cosa de su propiedad, lo que hay que devolver es esa misma cosa, en idéntico estado¹⁷. Si la cosa sufre algún daño, corresponde que sea quien explota económicamente el garaje quien lo repare, equiparando la situación patrimonial del damnificado al momento anterior al hecho dañoso; del mismo modo en que es él quien lucra con el pago de los depositarios de los vehículos¹⁸.

Viendo las cosas desde el otro ángulo, podría no estarse de acuerdo tanto en el precio de la hora del estacionamiento, como en el fraccionamiento de la tarifa. Sin embargo, al ingresar al Aeropuerto de Ezeiza, no hay más remedio que abonar el tiempo durante el cual, el garajista hubiera cuidado el vehículo, pues se manifiesta una voluntad de consentir con un intercambio de prestaciones susceptibles de apreciación pecuniaria. Tal vez el presente ejemplo sea más gráfico en la relación de voluntad y libertad: realizo un acto voluntario yendo al aeropuerto en mi automóvil, pese a que

¹⁵ Siguiendo a Supiot, aquí podríamos decir que hay una captación de las cosas a través de las personas, ya que será el rol lo que determine su carácter de acreedor o deudor. Nos parece que la impropia inclusión del matrimonio como un contrato, tiene un fundamento moral, tal como lo señala VERNENGO, cit. (n. 2), p. 95.

¹⁶ Incluso, podría tenerse en cuenta lo atinada que resulta la puntualización del codificador, teniendo en cuenta como los acuerdos que se obtienen en cuestiones originadas en el llamado Derecho de Familia son llamados convenios.

¹⁷ Pues habría un enriquecimiento sin causa.

¹⁸ Incluso la más reciente jurisprudencia ha afirmado que “...el dueño de un garaje explotado en forma comercial tiene la obligación, además de contar con el respectivo seguro, de prever los casos más comunes de amenaza y por cierto que el robo a mano armada, en los tiempos que corren, no puede ser considerado un hecho imprevisible”... Cámara Nacional en lo Civil, Sala J 11/03/2008. - JA 2008 - III, fascículo 2, p. 68 y ss.

no tengo la libertad para eludir el estacionamiento y su consecuente pago; no obstante lo cual, como han cuidado de mi vehículo, habré de pagar por ese servicio, y de no hacerlo, no podré salir.

Este es el cuadro de situación que puede variar respecto a cada uno de los tipos contractuales, y las diferentes situaciones que estos contemplan. No todas las contingencias contractuales depende libremente de las partes: algunas en virtud de las circunstancias (la tasa de interés de un mutuo varía en función de las cuotas de que se trate) son modificadas posteriormente por los jueces (si los llegan a considerar muy elevados); otras, son suplidas por las autoridades administrativas (caso del Aeropuerto) o por la legislación positiva (mínimos y máximos de los alquileres).

Y todo ello no obsta para que los actos sean voluntarios.

IV. UNA REALIDAD CONTRACTUAL

Hasta aquí ejemplos que están en el quehacer jurídico diario. De todas maneras, y a pesar de que estas situaciones no son recientes, se sigue insistiendo en la idea de que los contratos son, pura y exclusivamente, acuerdos de voluntades¹⁹. Hilando un poco más fino, se hace mención al carácter jurídico y patrimonial de los mismos, con la única exclusión de las relaciones de familia, pues se entiende que la distinción entre derechos reales y personales, ha perdido vigencia. No obstante, nos parece que esto no es suficiente, que son más las características²⁰ que tiene que reunir un acto para quedar configurado como contrato.

Un contrato es una forma en la que se contraen obligaciones, una manera a través de la cual tenemos que dar, hacer o no hacer algo para con alguna persona. Esta forma tiene la peculiaridad, de corresponder a un movimiento voluntario de los agentes, o, que no es repudiado por ellos.

La voluntad no es la nota característica del contrato, aunque esta se presenta en ellos, como en otros actos que no son contratos, conforme lo expuesto más arriba.

Es el intercambio recíproco y equivalente de contraprestaciones lo que lo constituye principal y propiamente. Abstracción hecha de la clasificación de contratos reales y sus contradicciones²¹, un mínimo de atención sobre la realidad jurídica muestra que no funcionan del mismo modo una compraventa, que una locación, un mandato, una fianza y un comodato.

Esto no quita que haya algunas características que sean comunes a todos, como ser actos entre vivos que recaen sobre bienes que poseen los particulares en cuanto tales; es decir, no son objeto de contratos las transacciones relativas a cuestiones vinculadas con el derecho tributario²²; las partes son tratadas como sujetos jurídicos

¹⁹ Puede verse como incluso ALTERINI en *Los pilares del contrato moderno*, La Ley (Buenos Aires, 2008) - C, 1084, apenas dedica dos párrafos a cuestiones que no estén ligadas a la explicación del acuerdo de voluntades.

²⁰ Como más adelante veremos, según la reforma al tuitivo régimen del derecho de consumo, puede haber obligados con un consumidor, sin que haya contrato.

²¹ El artículo 2182 dice que "El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa". El remarque me pertenece.

²² Aunque algunas operaciones estén indirectamente gravadas con algún impuesto (IVA).

iguales aunque económicamente no lo sean; las operaciones vinculan cosas que los contratantes tienen y quieren o necesitan intercambiar.

También es dable destacar como han sobrevivido tres de las cuatro clases de contracción de obligaciones enunciadas por Gayo en las figuras contractuales de hoy. Veamos:

- A. La antigua *sponsio*, hoy podría equipararse tranquilamente a las obligaciones sin causa como ser las letras de cambio o los pagarés, o incluso también en el contrato de fianza, ya que el fiador se obliga frente un acreedor.
- B. Las obligaciones *re*, se corresponden casi calcadamente con los contratos reales; siendo más importante aquí la restitución de la cosa entregada que el acuerdo de voluntades²³.
- C. Las que nacen *consensu*, entrando las cuatro figuras típicas: compraventa, mandato, locación y sociedad, sin que sea necesario formalidad de ningún tipo.

Si bien no son todas estas fuentes del mismo tipo, podemos ver que en todas ellas el consentimiento está. Mejor o peor manifestado, a veces más completo y abarcativo, en otras defectuosamente, pero hay voluntad. ¿O involuntariamente puede asumirse el carácter de fiador liso y llano principal pagador? ¿O el de depositario que recibe una cosa para guardarla y entregarla al propietario? ¿O el de comprador que se compromete a pagar un precio por la entrega de una cosa?

Pero al mismo tiempo, no es solo la voluntad la que obliga, puesto que la voluntad nunca alcanza a cubrir todos los presupuestos futuros y contingentes que un contrato puede reunir.

Pasando revista, podemos encontrar situaciones en las que por distintas contingencias, el mero acuerdo de voluntades es insuficiente para configurar un contrato:

- 1) En la compraventa el precio tiene que ser cierto y serio²⁴, entendiéndose por tal al que está adecuado a la cosa, pues podría configurarse alguno de los supuestos que dan lugar al vil y/o irrisorio, y en consecuencias dar lugar a la acción de resolución por lesión o la de simulación²⁵.
- 2) En el alquiler de una finca urbana, los plazos mínimos y máximos, entre otras cosas, son establecidos por la Ley 23.091; en la locación de obra, el dueño puede desistir de la misma, sin tener que indemnizar al constructor todas las ganancias que esperaba obtener del mismo.
- 3) En un comodato, poco importa la promesa o la oferta del comodatario, pues el mismo comienza a existir, una vez que se entrega la cosa, y su extinción acaece cuando la misma se devuelve.
- 4) Algo parecido pasa en el mutuo, en virtud del cual, el mutuario tiene que devolver la exacta cantidad de cosas de la misma especie y calidad que las que

²³ Las consideraciones que sobre el carácter consensual Borda atribuye al mutuo mercantil, hoy podrían estar más reforzadas teniendo en cuenta las disposiciones sobre defensa de consumidores y usuarios

²⁴ También nos parece relevante a este respecto que los notarios no suelen realizar las escrituras traslativas de dominio por cualquier precio por más acordado que haya sido.

²⁵ Incluso cabría preguntarse cuál sería el sentido que tendrían los llamados vicios redhibitorios.

- hubiera recibido, toda vez que por ser consumibles, se confunden en su patrimonio, sin que sea posible distinguirlos²⁶.
- 5) En una fianza, el Acreedor acepta que un determinado tercero, propuesto por el deudor, asuma una deuda en los mismos términos que los que acordara con aquel. Esto, que por otra parte está reflejado en el Art. 1986, es bastante diferente a la idea de un acuerdo de voluntades entre acreedor y fiador. De hecho, actualmente, el 1585 *bis* ciñe aún más los términos en que el fiador asume la deuda del tercero. Esta es la figura contractual que menos se acerca al paradigma moderno del acuerdo de voluntades, pero más al romano, pues la obligación se asume *litteris*. Y siempre hay una repetición del fiador contra el deudor por quien paga, pero en la medida de su empobrecimiento.

V. EL APOORTE DE LA REFORMA B O R D A

Señala Supiot que “la fuerza y la duración de los lazos entre los hombres no dependen de las palabras intercambiadas, sino del mantenimiento de la armonía que ha presidido su formación. Y ese mantenimiento deriva de la capacidad de cada uno para sostener los vínculos que lo ligan con los demás, de su aptitud para adecuar sus pretensiones al carácter cambiante de los hombres y las circunstancias”²⁷.

Esta armonía tiene un doble aspecto: equilibrio patrimonial y consentimiento con él. Situación esta que vislumbró agudamente el reformador de 1968 al incorporar al derecho positivo argentino los institutos de lesión e imprevisión, sobre los que ya se había pronunciado favorablemente la jurisprudencia.

El 4º párrafo del nuevo artículo 954 entiende que la “desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda”, dando por sentado entonces que a través de un intercambio equivalente se podrán mantener lazos que sean fuertes duraderos, y que de haber desarmonía, también esta tendrá que perdurar para que aquellos sean frágiles y volátiles. Es decir, susceptibles de anulación.

En este mismo entendimiento el artículo 1198, procede de forma inversa. En un pacto que habiendo nacido proporcionado y equilibrado, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, puede dar lugar a una demanda de resolución del contrato.

Asimismo, tanto la imprevisión como la lesión, prevén que los contratos susceptibles de resolución por no haber armonía en los contenidos de las prestaciones de las partes, pueda seguir rigiendo los destinos de las partes, siempre y cuando, las

²⁶ Si bien excede el objeto del presente, no podemos dejar de señalar que la jurisprudencia argentina ha sido bastante receptiva en la captación de la realidad económica, pues en muchas ocasiones los intereses pactados fueron reducidos por desproporcionados; mientras que en otros, habida cuenta de la depreciación monetaria, se fijó una tasa que equiparó los mismos. Reviste una peculiar circunstancia lo que se ha llamado Teoría del Esfuerzo Compartido, pues con motivo de la crisis económica de principios de milenio, la depreciación monetaria en muchos casos fue soportada por ambas partes: el paso de uno a tres pesos por cada dólar estadounidense, se fijó en dos pesos

²⁷ SUPIOT, Alain, cit. (n. 11), p. 133.

prestaciones sean reajustadas o mejorados sus efectos²⁸. O sea restablecer la armonía, una conveniente proporción y correspondencia de unas cosas con otras²⁹.

Se puede colegir que de un juego armónico entre estos artículos y el resto del código, cualquier acuerdo de voluntades, para no ser anulable, tiene que estar medianamente equilibrado tanto en origen, como durante todo su funcionamiento, pues al momento de solicitar la anulación, la desproporción tiene que subsistir o estar justificada³⁰.

Conforme lo dicho por la C.S.J.N en Fallos 202:456. "...Que en principio, bajo un régimen de libertad de contratar, solo los jueces, no la ley, pueden revisar los contratos para declarar la invalidez de los que han sido concluidos sin libertad, no han recaído sobre objetos lícitos o no reúnen las solemnidades que la ley impone. Fuera de esto, la equivalencia de las prestaciones, que es un requisito substancial de la validez del contrato porque lo es de la justicia, se da por establecida en razón de haber mediado en la estipulación de ellas una decisión libre de la voluntad de los contratantes. El orden público reposa, en buena parte, sobre la estabilidad de los contratos, y por eso, para juzgar de la intrínseca validez de las modificaciones introducidas en ellos por la ley ha de confrontarse el bien común que procuran con la medida en que padece ese otro bien común consistente en la estabilidad aludida. Pero esta dejaría de ser fundamento de orden y bienestar general para convertirse en amenaza si se pretendiera que lo contratado es de por sí lo justo siempre, pura y simplemente, porque es lo contratado, olvidando que la estabilidad del orden contractual supone correlativa estabilidad en lo fundamental de las circunstancias sociales y económicas en que se contrató –lo que no sucede en el trance actual del mundo–, y condiciones de real y efectiva libertad para ambas partes. De ahí que si las circunstancias generales –no ya las de tal o cual caso particular, capaces de determinar la anulación o revisión judicial–, han hecho que con respecto a determinados objetos de contratación ineludible o poco menos, una categoría de contratantes no se hallara en condiciones de concreta libertad, o han alterado de manera grave y substancial el valor de una de las prestaciones recíprocas, la esencia del contrato, lo que hace que entre las partes equivalga a la ley (artículo 1197 del Código civil) se altera de tal modo que, mientras el régimen contractual del derecho común no contenga posibilidades propias de solución, la injerencia de una ley que en razón de lo uno o de lo otro imponga de un modo razonable modificaciones justas de carácter general en las estipulaciones, todo lo contrario de menoscabar la autoridad del régimen de los contratos lo salvaguarda porque salvaguarda su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible..."

²⁸ GALGANO, Francesco, *Libertad contractual y la justicia del contrato*, La Ley 2008 - B, 977, antes de seguir los mismos derroteros que Supiot con relación al "derecho oriental", entiende que "la equidad se transforma en regla general, aplicable tanto para corregir el desequilibrio originario del contrato, como para restaurar el equilibrio ulteriormente alterado".

²⁹ Ver *Diccionario Real Academia Española*, Vigésima segunda edición en www.rae.es.

³⁰ Entiendo que la justificación a la que se refiere el 954 puede ejemplificarse gráficamente a través de las grandes subastas que se hacen de objetos que pertenecieron a personas ilustres. De esta forma se entiende como una cosa pasa a tener un valor muy superior, no por sus cualidades, sino por el hecho de haber pertenecido a alguien. Mediando aquí una suerte de valor agregado por razones que pueden clasificarse en subjetivas o afectivas. Habría un algo o alguien, externo a la cosa, que justifica el precio que el comprador pagara por ella.

VI. EL CONTRATO DESDE UNA PERSPECTIVA CAUSAL

Si bien nos parece que con estos ejemplos demostramos claramente que un contrato es algo más que un acuerdo de voluntades, y a fin de poder determinar con mayor precisión y rigor científico, las distintas realidades que lo configuran, intentaremos hacer una aproximación desde el estudio de sus causas. Según explica Aristóteles³¹, por causa (o también razón) se entienden cuatro realidades diferentes, a las que posteriormente se agregó la ejemplar:

A. *Causa material*: La causa material es aquello de lo que algo se hace, y en lo que es. La materia es pura potencialidad, todo aquello que dispone al sujeto para recibir algo; las partes esenciales, potestativas e integrales de que constan los compuestos correspondientes, y hasta cualquier sujeto potencialmente receptor de cualquier acto. Es condición sin la cual no actúan las otras causas; es una pura unión de³².

En derecho, la materia capaz de recibir la forma serán los justiciables, es decir los miembros de la comunidad. Si entendemos al derecho como lo que está adecuado a otro según un modo de igualdad, lo justo, objeto de la justicia, y siendo esta lo que nos ordena con los demás miembros de la comunidad, no hay dudas que son ellos la causa material.

Ahora bien, cabe mencionar que como el hombre existe siempre en comunidad, más propiamente hablando cabe decir que son las relaciones de los miembros de la comunidad la causa material del derecho.

Para el caso de los contratos, la causa material serán las prestaciones que las partes intercambian voluntariamente sobre bienes y cosas, de manera potencial y universal.

B. *Causa Formal*: La causa formal es aquello por lo que una cosa es intrínsecamente lo que es. Trátese de un acto que determinando la materia, constituye el compuesto especificando su esencia.

La causa formal sustancial actualiza a la materia prima, determinando originalmente el ser y lo especifica de modo primario y fundamental. La accidental supone constituida la sustancia o lo que contiene sus ulteriores determinaciones o actualizaciones de su materia segunda. La materia debe recibir toda la actualidad y la existencia misma de la forma.

La causa formal es la que propiamente constituye a lo jurídico como tal, ofreciéndose como principio de perfección y especificidad; consistiría en ese ajuste o igualdad de la cosa para con el débito correspondiente³³.

³¹ *Física* II, 3 194b16-195b31, como así también *Metafísica* V 2 1013a24-1014a26.

³² GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel, p. 405 y ss.

³³ Nos basamos, aunque no estrictamente a VIGO, Rodolfo Luis, *Las Causas del Derecho*, Editorial Abeledo Perrot (Buenos Aires, 1983), p. 78 y ss. Aclaremos que si bien estamos muy de acuerdo con el iusfilósofo santafesino, quien en sus magistrales charlas y conferencias sostiene que el derecho es la “ipsa res iusta”, en la obra citada, nos parece que no queda del todo claro, pues textualmente dice: “...La causa formal del derecho consiste en ese ajuste o igualdad de una acción humana exterior respecto al título de otra...” “...La causa formal, aquello que propiamente constituye a lo jurídico como tal, consiste en esa igualdad que realizan las conductas humanas al satisfacer plenamente los débitos estrictos...”

Es el instituto jurídico en que se hace patente el derecho, y que variará según como se den en las circunstancias concretas. La sentencia justa que determina la indemnización correspondiente por daños y perjuicios, la alícuota correspondiente al pago de impuesto a las ganancias, la condena a inhabilitación a un funcionario público corrupto.

En el ámbito estrictamente contractual, las causas formales serían el intercambio específico que las partes acuerden: compraventa, locación, garaje, representación, agencia, etc.

C. *Causa Ejemplar*: La causa ejemplar es el modelo interior al cual el agente ajusta su acción. Aún en el caso de que el modelo sea un objeto exterior; solo la representación que de él se hace el artífice que dirige la obra. Ha de ser algo existente como efectivamente conocido. Solo será aquello que, teniendo virtualidades imitativas y posibilidades modélicas, sea capaz de regular la acción del artífice.

Las reglas se constituyen en el modelo o ejemplar que establecen lo debido en las distintas relaciones jurídicas de que se trate. Siguiendo aquí a Vigo, se incluyen los juicios prudentiales prácticos que orientan una acción dirigida a satisfacer un débito, siendo las naturales el ejemplar más remoto, y las positivas el más próximo³⁴.

En el ámbito del derecho en general, podríamos decir que causa ejemplar son tanto los precedentes jurisprudenciales, como las normas de carácter supletorio. En el ámbito contractual específicamente, serían todos aquellos contratos que ya existen en la realidad, y que son previos cronológicamente del que lo imite.

Preferimos evitar el calificativo de típico o nominado, toda vez que el mismo implica un cierto grado de legislación sobre el mismo, y sabido es que la jurisprudencia, especialmente la comercial, ha realizado a través de sus fallos, especificaciones bastante esclarecedoras y ejemplificadoras de otras figuras que sin estar legisladas, podríamos llamarlas típicas *secundum quid*³⁵.

También, al decir de Villey, podrían llegar a revestir el carácter de modelo, las buenas relaciones entre los miembros de la comunidad que intercambian cosas, pues en sí mismo son ricas en justicia y están cargadas de contenido normativo, ya que la observación de la naturaleza de las cosas es una verdadera fuente de derecho³⁶.

D. *Causa eficiente*: Todo ente estructurado de potencia y acto, exige una causa, alguien que haga lo hecho. El movimiento no puede dar cuenta de sí mismo, carece de consistencia inteligible ante el espíritu y nos remite fuera de él en el doble sentido de su origen y de su meta.

Será el artífice que formalice la causa material. En el caso de la sentencia será el juez, en el caso de ley será el legislador, en el caso de un contrato las mismas partes. La causa eficiente actualiza algo en un sujeto que solo era potencial. Es aquello de lo que primaria y ejecutivamente procede el movimiento; y sin ella la material y formal no puede ejercer la causalidad. Así como la causa material y formal hacen la esencia del

³⁴ Ídem. p. 124.

³⁵ Nos parece que las colecciones de Abatti y Roca (h) sobre modelos de contratos, que generalmente usamos los abogados para tener un punto de partida, son el más claro ejemplo (si se me permite la redundancia).

³⁶ VILLEY, Michell, *Método, Fuente y Lenguaje Jurídico*, Ghersi Editor (Buenos Aires, 1978), p. 51 y ss.

ente, la causa eficiente le da su existencia; y en el ámbito propiamente de los contratos, esto lo cumplen las partes, que son quienes hacen lo hecho. ¿O hay contratos sin partes?

Sin que sea objeto del presente vemos cómo el derecho regla y condiciona las distintas maneras en que se otorga eficacia jurídica a los contratos celebrados por las partes a través de los institutos de capacidad, habilidad y legitimación.

E. *Causa final*: Todo agente obra por un fin. Entendiéndolo como causa es aquello por lo que algo se hace. Hay que entender el fin como el término de una intención, lo perseguido por el agente, y no tanto lo producido por él. Aquello por lo que se determina a obrar.

La consecución de lo justo, lo que está adecuado a otro según un cierto modo de igualdad, objeto de la justicia, a fin de que estemos ordenados con nuestros conciudadanos.

El fin es ciertamente el último en el orden de la ejecución, mas el primero en la intención del agente, y en este sentido tiene condición de causa. Y en el caso de los contratos, la finalidad que nos mueve a contratar es la necesidad de intercambiar cosas pues el hombre por sí mismo no puede satisfacer todas las apetencias de bienes y cosas materiales y/o inmateriales.

El derecho, refiriéndonos a él como la organización que el Estado hace de la función jurídica, resguarda y vela porque este intercambio de cosas sea equivalente y conducente para satisfacer esa necesidad que lo motiva. Por ello en algunas ocasiones nos parece que, o bien el precio que se nos pide es excesivo en relación a la cosa, o al revés, que el ofrecido no se adecua a ella. Esto no es óbice para las partes que suelen tratar de comprar barato y vender caro, pues en ocasiones el precio se rebaja o incrementa, en función del plazo de pago³⁷ y/o las urgencias de cada una de las partes³⁸.

Cabe hacer mención que entre estas cuatro causas tiene que haber una recta ordenación, es decir, que sean queridas según su importancia objetiva. Si en una serie de causas subordinadas se quita la primera, necesariamente fallan todas las demás, y la final es la primera de todas ellas. La razón es porque la materia no obtiene la forma si no la mueve el agente, pues nada pasa por sí mismo de la potencia al acto; a su vez el agente no realiza el movimiento sino por la intención del fin, ya que, si no estuviese determinada a un efecto, no obraría más esto que aquello. Para que produzca, pues, un efecto determinado, preciso es que se determine a algo cierto, que tiene razón de fin.

Ya vemos como muchas veces por darse una importancia desmedida a la causa material, olvidándose la eficiente y la formal, no se puede alcanzar la final; como así también, una exagerada ponderación de la causa formal como podría ser el extremo legalismo normativo en sentido amplio; o también de la eficiente, confiando todo al legislador o a los jueces según el modelo histórico que tomemos como ejemplo, tampoco se logró la causa final: que cada parte tenga lo suyo, estando estos suyos de cada cual interconectados.

³⁷ ST II-II 78,2 ad 7.

³⁸ Obviamente si una parte tiene necesidad de vender rápido, tal vez priorice la pronta obtención del efectivo; mientras que la otra puede especular dicha necesidad, siempre que la diferencia, según las circunstancias del caso, no sea excesivamente desproporcionada y sin justificación. No olvidemos que el derecho no puede prohibir todos los vicios, sino solo aquellos que destruyan la convivencia. ST 77, 1, ad 1.

VII. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DEL CONSUMO

Hasta aquí hemos visto ejemplificada nuestras consideraciones, en figuras o modos de representación que tal vez carezcan de toda la modernidad que se requiere para poder hablar de contratos y filosofía, en lugar de historia. De modo que hemos decidido poner nuestra aplicación a prueba de la actualidad, pues no podemos dejar de decir que el derecho es algo que está en la realidad, y así como esta cambia, igual él. Dentro del marco contractual, el obstáculo a superar por nuestra concepción, para no ser una pieza de museo, entendemos que podría ser lo que se ha dado en llamar Derecho del consumo.

Si bien pareciera que el contrato de consumo sería una clasificación útil, no en cuanto al tipo contractual, sino en cuanto a la función negocial de las partes que contratan, como podrían ser los contratos de empresa, contratos administrativos, etc.

En este entendimiento, la sanción de la Ley 26.361 modificatoria de la 24.240 de defensa del consumidor, expande su ámbito de aplicación no solo a lo que se podría llamar relación contractual de consumo, traducible por cualquier adquisición o utilización de bienes o servicios, sino a toda relación de consumo.

En este punto, a pesar de una técnica legislativa bastante defectuosa, colegimos:

- 1) El Art. 1 considera consumidor a quienes “sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Aquí si bien parece que la referencia se limita a una relación contractual, ello no obsta para la existencia de un consumidor, independientemente que no haya sido parte del contrato de consumo que origina la relación de consumo.
- 2) El nuevo Art. 3 señala que “relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”, equiparando entonces el origen contractual y extracontractual que pudieran tener todas las obligaciones de consumo³⁹. Es decir, el vínculo que une al consumidor con el productor de bienes y servicios, se originará en una relación contractual en la que sí necesariamente este tiene que tener el carácter de parte, pero sin que el consumidor, que sufra un menoscabo en su persona o en sus bienes, tenga que ser la contraparte.

Es en virtud de esta hermenéutica, que por otra parte se venía haciendo presente en la jurisprudencia⁴⁰, que el régimen protege al consumidor en cualquier situación

³⁹ Lo que también sostienen FRUSTAGLI, Sandra y HERNÁNDEZ, Carlos, *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia la materia contractual*, en Número Especial *Jurisprudencia Argentina* 2008-II, p. 6.

⁴⁰ “...El estacionamiento, gratuito, integra los servicios que el hipermercado ofrece para la mejor comercialización y venta de los productos ofrecidos, y ello genera en el usuario la confianza o convicción de que su vehículo quedará bajo la guarda o custodia del establecimiento... Esto implica que el servicio de estacionamiento ofrecido al público, en general, no es en modo alguno desinteresado, importando una auténtica oferta comercial al formar parte de una estructura propia del establecimiento comercial adoptada con el fin de llevar a cabo la explotación de los negocios de la demandada... Y es indiferente si efectivamente el potencial cliente que celebró el contrato de estacionamiento celebró o no, posteriormente, compraventa alguna en el centro comercial, ya que la obligación de custodia y seguridad, pesa sobre el supermercado respecto de los vehículos dejados en la playa de estacionamiento perteneciente; pesa sobre quien luca con esos consumidores potenciales la carga de que el lugar sea seguro...” C. Civ. y Com. Rosario, Sala 1ª, 10/10/2006, Frans, Mónica y otro v. Carrefour Argentina S.A. Lexis 70025712.

jurídica que lo encuentre como acreedor de una obligación de consumo, ya sea voluntaria o involuntaria.

De forma inversa a la romana, en la que se hacía hincapié en la situación del deudor para establecer los distintos marcos obligacionales, hoy se pone el acento en el acreedor, ya que es digno de protección especial por el ordenamiento jurídico, por tratarse de la parte económicamente débil.

Lo cual se refleja en el artículo 3, al establecer que “las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”. Es decir, el régimen de seguros, el del ahorro previo y el de tarjeta de crédito entre otros, siguen siendo aplicables en la misma medida, con el plus que tuitivamente, añade la legislación sobre defensa del consumidor.

Más que referirnos a un contrato del que nacen obligaciones de consumo, pareciera ser más adecuada la caracterización del consumidor como acreedor de un deudor de obligaciones de consumo. Pues lo que lo identifica es su condición de consumidor como sujeto activo, frente al sujeto pasivo (productor), lo que le permite gozar de determinadas prerrogativas legales que no ostentaría frente a un no productor, por más que la obligación haya nacido de una misma e idéntica fuente. Por ejemplo, la venta de un automóvil usado entre particulares no relaciona a las partes en los términos de la ley defensa del consumidor, como quedarían vinculadas si la operación es llevada a cabo por una concesionaria.

En los contratos con productores de bienes y servicios, el acuerdo con el consumidor, aunque parezca inexistente, sigue estando, el consentimiento no deja de aparecer. Pues si bien jurídicamente las partes son iguales, no lo son económicamente, siendo este justamente el aspecto que permite al productor imponer las condiciones a los consumidores, quedando este ante la disyuntiva por sí o no. Es decir, la libertad queda reducida a la mínima expresión, pues aunque el acto solo puede ser realizado en condiciones indiscutibles e innegociables⁴¹, sigue siendo voluntario.

Si bien el intercambio no encuentra las mismas características que en Roma, también hay que considerar que la economía actual influye, nos guste o no. Cuando se procede a comprar un electrodoméstico no se paga el costo del mismo, sino que el precio incluye más factores: intermediarios, trabajadores, amortizaciones e inversiones futuras que están a lo largo del trayecto que lleva los productos desde la mente del inventor hasta el comercio. De manera igual, pero distinta, cuando un producto nuevo sale al mercado, el precio unitario que se paga es menor que el costo, pues se entiende que con el paso del tiempo, y gracias a las economías de escala, las ventas generalizadas traerán el equilibrio a las arcas de los productores de bienes y servicios⁴².

La manifestación del consentimiento del consumidor implica una cierta voluntariedad sobre un contenido patrimonial, y ese contenido ha de estar equilibrado y consentido. Lo que podemos observar en relaciones de consumo de ejecución

⁴¹ Lo que por otra parte también se da en el orden civil, pues muchas veces la transacción se hacen en términos sobre los que no hay negociación alguna: la oferta se acepta lisa y llanamente.

⁴² No estamos pensando justamente en las grandes fábricas y corporaciones que también operan en la realidad económica actual; pero no podemos dejar de tener en cuenta que así como existen ellas, también están quienes destinan el lucro que adquieren comerciando a su propio sustento.

continuada, dentro de las que destacamos la comercialización a través de círculos de ahorro. Si bien es una realidad regulada hace ya tiempo, a través del Decreto 142.277 del año 1943, el incremento cuantitativo y cualitativo de bienes susceptibles de ser adquiridos bajo esta modalidad, permite aprehender mejor la realidad a la que nos referimos.

Hoy día, la producción en masa lleva a la sustitución de productos por otros del mismo estilo y gama, pero más actualizados. No podemos pensar hoy en que se sigan fabricando Ford Falcon o Peugeot 504. Al suscribir un plan para la adquisición de esta clase de bienes, también llamados *standards*⁴³, el consumidor sabe de antemano, que posiblemente el producto objeto del deseo, por sus características propias sea reemplazado por otro similar, del que a la postre será propietario.

En este sentido la publicidad desarrolla un papel predominante dentro del proceso de construcción de sociedad de masas ya que su función más importante es la de crear, convencer y persuadir sobre las necesidades de los consumidores. A través de ella, no solo se establecen vínculos comerciales, sino que por el contrario con ese objetivo, se apela a los sentimientos humanos llevando al consumo a grandes grupos humanos. Siendo entonces que la publicidad induce a la contratación, la conducta de la empresa ha de ser conducente con lo ofrecido en el sentido de dar satisfacción a la necesidad que pretendidamente ofrece respuesta.

Implica pues una falta a los deberes de buena fe que "...el claro texto de la Ley confiere relevancia jurídica a las precisiones formuladas en los avisos publicitarios, por lo que el entorno en el que se realizó la oferta debe considerarse como integrante del marco de ejecución del contrato por aplicación del artículo 1.198 del Código civil..."⁴⁴.

Lo cual es conforme a la Ley de defensa al consumidor al disponer que "las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor" y que "quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos".

Se consiente voluntariamente en la procuración de un fin (cosa *standard*) que se considera necesario, aunque el medio pueda implicar cierta falta de libertad (reemplazo del bien), sin que esto signifique que se tenga al acto por involuntario. Ahora bien, esta sustitución no puede implicar una ruptura de la armonía que, en palabras de Supiot, preside el lazo. Si el bien sustituyente implica un salto cualitativo importante, por ejemplo un 50% más del valor, estaríamos frente a una situación desarmónica; así como si se permitiera al consumidor obtener el bien nuevo, de mayor valor, al precio del anterior.

He aquí el valor del elemento voluntario y su correcto lugar: el de accesoriadad a los intercambios de cosas (en sentido amplio), equivalentes y susceptibles de apreciación económica, entre particulares.

⁴³ Que no son justamente algo concreto fabricado por un artesano.

⁴⁴ C. Fed. Mar del Plata, 10/04/2006, Marceillac, Juan I. v. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. Lexis N° 70038157

“...Como fuera dicho en párrafos anteriores, la imposición del nuevo vehículo importa una solución adecuada dentro de este sistema de venta, frente a la necesidad de los fabricantes de atender los requerimientos del mercado. Pero para que ello pueda ser así calificado, es menester que no existan diferencias sustanciales entre ambos automóviles tanto en sus prestaciones como, sustancialmente, en su precio. El valor de la cuota es un elemento significativo en este tipo de contratos, pues quien adhiere a este tipo de planes, privilegia esta variable teniendo en mira su nivel de ingresos. Así, de modificarse irrazonablemente el quantum de la cuota, por imponer un vehículo de mayor gama que el pretendido, la ecuación económica tenida en cuenta por el adherente sufre un quiebre que complica o imposibilita la continuidad del contrato. Esta consecuencia revela a las claras que la modificación hace a la esencia de la relación negocial...”⁴⁵.

VIII. CONCLUSIÓN

En el caso en que esta armonía sea desestabilizada en alguno de sus aspectos, se permite la invocación al derecho para la protección de este lazo, reprimiendo la alteración voluntaria o involuntaria, interna o externa, de un vínculo bilateral.

Un contrato es una forma en la que se contraen obligaciones, una manera a través de la cual tenemos que dar, hacer o no hacer algo para con alguna persona. Este modo tiene la peculiaridad de corresponder a un movimiento voluntario de los agentes, o que al menos, no es repudiado por ellos. La voluntad, si bien está presente en todo ellos, como en otros actos jurídicos que no son contratos, no es la nota característica o esencial. Es el intercambio recíproco y equivalente de contraprestaciones lo que lo constituye principal y propiamente; es decir, cambiar una cosa por otra, entendiendo que el único módulo para determinar el término medio es la igualdad de las contraprestaciones⁴⁶.

Todas estas observaciones no tienen como objetivo desprestigiar el valor del acuerdo de voluntades, sino más bien colocarlas en su plano, cual es de la accesoria al intercambio de contraprestaciones equivalentes. Equivalencia que si bien no tiene que ser perfecta, encuentra su fundamento en los desplazamientos patrimoniales de bienes

⁴⁵ C. Nac. Com., sala A, 15/11/2005- Molina, Claudio A. v. Círculo de Inversores S.A. de Ahorro para Fines Determinados. SJA 24/5/2006.

⁴⁶ ST II-II 61, 3: Las conmutaciones se llaman voluntarias cuando una persona transfiere a otra voluntariamente lo que es suyo. Si se le transmite sin más alguna cosa suya y sin débito, como en la donación, no es un acto de justicia, sino de liberalidad. La transferencia voluntaria pertenece a la justicia en tanto en cuanto hay en ella razón de débito, lo cual puede tener lugar de tres modos. Primero cuando alguien transmite simplemente una cosa suya a otro como contraprestación de otra cosa, lo cual sucede en la compraventa. Segundo, cuando uno entrega a otro alguna cosa propia concediéndole el uso de ella con la condición de devolverla: si se concede el uso gratuito de la cosa, se llama usufructo en las cosas que algo producen, o simplemente mutuo o comodato en las que no producen, cuales son el dinero, vajillas y cosas semejantes. Pero si ni aún el uso se concede gratuitamente, hay locación y arrendamiento. Tercero cuando alguien entrega una cosa con intención de recobrarla y no para su uso, sino para su conservación como en el depósito, o a título de obligación como cuando uno entrega una cosa suya en prenda o sale de fiador de otro. En todas estas acciones, ya voluntarias, ya involuntarias, existe un mismo y único módulo para determinar el término medio, a saber, la igualdad de las contraprestaciones, y por esto todas ellas pertenecen a una sola especie de justicia, a la conmutativa.

y no en las convenciones. Siendo en consecuencia aplicable a la categoría de los llamados contratos onerosos, únicos actos jurídicos que nos parecen revisten carácter contractual.

IX. APÉNDICE. ¿Y LA DONACIÓN?

Todas las consideraciones y caracterizaciones precedentes hacen referencia a contratos onerosos. De modo tal que la pregunta que se impone como primera objeción es si la donación está incluida. Y cómo. Si bien nos parece que el tema excede el ámbito del presente, no queremos dejar esta pregunta sin respuesta, aunque más no sea de forma exigua.

En este sentido, teniendo en cuenta que:

- a) La revocación no encuentra razones que la justifiquen en los casos de ingratitud o la supernacencia de hijos. Las que sí aparecen en la inejecución de los cargos, pues se trataría del incumplimiento de un acto al que se le aplican las reglas de los onerosos, tal como lo disponen los artículos 1.828 y 1.829 del Código civil;
- b) Las donaciones, al igual que los testamentos y legados, están sujetas a las acciones que tienden a proteger la legítima, situación que no se presenta con contratos en los que pueda haber ventajas para una sola de las partes, como los aleatorios (renta vitalicia o juego y apuesta).
- c) Tampoco se comprende cómo, en el marco de un contrato, queda pendiente una obligación alimentaria para con el donante, y mucho menos, como la misma puede extenderse, como máximo, hasta el valor de la cosa donada.
- d) Las ofertas de donaciones pueden ser aceptadas por el donatario después de producida la muerte del donante⁴⁷.

No nos parece que la donación sea un contrato⁴⁸. Los motivos de aquellos que la incluyen dentro de dicha clasificación de actos jurídicos nos parece que obedece a lo apuntado por Vernengo⁴⁹, pues es una institución que requiere de una legitimación oportuna y, que al pretender que sea vista como moralmente necesaria, se la transfigura en algún modo en contrato.

⁴⁷ Lo cual es contrario a las reglas generales de manifestación del consentimiento: Art. 1149 y sigs.

⁴⁸ BORDA, *Tratado de Derecho Civil - Contratos*, La Ley, 2008, p. 331, llega a decir que “la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más próximo a la disposición testamentaria que al contrato”.

⁴⁹ Ídem. p. 95, aunque el ejemplo del autor citado está referido al matrimonio, nos parece que los motivos son idénticos.



FILOSOFÍA DEL DERECHO



SOBRE UN FUNDAMENTO IUSNATURALISTA DE LOS DERECHOS
HUMANOS: LA TEORÍA DE JOHN FINNIS

*BACKGROUND ON A NATURAL LAW OF HUMAN RIGHTS: THE THEORY OF
JOHN FINNIS*

DAMIÁN TODOROVICH CARTES*
Universidad Arturo Prat

RESUMEN

Este artículo presenta uno de los intentos de fundamentación de los derechos humanos, a saber, la del iusnaturalismo realista, en la perspectiva del autor australiano John Finnis, entendiendo en primer lugar que su fundamentación racional no solo es posible, sino que estrictamente necesaria a la luz de las características que se atribuye a los derechos humanos. Se expresa, en el trabajo, el aporte que, Finnis, hace a partir de la precisión del concepto de derechos y como los comprende como aspectos básicos de la realización humana en plenitud, en cuanto bosquejan el marco del bien común, los que finalmente se especifican a través de un proceso racional de valoración, que debe necesariamente tener en consideración alguna concepción del bien humano, rechazando entonces el escepticismo moral y la neutralidad axiológica.

PALABRAS CLAVE: Derechos, derechos humanos, bienes humanos básicos, bien común, razonabilidad práctica, iusnaturalismo, realismo filosófico.

ABSTRACT

This article presents one attempt to substantiate human rights, namely the iusnaturalism realistic in the context of Australian author John Finnis, understanding, first, that its rational basis is not only possible but absolutely necessary to light of the characteristics attributed to human rights. It is expressed in the work, Finnis contribution, made from the precision of the concept of rights and how to understand them as basic aspects of human achievement in fullness, as outlined under the common good, finally specified through a rational process of evaluation, which must necessarily take into consideration some conception of human good, then reject moral skepticism and axiological neutrality.

KEY WORDS: Rights, human Rights, Basic human goods, common good, practical reason, iusnaturalism, philosophical realism.

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat, Iquique - Chile. Magíster en Ciencias Sociales por la Universidad Arturo Prat de Iquique-Chile. Actualmente cursando el Programa de Magíster en Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: dtodorov@unap.cl;

I. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL FUNDAMENTO

Nadie discute la importancia de los derechos humanos, y aún más se los caracteriza como universales, absolutos, inalienables, imprescriptibles, e intransferibles de modo tal que resulten herramientas muy eficaces de protección de los individuos, especialmente, frente a su principal deudor que es el Estado.

El problema de la fundamentación de los derechos humanos, es decir, de la razón de su existencia, me parece una tarea esencial. Sin embargo, el tema se presenta lleno de opiniones y de dudas, particularmente en torno a su fundamentación absoluta, lo que se ha manifestado, en la actualidad, en opinión de Carlos Massini, en un menosprecio de los fundamentos últimos, lo que revela el profundo impacto ejercido por el positivismo en la filosofía contemporánea¹. Resulta pertinente, a modo de ejemplo, evocar la opinión vertida por Norberto Bobbio, en el Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía de 1964², que propuso sustituir la búsqueda del fundamento absoluto de los derechos humanos, que él consideraba desesperada por el estudio de las fundamentaciones amparadas por las ciencias históricas y sociales, aunque en todo caso resulta más apremiante, según el jurista de Turín, su protección que la búsqueda de su fundamentación.

Claramente, mi perspectiva se halla en las antípodas de dicha tesis, pues me parece que, de la fundamentación de los derechos humanos surge inequívoco el título para exigirlos, como auténticos derechos morales o cartas de triunfo, en la expresión de Dworkin, frente a las decisiones de la mayoría o de quien ejerza el poder.

II. SOBRE UN FUNDAMENTO ABSOLUTO Y OBJETIVO

La constatación de la diversidad de estrategias de fundamentación de los derechos humanos, no implica, claro está, que asigne a todas ellas el mismo valor, por el contrario, estimo que la única fundamentación posible es aquella que es absoluta y objetiva, pues de una fundamentación débil, se obtiene una conclusión igualmente débil.

De este modo, una justificación contingente (no necesaria) y subjetiva, con fundamento en lo meramente procedimental, contractual o intersubjetivo, hará concluir en derechos humanos no necesarios y sin posibilidad de imponerlos a otros sujetos³, además la formalidad de la justificación impide fundar su contenido.

Aunque los derechos humanos como categoría jurídica, son una creación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII⁴, entiendo, que solo es posible la fundamentación, planteada por el realismo filosófico. Entenderé por iusnaturalismo a aquella posición iusfilosófica que sostiene la existencia de algún –es suficiente que sea uno– principio de derecho cuya fuente no es la mera sanción estatal o social⁵.

¹ MASSINI CORREAS, Carlos, *Los Derechos Humanos Paradoja de Nuestro Tiempo*, Alfabetá Impresores (Santiago de Chile, 1989), p. 106.

² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado y Constitución*, Editorial Tecnos, Séptima Edición (Madrid, 2001), p. 180.

³ MASSINI CORREAS, Carlos, cit. (n. 1), p. 107.

⁴ GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *Derecho y Derechos Humanos. Introducción a un Problema*, en AA.VV., *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval (Valparaíso, 1997), p. 15.

⁵ MASSINI CORREAS, Carlos, cit. (n. 1), p. 122.

Por ello, en lo sucesivo expondré la fundamentación intentada por el jurista australiano John Finnis, que iniciado en la escuela analítica derivó en una posición que entronca con la tradición del realismo filosófico.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS EN FINNIS

Nuestro autor, en el capítulo VIII de *Ley Natural y Derechos Naturales*⁶, hace un análisis del lenguaje de los derechos, a la luz de las tesis de Wesley N. Hohfeld, el que plantea al principio de su argumentación, dos postulados:

- a) Todas las afirmaciones o asignaciones de derechos se remiten a asignaciones de uno o una combinación de, lo que Finnis llama, derechos hohfeldianos, a saber: derecho exigencia, libertad, poder e inmunidad.
- b) Sostener un derecho hohfeldiano, es afirmar una relación de tres términos entre una persona, una descripción de un tipo de acto y otra persona.
De esta forma, es posible advertir cinco tipos de relación:
 - i. A tiene un derecho exigencia para que B haga X, si y solo si, B tiene un deber para con A de hacer X,
 - ii. B tiene una libertad, para hacer X, si y solo si, A no tiene ningún derecho exigencia a que B no haga X,
 - iii. B tiene una libertad, para no hacer X, si y solo si, A no tiene ningún derecho exigencia a que B haga X,
 - iv. A tiene un poder para hacer X, si y solo si, B se halle en la necesidad de admitir que su posición jurídica sea modificada, porque A haga X, y
 - v. B tiene una inmunidad, cuando A no tiene un poder para cambiar la posición jurídica de B, a través de la acción X.

De esta clasificación, Finnis estima que, con relación a la claridad del pensamiento, lo más relevante es la distinción que Hohfeld hace de “derecho-exigencia de A (que tiene como su correlato el deber de B) y la libertad de A (que es la libertad de A respecto del deber y por ende tiene su como correlato la ausencia o negación del derecho-exigencia que B tendría en caso contrario)”⁷, pues un derecho exigencia está constituido bien por un derecho a recibir algo de otro (una cosa o un hecho), en términos afirmativos, o bien a que no se le interfiera o no sea tratado o estimado de una manera determinada, en términos negativos.

Por otra parte, cuando la materia de la pretensión, son los actos propios, restricciones u omisiones, ya no se trata de un derecho-exigencia, sino de una libertad.

Claro está que la libertad puede ser protegida mediante un derecho exigencia, lo que sucede de manera frecuente en el ordenamiento, coincidiendo perfectamente con el primero de los postulados de los derechos hohfeldianos, aun más esa combinación suele ir acompañada de otras conjunciones de derechos.

Así a la luz del segundo de los postulados hohfeldianos, cuando se hable de derechos se alude a una relación entre tres términos, sin embargo los operadores jurídicos, no suelen hablar de una relación entre tres términos, sino de una relación

⁶ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 2000).

⁷ FINNIS, John, cit. (n. 6), p. 229.

entre dos términos entre las personas y una cosa, en sentido amplio (al decir de Finnis), lo que permite “(...) dar unidad inteligible a una serie temporal de los muchos y variados conjuntos de derechos hohfeldianos que un mismo y único conjunto de reglas proporciona en momentos distintos para asegurar y dar contenido a un objeto subsistente único”.

Considerando las distinciones anteriores, para determinar si existe para Finnis un modelo general explicatorio para establecer qué es un derecho, siguiendo en esto a Massini, debo señalar que el autor australiano rechaza la tesis que plantea que los derechos no son más que beneficios o intereses garantizados a las personas por reglas (que van a regular los vínculos entre tales individuos y otros regidos por dichas reglas) y la tesis que los restringe al mero reconocimiento y respeto de las elecciones personales (o de la voluntad), tanto de manera negativa como afirmativa, puesto que en ambos casos se reduce a uno de los tipos de derechos distinguidos por Hohfeld, así en el primero a un derecho reclamo y en el segundo a un derecho libertad.

Esta visión nos pone de plano ante la multivocidad de la expresión derecho o en otras palabras, ante su carácter análogo y por otra parte nos revela que los derechos “no son meras proclamaciones verbales, sino que suponen que una o más personas tiene un deber, o no tiene un derecho, o está sujeto a nosotros bajo un respecto o es incompetente para afectarnos”⁸.

Para Finnis, el centro del concepto de derecho son los aspectos básicos de la plena realización humana⁹, por lo que es posible hablar de derechos, cuando una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla que de ella se desprenda otorga a todos de los individuos de una clase determinada, el beneficio de una obligación, impuesta a un tercero (sin que este pueda además interferir con la actividad de los beneficiarios o con el goce de alguna otra forma de bien); hacer que ese tercero quede sometido a una exigencia de ese tipo o bien la inmunidad de verse sometido por ese tercero a cualesquier exigencia de ese tipo.

IV. SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN FINNIS

i) Se plantea, en *Ley Natural y Derechos Naturales*, que la expresión derechos humanos, es la forma que la modernidad tiene de “(...) hablar de la justicia, de las exigencias de la razonabilidad práctica y, por ende, del bien común (...)”¹⁰, en palabras del profesor Vigo, y funda tales derechos en la séptima de las exigencias de razonabilidad práctica, que consagra el deber de no elegir directamente contra algún bien humano básico, deber que tiene el carácter de absoluto y que correlativamente existe un derecho también sin excepciones.

En la especificación de los derechos, incluidos claro está los derechos humanos, debe realizarse a través de un proceso racional, de valoración y de cualificación, pues en el ámbito político, se suele hacer afirmaciones como si se tratara de relaciones de

⁸ GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín y NÚÑEZ, Manuel Antonio, *Los Diversos Derechos*, en AA.VV., *Lecciones de Derechos Humanos*, cit. (n. 4), p. 39.

⁹ FINNIS, John, cit. (n. 6), p. 234.

¹⁰ VIGO, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual de M. Villey a J. Finnis*, Distribuciones Fontamara (México D.F., 2003), p. 138.

dos términos, por lo cual se deben traducir esas expresiones a relaciones de tres términos, pero este proceso de especificación supone necesariamente tener en consideración algún patrón o estándar o jerarquía de estándares, o sea alguna concepción del bien humano, a fin de establecer la especificación de derechos que la promueva o la inhiba¹¹. Sin esta consideración no existe criterio racional válido y los derechos no podrían, en verdad especificarse y no tendrían límite alguno.

Esta tesis se ha criticado especialmente desde el liberalismo, atribuyéndole un carácter paternalista, pues preferir una cierta concepción del bien e intentar concretarla positivamente, implicaría tratar con desigual consideración y respeto a quienes no comparten esa idea del bien, el propio Finnis plantea que esto es injustificado y resulta autocontradictorio, pues el principio de igual consideración y respeto que propugnan, contiene una preferencia acerca de un particular concepto del bien y, a mayor abundamiento, tratan de suprimir la legislación restrictiva de quienes sostienen la tesis contrapuesta, entonces se pregunta Finnis ¿tratan por eso necesariamente con desigual consideración y respeto a aquellos cuyas a cuyas preferencias y legislación se oponen? De responder afirmativamente ellos mismos argumentan y actúan de manera injustificada y si se responde negativamente “(...) tampoco lo hacen a quienes se oponen”¹².

ii) Pues bien, conviene entonces, señalar en qué consisten y cuál es el fundamento de los derechos humanos en Finnis.

Según el profesor R. Vigo, la teoría finissiana, contiene tres tipos de derechos: a) los derechos morales fundamentales generales, a los que también se llaman derechos humanos o naturales; b) los derechos morales particulares, concretos o derivados, los que también pueden llamarse derechos humanos o naturales y; c) finalmente se hallan los derechos legales.

Respecto de los dos primeros tipos, que se pueden llamar indistintamente humanos o naturales, representan aspectos básicos de la realización humana en plenitud¹³, en tanto esbozan los contornos del bien común, pues reitero con Finnis, es posible hablar de derecho cuando una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla que de ella se desprenda otorga a todos los individuos de una clase determinada, el beneficio de una obligación, impuesta a un tercero (sin que este pueda además interferir con la actividad de los beneficiarios o con el goce de alguna otra forma de bien); hacer que ese tercero quede sometido a una exigencia de ese tipo o bien la inmunidad de verse sometido por ese tercero a cualesquier exigencia de ese tipo.

El derecho es un fenómeno eminentemente social, confirmando el antiguo aforismo latino *ubi societas, ubi ius*. El contenido axiológico del derecho se halla indisolublemente unido al concepto de bien común, que en Finnis, representa un presupuesto de existencia de la misma comunidad, que requiere de “(...) ese fin de la cooperación continuada (...)”¹⁴, así si la finalidad del hombre se halla en la

¹¹ MASSINI CORREAS, Carlos, cit. (n. 1), p. 92.

¹² FINNIS, John, cit. (n. 6), p. 250.

¹³ VIGO, Rodolfo L., cit. (n. 10), p. 138.

¹⁴ VIGO, Rodolfo L., cit. (n. 10), p. 135.

obtención de la felicidad (*eudaimonia* o *beatitudo*), la del hombre en comunidad es lo que pudiéramos denominar felicidad social (parafraseando parcialmente, en esto, a Kelsen).

Finnis distingue a lo menos tres sentidos en que es posible hablar de bien común: a) Entendido como valores básicos que son buenos para todos y cada uno de los miembros de la comunidad; b) Cómo cada uno de esos valores básicos, en sí mismos, que en consecuencia puede ser participado por todos los miembros, por un número inagotable de personas y; c) cómo un conjunto de condiciones habilita a los miembros de la comunidad, de que se trate, para obtener por sí mismos fines razonables o para realizar por sí mismo alguno de los valores básicos y que por ello encuentran una motivación racional para cooperar mutuamente en la comunidad¹⁵.

Aceptar esta concepción del bien común no implica sostener, en modo alguno, que todos los miembros de la comunidad deban tener los mismos valores, sino simplemente que exista algún conjunto de condiciones que es necesario satisfacer para que cada uno de sus miembros pueda realizar sus propios objetivos, lo que se torna posible, en la medida de que exista un bien común, en el primer sentido señalado¹⁶, es decir, como valores que resultan buenos para todas las personas.

El objeto del bien común, así entendido, se explica Finnis, se encuentra en la justicia, que regula el tratamiento que una persona debe a otra, de modo que ella se vincula al quehacer de la razón práctica, por definir los valores que la persona debe ejecutar y respetar viviendo en sociedad¹⁷.

iii) Los derechos humanos, en Finnis, tienen el carácter de absolutos¹⁸, es decir, sin excepciones, pues coherente a la séptima de las exigencias de la razonabilidad práctica, siempre es irrazonable elegir directamente contra cualesquier valor básico, sea respecto de uno mismo sea respecto de los demás.

Existe, al afecto, una correlación entre deberes sin excepciones y derechos-exigencia sin excepciones, o sea, absolutos. El ejemplo más evidente de este tipo de derechos, es el no verse privado directamente de la vida, como medio para obtener algún fin posterior.

En consecuencia, los derechos tampoco pueden entrar en contradicción, con el bien común del que son parte, aunque si se ven limitados entre sí y por otros aspectos del bien común.

Los valores básicos, a que se ha hecho referencia precedentemente, no son el producto de ninguna inferencia realizada a partir de circunstancia de hecho, sino que son inteligidos a través de evidencia, sin que este respecto, entonces se pueda sostener que se incurre en la denominada falacia naturalista¹⁹. Estos valores, se expresan como “principios prácticos básicos que muestran las formas prácticas de realización humana plena como bienes que se ha de perseguir y realizar”²⁰.

¹⁵ FINNIS, John, cit. (n. 6), p. 184.

¹⁶ FINNIS, John, cit. (n. 6), p. 185.

¹⁷ VIGO, Rodolfo L., cit. (n. 10), p. 136.

¹⁸ FINNIS, John, cit. (n. 6), p. 252.

¹⁹ MASSINI CORREAS, Carlos, cit. (n. 1), p. 93.

²⁰ FINNIS, John, cit. (n. 6), p. 57.

En, *Ley Natural y derechos naturales*, se identifican 7 de estos bienes humanos básicos, a saber: La vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razón práctica y religión.

No parece haber disputa en la bondad de realizar cada uno de los aspectos de bien humano, que como se advierte son diversos y múltiples, sin que existan buenas razones para desestimar alguno de esos bienes, nos plantea Finnis, aunque sí buenas razones para elegir uno de esos a través de compromisos, proyectos y acciones.

Las respuestas a preguntas tales como ¿qué hacer? ¿qué no hacer?, etc. Nos remite a las exigencias de la razonabilidad práctica, que precisamente iluminan estas interrogantes. Estas exigencias constituyen el método de la ley natural, para elaborar la ley natural (de carácter normativo moral) a partir de la ley natural (de carácter pre-moral).

Como se ha dicho, el séptimo de los requerimientos de la razonabilidad práctica²¹ (a la sazón, uno de los bienes humanos básicos), exige el respeto por todo valor básico en todo acto, pues cada uno de esos valores, señala Finnis, es objetivamente básico y en este sentido inconmensurable, respecto de los demás bienes básicos, por lo resulta irrazonable elegir directamente contra un bien humano básico, lo que podría suceder de utilizar un razonamiento consecuencialista, del tipo las consecuencias buenas de un acto tienen mayor gravedad que el daño que se pueda causar a través del acto, pues la ecuación utilitaria, siempre va ser arbitraria y contraria a la razón.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal como se planteó al inicio de este trabajo, los derechos humanos representan una categoría, fundamental en la teoría jurídica contemporánea, traspasando incluso estos límites disciplinarios, con una fuerte inclinación al “compromiso político”²² y una tendencia “inflacionaria”²³, aunque paradójicamente se ha desistido de su fundamentación, por considerarla incluso imposible.

Finnis, contrariando esta tendencia escéptica, se propone exitosamente la fundamentación de tales derechos, en clave realista siendo sus principales aportes a la precisión de la noción de derechos y el fundamento objetivo y absoluto de los derechos humanos, descartando el fundamento individualista y consecuencialista, prácticamente hegemónico en la tradición del *common law*, a la cual pertenece.

En este estado de cosas y, considerando la importancia que tienen para el derecho y aún para evaluar la legitimidad de los gobiernos, me parece esta versión del fundamento, la de John Finnis, una que merece la pena ser examinada y estimada, en la teoría jurídica contemporánea.

²¹ FINNIS, John, cit. (n. 6), p. 148.

²² MASSINI CORREAS, Carlos, cit. (n. 1), p. 105.

²³ MASSINI CORREAS, Carlos, cit. (n. 1), p. 103.

BIBLIOGRAFÍA

- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 2000).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *Derecho y Derechos Humanos. Introducción a un Problema*, en AA.VV., *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval (Valparaíso, 1997).
- MASSINI CORREAS, Carlos, *Los Derechos Humanos Paradoja de Nuestro Tiempo*, Alfabetá Impresores (Santiago de Chile, 1989).
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado y Constitución*, Editorial Tecnos, Séptima Edición (Madrid, 2001).
- VIGO, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual de M. Villey a J. Finnis*, Distribuciones Fontamara (México D.F., 2003).

LA IDEA DE VALIDEZ DEL DERECHO EN CARLOS SANTIAGO NINO

THE IDEA OF VALIDITY OF LAW IN CARLOS SANTIAGO NINO

HUGO VILCHES FUENTES*
Universidad Arturo Prat

RESUMEN

Este trabajo es un breve estudio acerca de sus ideas para un concepto de la validez del Derecho del iusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino, extraídas de algunas de sus obras más representativas del tema en estudio, las que, según él, son partes de la concepción y reflexión y debate general acerca de la naturaleza del Derecho. Tratamos de desarrollar cuáles son los alcances de ese concepto de validez, tanto en el trabajo teórico como en el plano práctico, sin los cuales, la discusión, probablemente, no tendría, según él, gran importancia.

PALABRAS CLAVE: Naturaleza del derecho, Validez del derecho, Carlos Santiago Nino, Controversia iusnaturalista-positivista, Derecho, Derecho y moral.

ABSTRACT

This paper is a brief survey about their ideas for a concept of the validity of the Law of the Argentine legal philosopher Carlos Santiago Nino, drawn from some of his most representative works of this theme, which he claims are part of the design and general discussion and debate about the nature of law. We try to develop what the scope of the concept of validity in both theoretical work as well on a practical level, without which the discussion would probably not, he said, very important.

KEY WORDS: Nature of law, Validity of Law, Carlos Santiago Nino, Controversy-positivistic natural law, law, law and morality.

INTRODUCCIÓN

Parece ser que la posibilidad de encontrar una rápida respuesta para un concepto definitivo acerca de la validez en el Derecho hay que abandonarla de momento. Ost¹ piensa que, del mundo del Derecho, la cuestión de la validez es “la más debatida y la más compleja y, sin duda, la más fascinante”, toda vez que toca su aspecto más relevante y decisivo que responde, o intenta responder, cuál es el fundamento del Derecho.

A través de la indagación y reflexión acerca de la validez del Derecho se pretende acceder a la verdad de su naturaleza, a determinar qué es el Derecho, de dónde proviene, cuál es su causa primera.

* El autor es Profesor de Historia del Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique; Magíster en Ciencia Jurídica y Doctor© en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hugo.vilches.fuentes@gmail.com;

¹ OST, François, en prólogo a FALCÓN y TELLA, María José, *El concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas S.A. (Madrid S.A., 1994), p. 15.

Desde la Antigüedad, filósofos y juristas se han ocupado de establecer, con cierta precisión, los alcances de este tópico y sus soluciones². No ha sido posible ser conclusivos. Más aún, no hay acuerdo en ello, en el sentido que haya un resultado unitario o, mejor dicho, único. La historiografía iusfilosófica señala que, conforme al estado actual del pensamiento jurídico, pugnan fundamental, aunque no exclusivamente, tres visiones: el iusnaturalismo por un lado, el positivismo jurídico por el otro, y una tercera, pragmática o “realista”, que se ha venido sistematizando en las últimas décadas, aun cuando de esta es posible sostener –a mi juicio– que tiene una larga existencia.

La cualidad mágica y estimulante a que se refiere Ost ya había sido resaltada por Welzel, ante su asombro por la experiencia histórica nazi, cuyos horrores propinaron un severo revés al positivismo jurídico y, por lógica consecuencia, su idea de validez y fundamento del Derecho³ fue drásticamente cuestionada. Tanto juristas como jueces modificaron sus ideas y, de posturas positivistas, volvieron a valorar el iusnaturalismo. Radbruch⁴ quien había sostenido inicialmente una posición positivista, señaló con posterioridad que “la ciencia jurídica tiene que recordar nuevamente la milenaria verdad de que existe un Derecho superior a la ley, natural, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, aun cuando aparezca revestido de formas legales”.

Sin embargo, Radbruch, nos deja insinuada una nueva polémica, la intraiusnaturalista, por así llamarla, desde el momento que el iusnaturalismo tiene una tarea interna y propia que despejar⁵, para enfrentar conceptualmente la tradicional disputa. En efecto, formulamos esta tarea como pregunta de un problema teórico que debemos abordar: este Derecho superior, esta “milenaria verdad” ¿es natural, racional o divino? ¿es cada una de estas, o todas a la vez, conjuntamente?

Este resurgimiento de la idea del Derecho natural coincide con la experiencia nacionalsocialista, como lo confirma también Welzel⁶ en otros artículos, desde el

² NINO, Carlos Santiago, *Derecho, Moral y política. Una revisión de la teoría general del contrato*, Ariel Derecho, Editorial Ariel S.A. (Barcelona, 1994), p. 17 ss.

³ WELZEL, Hans, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* Herausgegeben von Werner Maihofer, Hermann Gentner Verlag, Bad Homburg von der Höhe, 1962, p. 322, citado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Distribuciones Fontanara, S.A. (México, 1993), p. 125.

⁴ RADBRUCH, Gustav, citado por WELZEL, Hans en la p. 323 de *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* citado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, cit. (n. 3), p. 125.

⁵ Nino señala que “... no todo el que se opone al positivismo es un iusnaturalista objetivista”. Agrega que “... no es posible rechazar algunas tesis positivistas aun cuando se mantengan posiciones escépticas o subjetivistas en materia ética. Pero aún aquellas posiciones objetivistas respecto de la moral, no necesariamente se adhieren a concepciones supraempíricas sobre los hechos morales. Son todavía menos los que apoyan sus juicios en visiones teleológicas sobre la naturaleza humana. Y ya es una clara minoría, aunque extremadamente influyente en el pasado, la que hace depender todo lo anterior de una teología particular”, en NINO, C.S., *Derecho, Moral...*, cit. (n. 2), p. 19. Estas incisivas ideas nos prueban que la polémica iusnaturalista-positivista no es tan relevante, a fin de cuentas, porque ella se traslada imperceptiblemente hacia la intraiusnaturalista, monopolizada hasta hoy por distintas versiones o sensibilidades históricamente dadas “de una teología en particular”, como dice Nino.

⁶ RADBRUCH, G., y otros en *Derecho injusto y Derecho nulo*. Traducción y Selección de textos de José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, Aguilar (Madrid, 1971), p. 73.

momento en que juristas, teólogos y filósofos comienzan a dirigir sus miradas hacia principios jurídicos suprapositivos.

Es este trabajo un breve estudio acerca de sus ideas para un concepto de la validez del Derecho del iusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino, las que, según él, son partes de la concepción general acerca de la naturaleza del Derecho. Tratamos de desarrollar cuáles son los alcances de ese concepto de validez, por la vía de analizar diversas obras en que trata, directa o indirectamente este tópico.

UNA CUESTIÓN PREVIA: LA NOCIÓN DE VALIDEZ, EN GENERAL

En la revisión del pensamiento de Nino se advierte que lo más relevante, a su juicio, para adentrarse en el estudio del concepto de validez en general, y particularmente en el suyo propio, es saber qué es esta noción, a qué apunta. Significa que este aspecto es muy pertinente desarrollar y explicar, aunque sea brevemente, atendida las concepciones de nuestro autor sobre el tema de este estudio.

Una primera aproximación permite establecer que las dificultades en el estudio de todo aspecto real o ideal tienen su punto de partida y emanan de los obstáculos del propio idioma. Es indudable, la lengua propia o ajena no siempre acude prontamente a darnos luz para aproximarnos al estudio filosófico o científico acerca de tal o cual aspecto, de modo que las confusiones se presentan desde el principio.

Diríamos que hay tres planos mínimos para comenzar a esclarecer, preliminarmente, esta cuestión. Uno, el término o palabra que utilicemos, ya existente en el léxico, para indagar de su raíz etimológica, ya por crear, conforme al tema en estudio; dos, la definición del mismo, y tres, su concepto. Definir, según el romanista D'Ors⁷, es "señalar límites", "fines" en latín, y todo "límite" implica exclusión. Lo "definitorio" sirve para excluir lo ajeno al concepto definido, y lo "definitivo", para excluir todo cambio. Con esto destacamos, entonces, que entre definición y concepto hay diferencias de suyo importantes. De aquí que D'Ors establezca que "el concepto es algo mental e interno, en tanto la definición es algo verbal y perceptible como exterior al concepto mismo. En realidad, el concepto es siempre un ente complejo, susceptible de una expresión comprensiva de elementos y aspectos varios. La definición, en cambio, no se refiere directamente al concepto, sino a la palabra que sirve para representarlo"⁸.

Esto indica que se puede definir lo significado por una palabra, pero que también se puede definir lo conceptualizado. Ahora, las dificultades aumentan porque todas las palabras o términos pueden ser entendidas unívoca, análoga o equívocamente, de manera que una palabra puede significar una cosa y solo eso; o bien puede definir cosas que son en parte igual y en parte distintas; o, por último, también pueden significar cosas totalmente opuestas, incluso contradictorias y sin relación alguna.

Más aún, las diversas expresiones y significados de las palabras se torna compleja también debido a que los distintos idiomas no tienen uniformidad de vocablos, y

⁷ D'ORS, Alvaro, *Claves conceptuales*, Verbo 345 346, mayo-junio-julio 1996, p. 505 ss., citado por VALLET DE GOYTISOLO, Juan en *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Aguirre Campano, (Madrid, 1998), p. 8.

⁸ *Ibíd.*, p. 8.

esto también sucede entre los autores, de modo que la univocidad, uniformidad o equívocidad resultante de la reflexión jurídica es más amplia y variada todavía.

Pues bien, etimológicamente la voz validez proviene del verbo valer⁹ que procede a su vez del latín *valere*, que significa ser fuerte, prevalecer, tener eficacia, tener un valor. También se derivaría del término latino *validus* adjetivo que significa firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente.

La definición de validez y su concepto, más allá de la exactitud etimológica, entraña otro problema que impide no solo establecer con cierta nitidez sus límites o contornos, sino también establecer un concepto preciso, atendida la implicación en él de otros elementos que pueden parecer extraños o no pertenecientes al mismo.

En efecto, bajo una idea única de validez, con uno u otro adjetivo adosado a él, se alude a un problema que muchos autores tratan separadamente, a saber: legitimidad, validez y eficacia del Derecho¹⁰, lo cual es, obviamente, introducir categorías que hacen más impreciso el campo a que alude al término en comento.

Nino nos señala que hay que distinguir la operación de definir una palabra con la de describir su realidad¹¹. Y esto es lo que sucede regularmente con la concepción del Derecho y consiguientemente con su idea de validez, la que, además, de su evidente carga emotiva, particularmente tratándose de determinada corriente de pensamiento, en general, está vinculada con los valores más caros de la especie humana, más allá de los límites estrechos de las épocas y lugares, culturas, el pensamiento y las creencias particulares.

1. La validez jurídica: una ambigüedad conceptual

1. Para estudiar el concepto de validez en nuestro autor, tenemos que remitirnos a la pregunta más elemental que debe abordar todo aquel que intente conocer y profundizar acerca de ese objeto del conocimiento que denominamos Derecho; a saber ¿Qué es el Derecho? Las dificultades que entraña la o las respuestas ante tal primigenia y elemental interrogante nos genera una grave complicación, puesto que no solo los legos, sino que –lo que es grave– también los juristas, según Nino, se desorientan y desconocen una concepción cabal cuando señala que “esta pregunta es, quizá, la que provoca mayor escozor entre los juristas”¹².

Ahora bien, para nuestro autor, el estudio del significado e idea de la validez del Derecho precisa, previamente, tener claridad acerca de la naturaleza de este. Dicho de otro modo, una concepción general de la naturaleza del Derecho es el presupuesto mínimo indispensable para abordar la idea del validez. Es decir, este aspecto forma parte de aquel, en una relación de género a especie.

La pregunta ¿qué es el Derecho? debe ser formulada con anterioridad a la que interroga acerca de su validez. Frente a esta interrogante, nuestro autor desarrolla un intento de respuesta en sus diversas obras de modo parcial y cruzadamente, sin embargo

⁹ SIERRA BRAVO, Restituto, voz *validez* en “Diccionario de Ciencias Sociales”, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1978), p. 1142.

¹⁰ FALCÓN Y TELLA, cit. (n. 1), p. 30.

¹¹ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Colección Ariel Derecho, Editorial Ariel S.A., 4ª Edición (Barcelona, 1991), p. 13 ss.

¹² NINO, C. S., *Introducción...*, cit. (n. 11), p. 11.

se puede notar una línea coherente y un desarrollo más o menos lineal de su concepción del Derecho, idea que, desprendemos, está fundada, más bien, en la vivencia y realidad práctica de este –diríamos su ser, o lo que es, y no del deber ser– y teniendo como referencia el estado actual de la reflexión filosófica del derecho occidental.

En su obra *La validez del Derecho* puede apreciarse la coherencia conceptual de su pensamiento, lo que también es desarrollado en sus otras obras y artículos, quedándonos clara la idea que nuestro autor ha trabajado sus ideas sin separarse de los aspectos que le interesan a la reflexión iusfilosófica, teniendo en consideración cuáles y cómo se expresan estas reflexiones en el último tiempo, desde Kelsen, Carrió, Ross, Dworkin, Hart y otros, explicadas en función de las preocupaciones del último tiempo histórico.

Está plenamente consciente que la discusión filosófica del Derecho en el siglo XX –y lo que a ella concierne directa e indirectamente– se ha centrado en la polémica iusnaturalista-positivista. Piensa que todos los autores irremediamente giran en torno a ella, de manera más cercana o distante, teniendo presente, como dato, la existencia de distintas tradiciones o vertientes jurídicas en el derecho occidental: la anglosajona y la continental europea, y que las consecuencias de tal discusión son relevantes para acercarnos a la respuesta acerca de qué es el Derecho y sus fundamentos y con ello desprender de modo relativamente más fácil los dilemas de menor envergadura que de ella están sujetas.

2. Para nuestro autor saber qué es el Derecho y determinar sus relaciones es un aspecto elemental, previo a toda comprensión de una idea y de un concepto de validez del Derecho. Piensa que la palabra Derecho es ambigua, pero no es cualquier ambigüedad, no es la mera sinonimia accidental, sino la peor de todas, la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí.

Para una concepción del Derecho, Nino, cree que este “está basado en hechos básicos”¹³. Para él en toda comunidad surge una práctica social –Derecho– cuyos orígenes son diversos y que tienen un enfoque y significación diferente conforme a su ámbito de incumbencia. Tales “hechos básicos” nosotros sintetizamos como se sigue:

- a. tienen su origen en el legislador (poseedores del cuasi monopolio de la fuerza), quien formula juicios (proposiciones) acerca de cómo deben comportarse los individuos de esa comunidad,
- b. la formulación de estos juicios es relevante para las razones morales de un grupo importante de gente –los jueces– que también tiene acceso a los órganos titulares de la fuerza –aparato coactivo– para formular tales juicios o proposiciones, acerca de lo que cierto individuo debe hacer en alguna ocasión particular,
- c. los dichos juicios –ambos– son relevantes para las razones morales y las prudentiales del resto de los miembros de la comunidad acerca de la corrección o conveniencia de cierto acto u omisión,
- d. también se emiten juicios –discurso valorativo de legos y teóricos– acerca de cómo deben ser los juicios, para adaptarse a ciertos ideales o principios de justicia,

¹³ NINO, C. S., *La validez del derecho*, Editorial Astrea (Buenos Aires, 1985), p. 2.

- e. sobre todo, se formulan juicios –discurso valorativo dogmático– acerca de cómo deberían ser los juicios del juez, dada y considerada la formulación del legislador, y
- f. por último, se suelen formular juicios –discurso puramente descriptivo de otros teóricos– que apuntan a las conexiones causales que tiene el hecho de la formulación de todos los juicios anteriores (*a* a la *e*) con los demás hechos que acontecen en la realidad cultural (sociales, económicos, biológicos, etc.).

De este modo, esta “practica social”¹⁴ –Derecho– consiste en la “formulación de juicios de diferentes clases”¹⁵ que se formulan en contextos diversos y en “tipos de discursos distintos”¹⁶ sujeto a objetivos precisos y con reglas propias enmarcadas en esos objetivos.

El problema que resulta, entonces, es que en casi todos y cada uno de los diversos discursos “se usa un concepto distinto de Derecho, sometido a condiciones de adecuación diferente”¹⁷.

La cuestión resulta, sin embargo, más compleja aún, toda vez que el concepto de Derecho resulta de una combinación de todas las proposiciones o juicios reunidos o de un grupo de ellos o, en fin, de dos al menos. Así el derecho puede hacer referencia a:

- a. un conjunto de juicios que derivan de principios valorativos acerca del deber de observar lo establecido por ciertos órganos y de proposiciones y de juicios descriptivos acerca de la formulación de los juicios del legislador,
- b. el conjunto de juicios del legislador y las proposiciones que son consecuencia de aquellos,
- c. un conjunto de juicios valorativos determinados (sin considerar los juicios del legislador, del juez o del, que llamaremos nosotros, teórico social),
- d. no un conjunto de juicios, sino de hechos: los actos del legislador y juez, en su función de tales.

Siendo ya complejo el asunto planteado de este manera, se introduce la apreciación que los conceptos de Derecho, recién indicados, son descriptivos y otros son normativos, con sus diversas especies, respectivamente.

Nuestro autor aclara que aún así las cosas, no significa que el Derecho sea un fenómeno multidimensional, esto es, integrado por elementos radicalmente diversos e irreconciliables, sino que lo diverso son los conceptos del Derecho. Dicho de otro modo, estos elementos se refieren a un aspecto de él, a una parcialidad y no hacen una referencia integral a la compleja realidad del fenómeno que llamamos Derecho, en consecuencia ninguno de sus elementos constitutivos tiene la virtud de definir en toda su amplitud la realidad jurídica.

Una conclusión provisional a que arribamos es la que sigue. Nuestro autor parece partidario de crear un concepto holístico de Derecho (la expresión es nuestra), esto es, aquel que sea capaz de integrar los más amplios y diversos aspectos que le son propios, cercanos y aun lejanos. Nuestra impresión es que dicho concepto debiera ser

¹⁴ NINO, C. S., *La validez ...*, cit. (n. 13), p. 2.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 3.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

más abarcador que la idea de la tridimensionalidad del Derecho, pretendiendo su superación, entendida esta como, la experiencia humana, material y espiritual, en cuya constitución se comprende lo fáctico, axiológico y normativo del Derecho reunidos en un solo concepto, cuya reunión empero no es creación mental humana, de modo arbitrario, sino que es una constatación de la realidad concreta del Derecho.

Finalmente, se concluye, en esta parte, que la palabra Derecho, a pesar de ser usada para referirse al Derecho objetivo, es radicalmente ambigua, aun cuando sus diversos significados se entrelazan combinadamente.

3. Revisemos ahora la idea de validez y su vinculación con el Derecho. Hemos señalado que hay diferentes juicios que establecen sus propios conceptos de Derecho. Pues bien, entre tales juicios o proposiciones se encuentran "...las que predicán validez de un orden jurídico o de una norma"¹⁸; validez cuya forma, dimensión y alcance variará precisamente conforme a la noción de Derecho de la cual nace.

Entonces, lo relevante de vincular el concepto de Derecho con la idea de validez se funda en el hecho que las diversos juicios acerca de la validez son radicalmente distintos según sea la noción de Derecho que se adopte, razón por la cual se llega a establecer que siendo ambigua la idea de Derecho, consecuentemente, es ambigua la idea de su validez.

Efectivamente Nino piensa que el término validez, en el ámbito del Derecho, es de una extremada ambigüedad, tal como hemos señalado anteriormente. Más aún, dicha ambigüedad no solo se aplica para calificar una norma jurídica, sino también a la hora de considerar todo el orden jurídico, aunque no dice de todo orden jurídico, con lo cual parece que se refiere a todo.

Etimológicamente "ambigüedad" significa "girar alrededor de la duda", entonces siendo impreciso e inasible el centro de la idea, todo lo que tienda a rodearla es más volátil y vaga aún. Lo que podríamos encontrar, señala Nino, son "focos de significado" en torno a los cuales puede encontrarse la expresión validez, esto es, equivalencias o asociaciones que con ella se vinculan, los cuales enumera sistemáticamente y que nosotros podemos resumir así:

- a. el sistema normativo vale, en cuanto las disposiciones que la integran existen,
- b. una norma (o sistema jurídico) es válida tanto en cuanto está revestida de una razón o fuerza moral que le otorga justificabilidad,
- c. una norma jurídica es válida en cuanto otra norma así lo declara (se alude a la existencia de normas de diversa jerarquía), pero esto no puede ser infinito puesto que habrá normas que no han sido establecidas por otras,
- d. una norma jurídica es válida, a diferencia de la letra anterior, no cuando otra norma lo establece, sino cuando es establecida por una autoridad competente,
- e. la norma jurídica es válida en cuanto pertenece a un sistema jurídico, y
- f. una norma o sistema jurídico se estima válido queriendo decir que tiene vigencia (o eficacia), esto es, que son observados y aplicados.

Pero estos significados no son independientes uno de otro. En realidad generalmente se presentan combinados, de modo que algunos de sus significados tienen razón

¹⁸ NINO, C. S., *La validez ...*, cit. (n. 13), p. 3.

de ser conjuntamente a uno o más de los otros. Esto es lo que determina precisamente la ambigüedad de la expresión en estudio, ya que la combinación distinta y desigual de sus diversos significados arroja conclusiones diversas. Así hay posiciones que combinan uno o más o todos los “focos de significado” para dar una idea de la validez del Derecho, con lo cual se toma dudoso e impreciso cuál es su auténtico alcance, particularmente si pasamos a comparar sus resultados.

De lo anterior puede desprenderse que las combinaciones del concepto de la validez de una norma jurídica pueden ser múltiples y disímiles arrojando los siguientes resultados significantes:

- a. equivalente a su existencia, no cuando tiene fuerza obligatoria moral, sino cuando pertenece a un orden jurídico que tenga vigencia. Una norma pertenece a un orden jurídico cuando su sanción está autorizada, o
- b. equivalente a su existencia y existe como tal cuando pertenece a un orden jurídico, tenga o no tenga vigencia, o
- c. equivalente a su existencia y que esta dependa solo de la vigencia de la norma, o
- d. la que no tiene nada que ver con la existencia, sino que solo depende de que haya otra norma que declare su observancia obligatoria.

Esta multitud y disimilitud de combinaciones al haberse materializado en el pensamiento de muchos autores explicaría –según Nino– las graves confusiones en torno a este problema de la validez del Derecho.

2. *La validez del Derecho y la controversia iusnaturalista-positivista*

Como hemos venido señalando, para nuestro autor, los significados del concepto de Derecho así como los de su validez están estrecha e inmediatamente vinculados a las consecuencias de la vieja polémica entre iusnaturalistas y positivistas, por la circunstancia que la emotividad está omnipresente en dichas definiciones y, por ende, relacionados con valores morales, en especial el de justicia. Esta polémica o pugna gira, entonces, alrededor de la relación entre el Derecho y la moral¹⁹.

Siempre se ha propugnado que la relación entre Derecho y moral debe expresarse, en definitiva, en el concepto de Derecho, su validez y fundamento, sea o no que las corrientes de pensamiento estén más o menos lejanas o cercanas de esta idea. Nadie, a estas alturas, está en condiciones de expresar que la polémica no tiene este origen, pero asimismo no todos están en el terreno teórico adecuado que les permita reconocerlo.

Pero el debate no es simple porque el problema no es tan solo sostener que el iusnaturalismo afirme la tesis que el Derecho está vinculado con la moral y el positivismo no lo está, por la sencilla razón que, para nuestro autor, ello no es efectivo. Por esto es que Nino se pregunta “¿Cuál es, entonces, la tesis acerca de la relación entre Derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca?”²⁰.

Primero, la perspectiva iusnaturalista, sea esta: teológica, racionalista, historicista, o, la así llamada, de la naturaleza de las cosas, como las clasifica y denomina

¹⁹ NINO, C. S., *Derecho, Moral ...*, cit. (n. 2), p. 17 ss.

²⁰ NINO, C. S., *Introducción ...*, cit. (n. 11), p. 18.

Nino²¹, puede resumirse que en ella confluyen conjuntamente las siguientes dos ideas. Una, la que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana, y Dos, que no pueden considerarse jurídicas aquellas normas que contradigan tales principios morales.

Segundo, a la perspectiva positivista²², aparte de ser también esta una expresión ambigua, se le han atribuido, tanto por sus cultores como por sus detractores, disyuntivamente, las siguientes posiciones: Uno, escepticismo ético, en tanto no existen principios morales y de justicia universalmente válidos; Dos, un positivismo ideológico, en tanto que, cualquiera que sea el contenido de las normas del Derecho positivo ellas tienen validez y fuerza obligatoria; Tres, un formalismo jurídico, en tanto el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente de preceptos legislativos (emanados del órgano público creado al efecto); Cuatro, un sistema metodológico conceptual, en tanto el Derecho no debe caracterizarse en términos valorativos, sino haciendo alusión a propiedades fácticas o a hechos observables empíricamente y por lo tanto desarrolla una tesis meramente conceptual.

Considerados los elementos explicados anteriormente, Nino, cree²³ que la subsistencia de esta controversia a través del tiempo, que apunta al centro de la cuestión que pretendemos comprender y deducir en este trabajo, se debe a confusiones que la contaminan e impide saber qué tesis defienden los contrincantes. Más aún, Nino, dice que estos no saben qué tesis defienden. Aparentemente las cosas serían muy claras, a saber: que el positivismo sostiene la separación del Derecho y la moral, mientras que el iusnaturalismo cree que el Derecho y los principios y la moralidad se interpenetran.

Pero esta claridad sería aparente, pues estas tesis se entrecruzan y mezclan. Según Nino, uno de los fantasmas que ronda la discusión es la errónea e incomprensible contraposición objetivismo *versus* escepticismo ético, la que no es efectiva. Sin embargo, se siguen haciendo mutuas acusaciones y recriminaciones, como se indicó anteriormente, las que pueden resumirse en lo que sigue "... los positivistas rechazan la interpenetración del derecho y la moral defendida por los iusnaturalistas porque objetan lo que entienden como una concepción metafísica y absolutista de la moral que se quiere mezclar con el derecho. Ellos creen que el iusnaturalismo implica aceptar unos extraños hechos morales que no se verifican empíricamente, y cuya detección supone adherirse a teorías fantasiosas sobre la naturaleza humana, generalmente de inspiración religiosa. Sospechan que detrás del iusnaturalismo se oculta un autoritarismo generalmente teocrático, que pretende reemplazar, en los hechos, la influencia que las autoridades democráticas deberían tener en los jueces por los consejos que les murmuren, al oído, juristas y filósofos, que, a su vez, muestran debilidad por mensajes emitidos desde el púlpito.

"Hay una imagen igualmente poco atractiva que los iusnaturalistas contraponen a la anterior, como descripción de la idea positivista de la moral: la imagen es la de positivistas que serían nihilistas en materia ética y a los que daría lo mismo un contenido u otro del sistema jurídico, con lo que terminan sacralizando –si esta

²¹ *Ibíd.*, p. 28 y 29.

²² NINO, C. S., *Introducción ...*, cit. (n. 11), p. 30. ss.

²³ NINO, C. S., *Derecho, Moral ...*, cit. (n. 2), p. 17 ss.

imagen fuera real— al poder de turno, cualquiera que fuera su modo de formación y de ejercicio. Las consecuencias de esta posición serían nefastas, como se mostraría con su materialización en la actitud, por ejemplo, de los jueces argentinos que, cada vez que los militares usurpaban el poder en el pasado, terminaban reconociéndoles su capacidad de crear normas jurídicas vinculantes para jueces y súbditos”²⁴.

Ambas imágenes claramente son una caricatura, puesto que si bien algo comprenden y perciben las posiciones en conflicto, las deforman de un modo demasiado drástico.

En estas condiciones es que, Nino, luego hace una reflexión acerca de las ideas que acompañan a estas posiciones señalando que “Cualquiera que sea la viabilidad de las posiciones restantes, una vez que la caricatura ha sido reemplazada por un retrato relativamente realista, lo cierto es que el debate entre objetivistas y escépticos en materia moral no puede agotar lo que discuten positivistas y iusnaturalistas. Esto es así, no solo porque hay miembros de ambos bandos que no se adscriben a la posición aparentemente correlativa sobre la naturaleza de la moral, sino porque la mayoría de los contendientes admiten que la cuestión objetivismo *versus* escepticismo ético es diferente de la que constituye el nudo de su controversia, por más que, según algunos de ellos, pueda establecerse alguna relación entre ambas”²⁵.

Más aún, nuestro autor cree que tal controversia se encuentra, en la actualidad, totalmente disuelta²⁶. Piensa que gran parte de ella está compuesta del ánimo negativo frente a su contrincante que ha caracterizado a sus respectivos sostenedores en cuanto a negar “legitimidad a las empresas intelectuales”²⁷ que sostienen la posición contraria, descalificándose mutuamente, lo que es propia, pensamos, de resabios subsistentes de viejas querellas que en el pasado dividían el mundo de los pensadores, particularmente de la provocada por los iusfilósofos que se han opuesto a la idea de un Derecho natural teológico, orden cuya razón última descansa en la dogmática católico-escolástica, ya desde la perspectiva racionalista, o ya desde el ángulo materialista.

Como la —ya antigua— discusión de posiciones filosóficas sobre materias generales, como las indicadas y otras, es, a juicio de Nino, independiente del debate jurídico, la controversia entre positivistas y iusnaturalistas no tiene razón de ser, no tiene objeto específico y propio, sino que es parte de cuestiones más amplias y profundas cuyo alcance no debe tocar al Derecho, su validez y fundamento, más aún si consideramos que no todo positivista es escéptico en materia ética, ya que podría admitir que las cuestiones valorativas pueden resolverse por procedimientos objetivos y racionales y aún admitir que los juicios valorativos describen cierto tipo de hechos, y sin embargo, insistir en la conveniencia de contar con un concepto de Derecho definido y caracterizado conforme a elementos y situaciones provenientes de la experiencia.

Así la eventual o supuesta objetividad de los juicios de valor acerca de las reglas o principios que deben ser reconocidos por el Estado, no disminuye la necesidad de contar con un esquema conceptual para hacer referencia a los estándares que son

²⁴ *Ibíd.*, p. 18 y 19.

²⁵ NINO, C. S., *Derecho, Moral ...*, cit. (n. 2), p. 20.

²⁶ NINO, C. S., *La validez ...*, cit. (n. 13), p. 170 ss.

²⁷ *Ibíd.*, p. 171.

efectivamente reconocidos por el Estado, con entera independencia de la existencia de esos valores.

Como algunos que no comparten las ideas positivistas piensan que el Derecho –que es un fenómeno cuyas conductas están evidentemente mediatizadas por los valores– no puede ser descrito adecuadamente sin considerar tales valores, muchos de ellos, y tan serios como Dworkin, “no parecen abrazar sin reserva esa tesis”²⁸. Este parece aceptar que es posible una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios reconocidos efectivamente por el Estado, lo cual podría ser posible porque hay terrenos de nadie, o mejor dicho, de todos, por ejemplo en materia de justificaciones políticas en sus diversas áreas de expresión.

En todo caso, Dworkin, tiene una noción del Derecho en parte normativa, en tanto incluye los estándares que derivan de la mejor teoría valorativa que justifican los mínimos exigibles institucionalmente reconocidos, y en parte descriptiva, en tanto incluye tales estándares institucionalmente reconocidos independientemente de su justificación. Con ello explica su admisión de que puede haber estándares injustos que sean Derecho y que no todo lo moralmente correcto es Derecho.

Nuestro autor, entonces, desestima la importancia y trascendencia que puede tener esta polémica, amén que las posturas a su respecto se han suavizado en el último tiempo, esto es, se han matizado, concluyéndose que “no todos los positivistas niegan la posibilidad de una demostración racional e intersubjetiva de los juicios de valor acerca de las reglas y principios que el Estado debe reconocer, y si los antipositivistas serios no niegan la factibilidad y relevancia de una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios que, de hecho, son reconocidos por el Estado, la controversia entre ellos no versa sobre cuestiones de más profundidad filosófica que el mero reconocimiento de que hay varias alternativas legítimas para definir derecho”²⁹.

De esta manera Nino pretende dar por superada la controversia señalando que no solo es posible y saludable, sino entera y absolutamente necesario contar con más de un concepto para definir el Derecho. Así, la validez y fundamento del Derecho viene dada por la teoría y la práctica. Parece que similar fenómeno ocurre, a esta ciencia jurídica, cuando preguntamos si ella es empírica o normativa, entonces pocos estarán en condiciones de señalar que es excluyentemente una de las dos y no las dos disyuntiva o copulativamente, por razones teóricas y prácticas, que, en ella, ineludiblemente van de la mano como se demuestra permanentemente.

Por lo mismo es que Nino nos señala cuál es la tesis que intenta defender, esto es, que habiendo razones importantes en favor de un concepto normativo como en favor de uno descriptivo del Derecho y sus consecuencias naturales en torno a su validez, reconoce la existencia de una pluralidad de conceptos de Derecho y las señaladas consecuencias, que lejos de empobrecerlo lo enriquecen dándole un contenido más amplio, pero sin establecer una jerarquía entre sus elementos de manera que ninguno de ellos parezca más importante que los otros.

²⁸ *Ibíd.*, p. 172.

²⁹ NINO, C. S., *La validez ...*, cit. (n. 13), pp. 172, 173.

3. Los conceptos normativos y descriptivos de validez

Para acceder a un concepto de validez en Nino es fundamental establecer una diferencia de suma importancia combinando de diversas maneras los distintos elementos que señalábamos anteriormente, ya sea que incluyamos o no la justificabilidad o fuerza obligatoria de la norma o del sistema como parte del concepto.

De este modo, para Nino, si la designación del concepto de validez incluye la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico de los que se predica validez, el concepto se convierte en una noción normativa. En este sentido, con la expresión validez, se quiere decir que si una norma o un sistema son válidos implica afirmar que deben ser observados y aplicados por todos, que provee razones para justificar una acción o decisión. Si la palabra validez se emplea con este significado, afirmar que una norma jurídica es válida, pero que no debe ser obedecida o aplicada, por ejemplo, por ser injusta, es contradictorio, porque aquí su validez está implicada y necesariamente con la idea de observación y aplicación.

Cuando se usa la expresión validez con este significado normativo –lo que se hace repetidamente y en muchos contextos– y se sostiene, además, que una regla solo es una norma jurídica si es válida, esto es si está justificada o tiene fuerza obligatoria, se está presuponiendo una definición no positivista de derecho, es decir, se alude a una definición que se refiere no a las normas reconocidas por ciertos órganos sino a las normas que deben ser reconocidas por ellos.

La relación requiere precisar en el plano de la realidad, entonces, qué elemento está en primer lugar en la cadena del ser o existir de la norma, cuestión que también toca el órgano que la reconoce o que la debe reconocer, ya que este tiene legitimidad para existir desde el momento que una norma así lo establece, acompañada de la debida justificación.

Por su parte, los otros significados de validez, que están asociados o con la vigencia de una norma o de un sistema, o con la pertenencia de una norma a un sistema, o con la circunstancia de que una norma ha sido permitida o declarada obligatoria por otra, son, en cambio, puramente descriptivos. La aplicabilidad y reconocimiento de estos distintos conceptos de validez depende solamente de verificaciones fácticas, es decir, adquieren fuerza y significación solo porque se fundan en datos que provienen de la realidad en que rige y adquiere aceptación y aplicación la norma jurídica.

De esta manera, como la idea de validez suele estar asociada con la existencia de una norma jurídica o de un sistema jurídico, la noción de existencia será también normativa o descriptiva según con qué concepto de validez se identifique. Nino, piensa que validez no puede ser concebida separada de la existencia de la norma o del conjunto de normas (el sistema jurídico), con lo cual se producen importantes consecuencias.

Si se identifica con el concepto normativo de validez, se dirá que una norma jurídica existe cuando debe hacerse lo que ella prescribe, con total independencia si ella tiene una existencia positiva. Por ello que sería, a juicio de Nino, este, el mismo criterio de existencia que se emplea en relación a las normas o principios de una moral crítica; por ejemplo, cuando se dice que existe una norma moral que prohíbe mentir, no se quiere decir –salvo que hablemos de la moralidad social positiva– que esta norma está vigente o ha sido dictada por alguien, sino lo que ella dispone debe ser.

En cambio, si el concepto existencia se identifica con alguno de los conceptos descriptivos de validez, se dirá que una norma jurídica existe cuando, por ejemplo, ella está vigente, o cuando pertenece a un sistema jurídico, con independencia, ahora, si dicha norma tiene o no un contenido moral, lo cual no quiere decir que se excluya la posibilidad que se reconozca, porque si así fuera significaría que se está negando un posible fundamento en esa dirección lo cual es inconveniente y sin sentido.

Nino en su obra intenta conciliar el positivismo y el iusnaturalismo, a pesar que ambos aspiran tener un concepto propio de Derecho, así como conclusiones originales y definitivas acerca de su validez y fundamento. Pero no es un tipo de conciliación en cuanto los contrincantes en disputa deban ceder una parte de sus pretensiones, sino que reconoce como explicables estas diferencias en tanto no atañe directamente el Derecho en sí. Reconoce que la validez del Derecho en ambas concepciones tienen un sustento en materias más generales de la filosofía, que escapan al ámbito propio y restringido del Derecho, lo que ha dado lugar a los malentendidos y a un diálogo de sordos entre sus sostenedores.

4. Elementos para una solución al problema de la validez del derecho en Nino

La respuesta que debe darse al dilema que presenta la relación entre el principio que da validez a las prescripciones positivas y los principios morales es el punto de partida para resolver el problema de la validez del Derecho.

a. Primero cree nuestro autor³⁰ que entre ambas existe una cierta identidad en cuanto ambas comparten una serie de propiedades formales,

b. En segundo lugar piensa que no debe confundirse la objetividad de las prescripciones positivas con la objetividad del juicio que les da validez,

c. En tercer lugar, establece que, solo en un sentido muy restringido de moral, habría una relación entre las materias que tratan los principios de esta índole y la que trata el principio de validez jurídica, sin dejar de reconocer por cierto que hay principios valorativos y morales, en un sentido amplio, acerca de cuál es el contenido admisible de las directivas formuladas por quién tiene el monopolio de la coacción estatal y de los límites apropiados del ejercicio de esa coacción, y

d. Finalmente, resultaría muy extraño que el razonamiento práctico de nuestro autor se haya desarrollado de tal modo que incluya razones justificatorias de carácter tan distinto que cuando están en conflicto no haya forma de decidir entre ellas: si fuera así, habría situaciones en que se sabría que el comportamiento es jurídicamente legítimo y moralmente ilegítimo, cuestión que no es planteada por nuestro autor.

Nino duda que ciertos pensadores nieguen que en algún caso la inmoralidad del contenido de una norma pueda contrarrestar su validez jurídica, de modo que los jueces deban desconocerla, por ejemplo en las leyes raciales nazis, con lo cual esa posición se reduce a asignar un peso muy grande al principio que da validez a las normas positivas y no supone que haya una brecha insalvable entre los restantes principios morales.

Nino cree que para esto hay una solución, o posibilidad de ello y es que se debe reconocer llanamente que el principio que estipula que deben ser obedecidas y aplica-

³⁰ NINO, C. S., *La validez ...*, cit. (n. 13), p. 218 ss.

das las prescripciones originadas en quienes tienen el cuasi monopolio de la fuerza es un principio moral. Si esto no se reconociera así, el sistema jurídico podría caer en la anarquía. Esto implica que este principio puede defenderse sobre la base de razones más básicas de esa índole –como las de seguridad y previsibilidad, que sugiere Carrió– y que debe integrarse en un mismo sistema con otros principios morales.

Esta integración supone que el principio que daría validez moral a las normas positivas por su origen puede sufrir limitaciones o excepciones sobre la base de principios morales que valoran las prescripciones de su contenido, lo cual implica reconocer un valor de la norma en cuanto lo que prescribe y no cómo se originó.

Nino ahonda en este tópico cuando hace una interesante y actual disertación cuando ataca todas las justificaciones espurias de los gobiernos de facto argentinos. Para él la discusión de la validez jurídica, ubicada en el plano teórico, puede tener incidencia o efectos prácticos negativos en la vida institucional de un país, de donde es necesario hacer una defensa de la democracia que, según él, presenta comparativamente una evidente superioridad moral. Sostiene que hay dos tipos de consideraciones para juzgar la legitimidad de las normas jurídicas: las que hacen a su contenido y las que hacen a su origen.

Nuestro autor cree que los juristas sinceros admiten que la validez del Derecho está dada por el contenido, como por el origen de la norma. La única diferencia puede estar en el grado de disvalor por el contenido que se exige para contrarrestar la validez de origen. Hay, entonces una cuestión de grados.

Sostiene que es posible que, aun admitiendo que la validez de origen sea de tipo moral, se le asigne un peso tan grande frente a la validez de contenido. Piensa que es infundado el temor de que si se reconoce que la aceptación de las normas jurídicas se apoya en razones morales, entonces se decidirá aplicar o no aplicar cada norma sobre la base de la adecuación valorativa de su contenido. Precisamente, las razones morales de seguridad en que se funda ese temor hace que no sea moralmente debido aceptar una norma moderadamente injusta cuando su origen es legítimo desde el punto de vista moral. Entonces no ve contradicción en ambas perspectivas que asignan validez al Derecho si es que se hace una adecuada ponderación de cada una de ellas.

En esta parte nuestro autor aclara que, además de la disociación interna que existe o puede existir entre la legitimidad de origen y la de contenido, puede darse un conflicto entre razones jurídicas y razones morales, pero, en el caso que se comentaba, las razones jurídicas se refieren o aluden a las razones relativas al origen de una disposición.

De este modo es que la fuerza justificatoria de un enunciado tal, como por ejemplo el derecho establece que el robo es sancionable, cuando es aplicado por el juez mediante una decisión frente a un caso concreto, lo hace no solo porque existe una disposición normativa que así se lo señale, por la autoridad llamada a hacerlo, sino porque proviene de un principio moral que confiere esa autoridad y da validez a sus prescripciones. Es este tipo de enunciados a los que nuestro autor ha denominado “de adhesión normativa”, con las que coinciden o ensamblan las normas jurídicas, constituyéndose en una especie de juicios morales.

Es decir, en el caso que se comenta se produce una perfecta armonía porque hay una coincidencia entre la fuerza obligatoria que emana de la norma en su carácter

jurídico, con la justificación moral de la misma. “Pero como una subclase de un cierto género es legítimo distinguir estos enunciados, denominándolos jurídicos y contrastándolos con los demás juicios morales, que disponen directamente lo que debe hacerse, en lugar de hacerlo indirectamente al dar validez a las prescripciones de cierta autoridad.

“Si este tipo de juicio de adhesión normativa emplea en forma directa el concepto de derecho –como el ejemplo que nosotros pusimos de el Derecho establece que el robo es sancionable– es razonable suponer que es este concepto el que le da el enunciado de carácter normativo que lo habilita para poseer la fuerza justificatoria transmitida por el principio moral del cual deriva. Se trata entonces de un concepto normativo de derecho –que identifica estándares con validez o fuerza obligatoria moral– como el que los iusnaturalistas propugnan”³¹.

Un juez o un jurista, en su tarea de reformular el orden jurídico, no necesitan emplear la expresión Derecho en la formulación de sus juicios de adhesión normativa. Puede emplear este término en la formulación de las premisas descriptivas de su razonamiento normativo aludiendo a las reglas efectivamente reconocidas y expresar, en cambio, los juicios de adhesión normativa que son conclusión de ese razonamiento por medio de otra expresión –como, simplemente, la de Derecho válido–. De este modo, un juez o un jurista pueden realizar su tarea normativa manteniéndose fieles a la actitud positivista de emplear un concepto descriptivo de derecho, con lo cual se salva la aparente contradicción que habría entre ambas perspectivas.

Más aún, si el juez o el jurista deciden emplear un concepto normativo de Derecho no enfrentarán por ello ninguna desventaja, salvo, a veces, la de una formulación más engorrosa, ya que los enunciados que emplean un concepto son traducibles a enunciados que emplean el otro, esto es, el descriptivo.

No parece ser cierto, por ejemplo, que el empleo de un concepto normativo de Derecho impida la crítica de los jueces que no aplican el Derecho existente. Bajo este concepto, la expresión derecho existente es traducible, aproximadamente por la mayoría de los órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, como lo que es Derecho, o sea lo que esa mayoría cree que son estándares que deben moralmente aplicar en sus decisiones. Aquí, como podemos ver, Nino ve una conciliación entre estas dos nociones y por lo tanto, la explicación de la validez del Derecho a través de ambas. Esta descripción lo es de un hecho perfectamente objetivo y en su identificación no intervienen las apreciaciones éticas subjetivas del crítico de turno; tomando en cuenta tal descripción podemos, por supuesto, criticar al juez que se desvía de esa práctica mayoritaria, así como podemos criticar, si cabe, a la mayoría de los jueces por apartarse de las convicciones de la moral positiva. También podemos detectar las lagunas, contradicciones e imprevisiones en lo que los jueces consideran Derecho, o sea los estándares que ellos creen que deben aplicar, con lo cual mejoran las soluciones propuestas ante el caso concreto que deben resolver.

“Si la diferencia entre el positivismo y el iusnaturalismo se reduce meramente a la cuestión de si la expresión derecho debe usarse en una premisa descriptiva del razonamiento de jueces y juristas o en una conclusión normativa, esa diferencia se nos

³¹ NINO, C. S., *La validez ...*, cit. (n. 13), p. 220.

presenta lo suficientemente nimia –no obstante el lúcido intento de Carrió de mostrar lo contrario– como para ser zanjada mediante un armisticio ecuánime que asigne a cada concepto de derecho un campo de aplicabilidad diferente”³².

Entonces, en Nino, las normas jurídicas pueden fundarse en premisas descriptivas o normativas, indistintamente, al momento de estudiarlas y aplicarlas otorgándoles su exacto valor y enfoque. De modo que sus diferencias no son tan relevantes, como para que sean incompatibles absolutamente, pudiéndose concluir que ambos conceptos son válidos y perfectamente aplicados en aspectos distintos dentro del mundo del Derecho.

CONCLUSIONES

Nuestra presentación del pensamiento de Nino en torno a la validez del Derecho tiene que necesariamente prestar atención a la idea del Derecho en primer lugar, esto es, a la pregunta de qué es esta realidad. Nuestro autor funda su concepción del Derecho en ciertos hechos básicos. Este surge en la práctica social y tiene su origen en diversas realidades, entre ellos la acción del legislador, del juez, la moral individual y la social, los valores e ideales como la justicia, la seguridad y otros, y por último todos en su natural vinculación directa o indirecta con lo que ocurre en la realidad social, económica, cultural, etc.

Ahora, el concepto de Derecho resulta ser la combinación de dichos hechos básicos o de uno de ellos, o todos a la vez, conforme a la particular idea o ángulo que cada cual tenga. Nino concluye que dada esta situación no es posible tener un único concepto, más aún cuando se introduce la idea de concepto normativo o descriptivo de Derecho, con sus subespecies, todos perfectamente coherentes, aceptables y con una aplicabilidad diferente, según sea el ámbito al que correspondan.

Luego que la noción de derecho está íntimamente vinculada a la idea de la validez del Derecho y siendo que el concepto de Derecho es ambiguo, lo será también, por consecuencia, la idea de validez, la que no solo se aplica para calificar una norma jurídica, sino todo el orden jurídico, refiriéndose también, pensamos, a todo orden jurídico.

Nuestro autor, entonces, piensa que, frente a este escenario, es posible encontrar distintos focos de significado con lo cual podríamos arribar a un concepto de validez, es decir, equivalencias o asociaciones con qué vincularla, como por ejemplo: la existencia de las normas, su fuerza moral, formar parte de una jerarquía de normas, o porque fue establecida por una autoridad competente, o porque pertenece a un sistema jurídico, o, finalmente, porque las normas son observadas y aplicadas.

Pero también estos focos pueden presentarse combinados, de modo asistemático e informe, con lo cual la idea de validez se presenta con un resultado probablemente incierto y problemático.

Más aún, el problema de establecer una idea más o menos precisa del concepto de validez del Derecho está vinculada, según Nino, a la secuela y resultados de la vieja polémica iusnaturalismo-positivismo, con lo cual y atendido el estado actual de esta

³² NINO, C. S., *La validez ...*, cit. (n. 13), p. 220.

querella y sus consecuencias es que las cosas son aún más complejas. En apretada síntesis, no están de acuerdo los autores acerca del papel que le corresponde a la moral en su relación con el Derecho. Como tampoco su relación con la política, aunque este es un tema distinto, que escapa a este trabajo, pero que está también estrechamente vinculado con este intento de diseñar un concepto de validez, dada la estrecha relación de la política y el derecho.

En efecto, las recriminaciones son mutuas entre los pensadores de ambas escuelas y las acusaciones cruzadas en torno a la moral. Mientras unos serían escépticos y nihilistas, los otros serían fantasiosos y partidarios de un autoritarismo teocrático. Nino, frente a ello, coloca orden y señala que ambas son caricaturas y que todo está rodeado de la más insólita falta de una correcta y mutua comprensión. Más aún, sostiene que esta controversia hoy está disuelta, ya que el debate jurídico está más acá de las grandes preocupaciones, ya que estas serían propias de la filosofía general y de sus grandes sistemas y que no corresponde, en esta parte, contaminar a aquel debate con estas otras cuestiones porque la entorpecen y le procuran elementos extraños a su real objeto de estudio.

De este modo es que habría legítimamente diversas alternativas para definir Derecho y su validez, lo cual, además, en concepto de Nino, es absolutamente necesario. La validez del Derecho y su fundamento, viene dado, así, por la teoría y la práctica. Ambas van de la mano, ya que separadas no tienen sentido de existir.

Nino desarrolla algunos elementos para resolver el problema de la validez del Derecho, intentando conciliar las posturas mutuamente polémicas de positivistas e iusnaturalistas. Señala que una respuesta al dilema que presenta la relación entre el principio que da validez a las prescripciones positivas y los principios morales es el punto de partida para resolver este problema. Nino piensa que ambas están relacionadas y comparten una identidad común en varios aspectos. Podrían existir normas positivas reñidas con los principios morales, que podrían no carecer de validez, pero los juristas y jueces sensatos saben que dicha norma podría ser sometida a examen y terminar con un cierto grado de desvalor.

Lo que persigue nuestro autor es llegar a conciliar posturas con la idea que un cuerpo normativo de derecho debe identificarse con estándares de validez o con lo que él llama fuerza obligatoria moral. De esta manera un juez, por ejemplo, o un jurista pueden realizar su tarea normativa, sin salirse de su convicción positivista de emplear un concepto descriptivo de derecho.

Concluye, en fin, que es posible arribar a una justa deposición de las armas que asigne, a la premisa descriptiva y a la conclusión normativa de lo que es Derecho, un campo de aplicabilidad diferente, con lo cual deja subsistente ambas nociones porque abarcan áreas distintas como diversos ámbitos de aplicación en el amplio mundo del Derecho.

