

Corpus Iuris Regionis

Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
IQUIQUE - CHILE



Nº 11 - Año 11





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 Andrés Bello); 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 ZÚÑIGA URBINA (Universidad de Chile y Universidad Diego Portales); Juan Carlos MANRÍQUEZ 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

CORPUS IURIS REGIONIS
REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA
(Fundada en 1999 por el Prof. 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, recensiones o reseñas, 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; hugo.vilches.fuentes@gmail.com

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/prontusunap/site/artic/20110201/pags/20110201105508.html>
(Versión electrónica, en construcción)

DATOS BÁSICOS
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
ESCUELA DE DERECHO
IQUIQUE, CHILE

Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

11 (2011), 300 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 enviarán 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 Consejo Editor al respecto.
4. Se tenderá a dividir los artículos en secciones numeradas con romanos, con rúbrica centrada en mayúsculas y separada arriba y debajo de un renglón 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 letras cursivas. Se recomienda no subdividir excesivamente. Los títulos y subtítulos deben ser claros y concisos. En parte alguna del escrito debe usarse 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 caracteres expandido¹.
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, solo comillas. 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.

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:

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".

- 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 W. 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 2004], p. 491-528. Disponible en World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600016&lng=es&nrm=iso&tlng=es 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 obtienen: 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 ‘Abe 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 Prof. 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. COLLABORATIONS: 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. CORRESPONDENCE: 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; hugo.vilches.fuentes@gmail.com

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/prontus_unap/site/artic/20110201/pags/20110201105508.html;
(Electronic version, construction)

BASIC INFORMATION
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
ESCUELA DE DERECHO
IQUIQUE - CHILE

Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

11 (2011), 300 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.
2. 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 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*.

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".

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".

- 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/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600016&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- 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.

11-2011

Corpus Iuris Regionis

REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA

ISSN 0717-9529

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

1. DERECHO CONSTITUCIONAL

Soberanía nacional y Constitución de 1980: Antecedentes de un juicio histórico-constitucional..... 19
Francisco SOTO BARRIENTOS

2. DERECHOS HUMANOS

La libertad de expresión, esclavitud o salvación del ser humano..... 39
Juan Pablo SERRANO FRATTALI

3. DERECHO CIVIL

El sentido de la ley en los artículos 19 y 23 del Código Civil chileno 51
Gonzalo Fernando RAMÍREZ ÁGUILA

Hacia una comprensión crítica de los atributos de la personalidad: el nombre, la relevancia de su protección y las modernas orientaciones en el derecho nacional..... 61
Pablo CORNEJO AGUILERA

4. DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Una crítica sobre la reincidencia y su relación con el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005..... 89
Roberto A. DUFRAIX TAPIA

Sobre la judicialización de la ejecución de sentencias penales en México. Especial referencia al Estado de Hidalgo 97
Alfredo René URIBE MANRÍQUEZ

La criminalización de las drogas como política criminal de exclusión 109
Jacson Luiz ZILIO

Do direito penal de classes ao direito penal do Estado social e democrático de Direito 127
Jacson Luiz ZILIO

<i>Prisión preventiva y sentencia absolutoria, un asunto pendiente</i>	163
Cristián MALEBRÁN EYRAUD	
<i>Defensa activa, un imperativo para defensoras y defensores penales públicos</i>	177
Arturo ZEGARRA WILLIAMSON	
5. DERECHO INFORMÁTICO	
<i>La figura del denominado “Notario Virtual” en España: repercusiones sobre las transacciones electrónicas realizadas en Internet</i>	187
David LÓPEZ JIMÉNEZ	
6. FILOSOFÍA DEL DERECHO	
<i>Marco teórico de la filosofía del derecho de santo Tomás de Aquino</i>	207
José BARBÓN LACAMBRA	
7. DERECHO INDÍGENA	
<i>Exclusión y legislación indígena</i>	241
Damián TODOROVICH CARTES	
8. HISTORIA DEL DERECHO	
<i>Notas biográficas y obra de Friedrich Karl Von Savigny. Una mirada al fundador de la Escuela Histórica del Derecho</i>	257
Hugo VILCHES FUENTES	

II. RECENSIONES

1. Elio SEGOVIA OLAVE: GONZÁLEZ MIRANDA, Sergio, <i>La llave y el candado. El conflicto entre Perú y Chile por Tacna y Arica (1883-1929)</i> , LOM Ediciones (Santiago, 2008), 222 páginas.	291
2. Gonzalo RAMÍREZ ÁGUILA: CORRAL TALCIANI, Hernán, <i>Contratos y daños por incumplimiento</i> (Santiago, 2010), 315 páginas.....	293
3. Gonzalo RAMÍREZ ÁGUILA: CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, <i>Responsabilidad civil contractual de las agencias de viajes</i> (Santiago, 2010), 176 páginas.	297

I. ESTUDIOS

DERECHO CONSTITUCIONAL

SOBERANÍA NACIONAL Y CONSTITUCIÓN DE 1980:
 ANTECEDENTES DE UN JUICIO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

*NATIONAL SOVEREIGNTY AND CONSTITUTION OF 1980:
 HISTORY OF A CONSTITUTIONAL HISTORY TRIAL*

FRANCISCO SOTO BARRIENTOS*
 Universidad de Chile

RESUMEN

En este trabajo el autor argumenta sobre la base de entender que la Constitución chilena de 1980, aun con las reformas constitucionales del año 2005, no ha cambiado su carácter conservador. La Carta innovó drásticamente respecto de la tradición constitucional liberal chilena de los últimos 150 años y se atreve a desconocer la idea de soberanía que subyace a todo constitucionalismo, haciendo residir su legitimidad en principios, valores y conceptos tradicionalistas y en el “sufragio universal de los siglos” de que hace mención uno de sus principales mentores y redactores, dándole un sentido diverso a la noción de nación del que debe entender un republicano democrático del auténtico constitucionalismo.

PALABRAS CLAVE: Soberanía nacional y Constitución de 1980 – Historia constitucional chilena – La Carta de 1980 y el juicio histórico-constitucional – Constitución conservadora frente a la Constitución liberal en Chile.

ABSTRACT

In this paper the author argues on the basis of understanding that the Chilean Constitution of 1980, even with the constitutional reforms of 2005, has not changed its conservative character. The Charter drastically innovated on the Chilean liberal constitutional tradition of the past 150 years and dares to ignore the idea of sovereignty that underlies all constitutionalism, with its legitimacy reside on principles and traditional values and the “universal suffrage and ever” mention that one of his main mentors, giving a different meaning to the notion of nation must understand that genuine democratic republicanism constitutionalism.

KEY WORDS: *National sovereignty and the Constitution of 1980 - Constitutional History Chile - The Charter of 1980 and the trial and constitutional history - Constitution conservative versus liberal constitution in Chile.*

La serie de reformas constitucionales, dadas a conocer por el presidente Ricardo Lagos el 17 de septiembre de 2005, dan cuenta de un significativo esfuerzo por terminar con los enclaves autoritarios presentes en el diseño original de la Constitución de 1980. La anunciada Ley N° 20.050 modificó un conjunto de materias políticamente relevantes como: los estados de excepción constitucional; se eliminan los senadores designados y vitalicios; se retira la referencia al sistema binominal de la Carta Fundamental; respecto del Tribunal Constitucional, se establece una nueva integración, así como la ampliación de su competencia y los alcances de las sentencias dictadas por este órgano; se termina con la inamovilidad del Contralor General; y se garantiza la dependencia y subordinación de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública al Presidente de la República, al terminar con la inamovilidad de los Comandantes en Jefe y pasando a ser el Consejo de Seguridad un órgano no deliberante,

* Abogado, Magíster y Doctor en Derecho, Académico del Programa de Doctorado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: fotobarrientos@gmail.com

entre otras materias. En total, esta ley consagra cincuenta y ocho enmiendas a la Constitución, estableciendo la reforma más ambiciosa en el plano político desde 1989. No obstante, a pesar de todas estas modificaciones, que en estos años suman más de un centenar, se puede hablar de una nueva Constitución. Se logró, con estas reformas, “dar vuelta la hoja del pinochetismo y de su herencia”, como anticipaba el senador Antonio Viera-Gallo en octubre del 2004¹.

Este trabajo pretende argumentar lo profundamente falso de esta afirmación. La idea que lo anima es evidenciar el sustrato conservador, implementado con dicha Carta Fundamental, para así demostrar su actual permanencia en el texto positivo. A pesar del categórico rechazo que en un comienzo despertó la Constitución de 1980, no solo su contenido, sino su forma de aprobación. Hoy parece que las voces que llaman a su cambio son parciales y orientadas a materias que no afectan el orden institucional que dicha Constitución estableció. Es más, ese orden goza de buena salud.

Por otra parte, sorprende analizar el debate doctrinario. Los principales constitucionalistas, agrupados en el “Grupo de los 24”², reaccionaron firme y decididamente en contra de prácticamente cada uno de los artículos de la nueva Constitución, la cual calificaron como una prolongación del “autoritarismo plutocrático militarista” (Grupo de Estudios Constitucionales, 1981). No obstante, luego de las reformas acordadas por el régimen militar y la Concertación, aprobada plebiscitariamente en el año ochenta y nueve, las críticas se apaciguaron. Se ha argumentado que la Carta originalmente espuria se habría legitimado mediante la aprobación popular de dichas reformas. Incluso, por si cabe alguna duda, el propio presidente Lagos, a partir de las recientes modificaciones, pasa a firmar la Constitución.

Lo que llama la atención no es esta tendencia a la consolidación, sino la ausencia de un análisis que se aproxime a identificar las profundas diferencias que tiene este nuevo orden (establecido en la Constitución de 1980), con aquel que rigió por más de ciento cincuenta años en nuestro país. Chile nació a la vida independiente al amparo de una institucionalidad política de base liberal, la que se conformó a partir del desarrollo de dos principios fundamentales: la soberanía popular y el pluralismo ideológico. Nuestra historia, desde una perspectiva constitucional, puede verse como un desarrollo lineal de estos principios.

De un sistema creado para legitimar el poder aristocratizante de la elite del siglo XIX, se evolucionó hasta el punto de garantizar que emergentes sectores de la sociedad se pudieran expresar y eventualmente llegar al poder. El grado de desarrollo alcanzó niveles tan particulares que permitió: la llegada al socialismo mediante el voto popular y con pleno respeto a las formalidades de un Estado de derecho. La ciudadanía definía el contenido de lo que sería la nación mediante cada elección del Presidente de la República. Bastaba alcanzar el poder a través de los mecanismos legalmente establecidos, para implementar en el país cualquier tipo de proyecto por ambicioso que este fuera. La función normativa estaba dada por promover la mayor participación ciudadana, garantizando la posibilidad y acceso al poder de todas las fuerzas políticas y no por resguardar determinados valores por fundamentales que estos fueran. En este sentido nuestras constituciones eran axiológicamente neutras.

¹ Diario *La Nación*, 7 de octubre de 2004.

² A través del denominado “Grupo de Estudios Constitucionales” o “Grupo de los 24”, los principales académicos y expertos en derecho constitucional opositores al régimen militar, manifestaron, en un documento publicado en marzo de 1981, sus críticas a la Constitución de 1980.

El nuevo orden establecido en la Constitución de 1980 rompe drástica y definitivamente con el proyecto liberal de nación. La voluntad popular no puede ser el único mecanismo que determine el curso de nuestro país. Sobre el deseo que circunstancialmente manifieste el electorado, existe una serie de valores que definirían la esencia del alma nacional y que la Carta del ochenta garantiza. Como señala Jaime Guzmán, el criterio que la Constitución de 1980 estableció persigue: “que el sufragio universal de un día no pueda ignorar impunemente el legado obligatorio que una nación impone, lo que un autor español llama el sufragio universal de los siglos”³.

De esta manera, la Constitución deja de tener una neutralidad valorativa, que se adapta a la voluntad mayoritaria del electorado, para optar por un tipo de orden económico, por una idea de propiedad, por una idea de familia. Sobre el proyecto liberal de nación que identifica a nuestra tradición constitucional, la Constitución de 1980 establece un criterio conservador. Este cambio axiológico es el salto más drástico que se haya dado en nuestra historia constitucional, desde que Chile alcanzó la vida independiente. ¿Por qué la doctrina y la clase política lo han desestimado?

Esto se debe, en parte, a una nula valoración que se le concede por sus detractores a la propuesta doctrinal de la Constitución del ochenta. Se piensa que su único sustento es el poder amarrado en el período dictatorial por los militares y la derecha, no existiría en realidad una propuesta de fondo. La prolongación del orden trazado por los militares –desde esta lógica– duraría tanto como los poderes fácticos que lo mantienen, superados dichos poderes el tramado constitucional no tendría ningún sustento.

Pero, también, los análisis críticos hechos a esta Carta han sido eminentemente jurídicos –como el realizado por el “Grupo de los 24”–, lo que impide entender los fundamentos y la dimensión de la propuesta institucional. La tendencia mundial, desde una perspectiva comparada, es cada vez más liberal: se inclinan a la búsqueda de mecanismos que permitan profundizar el principio de la soberanía popular y a garantizar un sistema crecientemente pluralista y tolerante. Desde esta perspectiva, la Constitución de 1980 es vista como un alejamiento de la evolución constitucional occidental; se trata de un fenómeno anacrónico que no tendría más fundamento que la fuerza de algo impuesto⁴. Por tanto, la pura perspectiva jurídico-doctrinal no nos permite comprender la intención del constituyente del ochenta, como lo han reconocido los propios especialistas encargados de elaborar el anteproyecto de la futura Constitución (en adelante Comisión Ortúzar)⁵.

Este conjunto de factores ha generado que las críticas a la Constitución sean parciales, desconectas unas de otras y que apunten más a epifenómenos que al fenómeno en sí, vale decir, su sustrato conservador.

El fundamento de la opción por un orden conservador es histórico, más que jurídico. La crisis política que terminó con la instauración de un régimen militar en 1973, hizo identificar desde el primer momento ciertas debilidades en el viejo estado liberal, lo que hacía razonable crear un nuevo orden institucional. Citando nuevamente a Jaime

³ GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, *La Constitución Política*, en *Revista Chilena de Derecho* 6 (Santiago, 1979), p. 56.

⁴ ROOSENN, Keith S., *Soberanía y participación política en la Constitución de 1980*, R. Gumucio y F. Geisse (edits.), en *Elecciones libre y plebiscito, el desafío democrático*, Ediciones Chile y América - CESOC (Santiago, 1987), pp. 23 - 40.

⁵ El 22 de septiembre de 1973 comenzó a sesionar una Comisión (con el nombre de Comisión Ortúzar), designada por el nuevo Gobierno para estudiar, elaborar y proponer un anteproyecto de una nueva Constitución.

Guzmán, este explicaría la necesidad del cambio constitucional de la siguiente manera: “(...) una Constitución debe responder a los desafíos que le plantea la realidad concreta que está llamada a regir, y resulta incuestionable que después de la experiencia vivida por Chile durante el Gobierno marxista, no adoptar las providencias necesarias que dificulten su repetición, constituiría una irresponsabilidad suicida”⁶. Por tanto, como se señaló en la *Declaración de Principios de la Junta de Gobierno*, había que crear “una nueva y moderna institucionalidad (...) en la búsqueda de una reorganización a partir de las entrañas mismas del alma nacional”.

LA HISTORIOGRAFÍA CONSERVADORA

Para realizar semejante tarea la Comisión Ortúzar recogió el debate que desde comienzos de siglo venían elaborando sectores conservadores. Renato Cristi y Carlos Ruiz sistematizan dicha discusión durante el siglo XX, proyectando su influencia en el primer Gobierno de Carlos Ibáñez y en el de Augusto Pinochet⁷.

Cristi y Ruiz ponen de manifiesto cómo el pensamiento conservador se hace presente en el juicio histórico que la Junta Militar elabora en numerosos documentos. Más que un hecho histórico –la crisis institucional generada por el Gobierno de la Unidad Popular–, los militares chilenos fueron influidos por una determinada historiografía, por una manera de ver la historia, por un lente que tiñe los sucesos de una particular forma y le otorga una propia significación.

Adentrarnos en esta historiografía conservadora, nos permitirá no solo ver las constantes históricas que se reproduce en la crisis del setenta y tres, sino de qué manera la Constitución del ochenta transformaría un juicio histórico en ley positiva.

Durante la primera mitad del siglo XX surge lo que llamamos escuela conservadora, de la mano de Alberto Edwards y Francisco Antonio Encina. Su objetivo fue explicar las razones de la decadencia que venía experimentando nuestro país desde finales del siglo XIX. Para ellos, según nos cuenta Alfredo Jocelyn-Holt, la crisis nacional fue acompañada de la consolidación de una doctrina foránea en un sector de nuestra clase política y por la adopción del régimen parlamentario. Una suerte de liberalismo de tipo doctrinal, enraizado en las ideologías liberales modernizantes de origen francés, se comienza a hacer presente en la política chilena. Desde ese momento este liberalismo doctrinal envuelve el debate público, separando a la sociedad en querellas que impiden el más mínimo consenso y unidad. Este liberalismo haría que la elite se dividiera, con el advenimiento de una aristocracia laica y agnóstica, ajena a sus valores originarios. La clase dirigente se volvería frívola, imitativa, cosmopolita, convirtiendo al régimen presidencialista en un sistema parlamentarista y conduciendo al país a una paulatina decadencia económica⁸.

Frente a esta tendencia, historiadores como Alberto Edwards y Francisco Antonio Encina proponen una revaloración de las tradiciones nacionales basadas en el pragmatismo, la austeridad, el respeto al orden y la obediencia pasiva. Promueven un Estado fuerte, autoritario, donde la figura del Presidente de la República se sitúe en el centro del quehacer político por sobre la acción del Parlamento. Para Jocelyn-Holt, frente al liberalismo doctrinal,

⁶ GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, *La Constitución...*, cit. (n. 3), p. 58.

⁷ CRISTI, Renato y RUIZ, Carlos, *El pensamiento conservador en Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1992)

⁸ JOCELYN-HOLT, Alfredo, *El Peso de la Noche. Nuestra frágil fortaleza histórica*, Planeta (Santiago, 1997).

la escuela conservadora opondría un liberalismo intuitivo, este último operaría con anterioridad a la Independencia y sería fundamento de dicho proceso emancipatorio. Esta búsqueda de libertad estaría representada por un espíritu atávico de origen español, remontable a los fueros vascos y castellanos. La llegada de las ideologías foráneas con posterioridad a la Independencia provocaría un período de anarquía, resuelto con la restauración portaliana, para renacer a través del parlamentarismo y terminar sumiendo al país en una nueva decadencia⁹.

Desde la perspectiva conservadora, Diego Portales es, en definitiva, el creador del Estado chileno. La genialidad de Portales y de su obra radicaría en haber comprendido que los trescientos años anteriores a la Independencia no habían sido en vano, que irremediamente durante ese largo período se habría arraigado en el alma colectiva de la nación un “anhelo de orden” y una cierta inmunización a todo lo exógeno, contrario o foráneo a dicha tradición¹⁰. Así vemos que la misma búsqueda por hallar lo esencial del alma nacional, que anima a la Junta Militar y a la Comisión Ortúzar, se encuentra originalmente en la escuela conservadora.

El pensamiento conservador en Chile es una reacción al liberalismo. Jocelyn-Holt percibe esta característica al señalar que dicha escuela historiográfica reacciona ante la misma disyuntiva planteada previamente por los historiadores liberales, ofreciendo nuevos argumentos con el objetivo de contrastar a estos últimos¹¹. Es quizás por esto que la escuela conservadora argumente tan agresivamente y se presente como única interpretación de la historia de Chile. En los hechos esta escuela desplazó prácticamente a los historiadores liberales, dominantes en el siglo XIX, enseñándose como verdad histórica en los colegios y universidades, siendo argumentada y defendida por personas de todas las tendencias políticas a modo de sentido común y no como una mera hipótesis histórica.

Característica semejante podemos observar en la Constitución de 1980. Claramente, es una reacción frente a lo que se piensa fracasada la institucionalidad liberal. La misma opción valorativa, que ella hace, pretende resolver el problema que supuestamente llevó a la crisis institucional de 1973. De hecho, la Constitución de 1980 lleva al extremo esta característica de la escuela conservadora, no solo se presenta como verdad, sino como norma. Es que, si bien la Comisión Ortúzar es tributaria de la interpretación que ofrece esta historiografía, ambiciona, a través de la reforma constitucional, poner término –como veremos más adelante– a las causas que ocasionan los períodos de crisis política y social en Chile.

Para la escuela conservadora esta obsesión de los liberales por los modelos intelectuales extranjeros se debe a una mentalidad poco realista, fanática, animada únicamente por afanes protagonistas que no se basa en un deseo sincero por mejorar la situación del pueblo, al cual supuestamente estos políticos defienden, ni en un compromiso auténtico con el proyecto político liberal. Este último punto, vale decir, el demostrar la inconsecuencia de los liberales chilenos, es lo que atrae la preocupación de la historiografía conservadora. Esto porque piensan que la relación entre el líder y su discurso liberal es solo instrumental. Da lo mismo qué discurso se utilice, el objetivo de estos líderes era llamar la atención popular de cualquier forma.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem*, p. 124.

¹¹ JOCELYN-HOLT, Alfredo, *La independencia de Chile: Tradición, Modernización y Mito*, Mapfred (Madrid, 1992).

Alberto Edwards caracteriza esta relación de la siguiente manera: “(...) los obreros acudían, es cierto, a los clubes igualitarios, por curiosidad y por amor al ruido, se embriagaban ahí con palabras que ni ellos ni nadie eran capaces de entender; desfilaban tras Bilbao y sus aristocráticos aliados, con la misma fe oscura e inconsciente con que tomaban parte en las procesiones de la iglesia, aplaudían con frenesí, y regresaban a sus hogares”¹².

Así se genera, según Edwards, una singular relación de este tipo de líderes y el pueblo. Desde este punto de vista, el liberalismo se introduce en la sociedad chilena no como un proyecto doctrinario –según argumenta Jocelyn-Holt–, sino a través de la palabrería ideologizada de sus dirigentes. Por tanto, no existiría una relación entre pueblo y proyecto modernizador. El vínculo se produciría entre la masa y ciertos líderes, en donde la función instrumental de la palabra más que el contenido definiría la dinámica que produce entre estos sujetos. Desde una perspectiva weberiana este tipo de liderazgo correspondería al carismático-demagógico. Las características particulares del líder, su elocuencia, es lo que atrae la atención popular. Claro está, si bien el liberalismo doctrinal cobra esta dimensión anómala, espuria, tanto para el pueblo como para estos dirigentes carismáticos, quedan fuera aparentemente de esta relación el segmento de la población, la elite dirigente. Su conexión con el liberalismo no pasaba necesariamente, en palabra de Edwards, por Bilbao y sus aristócratas amigos.

Interesa seguir profundizando en el vínculo entre los líderes carismáticos y el pueblo. En el párrafo que he citado de Edwards se destaca el carácter irracional de esta relación. El “amor al ruido”, “una fe oscura e inconsciente”, homologable a la fe con que “toman parte en las procesiones de la iglesia”. Todas estas referencias hacen ver que este tipo de dirigentes carismáticos y su discurso no despertaban en el pueblo ideas racionales, ni virtudes cívicas. Todo lo contrario, alteraba sus espíritus, antes disciplinados, orientándolos al desorden. Donde originalmente hay paz y silencio surge una dinámica conflictiva innecesaria y ficticia. De ahí que se vincule a los proyectos liberales con el desorden y el caos. No sería determinante en la generación de esta tendencia popular la presencia del liberalismo o de cualquier otra ideología extranjerizante. Basta solamente que se trabe la dinámica entre líder carismático y pueblo.

La descalificación del líder liberal deja de lado la dimensión pública, incluso política, para convertirse en un juicio al individuo. Así vemos como en la historiografía conservadora se destaca la falta de compromiso de Bilbao y sus compañeros con los ideales liberales y nacionales¹³. Su visión de la Revolución Francesa no solo la representa como imitativa, sino infantil, los ve como niños que juegan a ser revolucionarios. Edwards llega a ser más agresivo aún, para demostrar la supuesta incongruencia de los liberales, nos habla de la vida laboral de Bilbao. Nos cuenta que pese a su afán crítico, este último, participó como empleado público de un Gobierno conservador. Dice: “(...) Bilbao no asistió nunca a la oficina –se refiere a su trabajo en el Gobierno–, sino para cobrar su sueldo; pero, en cambio, fue el orador más popular y aplaudido en los clubes de la Sociedad de la Igualdad. Sin embargo, sus discursos

¹² EDWARDS, Alberto, *La fronda aristocrática*, Editorial Universitaria (Santiago, 1982), pp. 78 y 79.

¹³ EYZAGUIRRE, Jaime, *Ideario y ruta de la emancipación chilena*, Editorial Universitaria (Santiago, 1957), p. 147.

y escritos de aquel tiempo no solo carecían de sentido común, sino de sentido de cualquier especie. Eran simples agrupaciones de palabras que nadie podía entender (...)”¹⁴.

No puede ser más extrema la descalificación a Bilbao, ni siquiera le reconoce sentido a sus palabras, por tanto no avanza a la refutación de sus propuestas de contenido. Esta drasticidad en sus juicios, es la clave que nos devela la verdadera intención de la historiografía conservadora. Es, en definitiva, lo que nos muestra el objetivo ideológico de esta escuela.

Pese a lo rotundo del juicio a Bilbao, la escuela conservadora no deja de enfatizar la importante influencia que tienen los liberales en el pueblo. Así, de una manera indirecta, al descalificar al dirigente político, también se pone en duda el discernimiento popular. Por eso, la drasticidad en la crítica para con los igualitarios decimonónicos. Existiría una debilidad latente en el pueblo a ser seducido por los discursos revolucionarios de ciertos dirigentes políticos. Las descalificaciones, tanto a los liberales como al criterio popular tienen un común fundamento de naturaleza irracional, primario y básico: el “amor al ruido”. A los jóvenes aristócratas solo los animaría la búsqueda de protagonismo político, de satisfacer sus egos con aplausos y alabanzas de la muchedumbre. Mientras que el pueblo se le representa como de un espíritu débil, propenso a ser arrastrado fácilmente por las consignas y los gritos revolucionarios.

De esta manera, de la crítica a los líderes carismáticos nace la opción por un proyecto conservador y no por uno de naturaleza liberal. Se valora el autoritarismo, el orden, la obediencia pasiva y el pragmatismo. Se desarrolla una nueva manera de entender a la nación, fundada ya no en la voluntad circunstancial del electorado, sino en los elementos que dan sentido a la “patria”. Además, surge una nueva interpretación del siglo XIX, que ve nacer al Estado chileno de la mano del “genio intuitivo” de Diego Portales que logra orientar las auténticas virtudes cívicas del pueblo chileno.

LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Todas estas ideas aparecen de manera reiterada en las diversas etapas de discusión de la Constitución de 1980. No obstante, el núcleo de la doctrina conservadora que propone dicha Carta, se encuentra en el Capítulo I Bases de la Institucionalidad. Allí se exponen las ideas medulares que sustentan la desconfianza popular. Esto lo hace primero reconociendo como factor de crisis la relación que ya hemos descrito entre ciertos dirigentes políticos y el pueblo, para luego establecer derechamente un nuevo concepto de soberanía: la nacional. A partir de esta nueva idea de soberanía se explican las restricciones y mecanismos de control de la voluntad popular, como los senadores designados, las instituciones cuyos cargos no se generan por votación popular, entre otras figuras jurídicas *sui generis* que esta Constitución implementa originalmente.

Pero vayamos por parte. ¿Cómo se hace presente la crítica a los líderes carismáticos, fundamento de la historiografía conservadora para desconfiar en el pueblo?

Surge en el debate de la Comisión Ortúzar sobre lo que sería en definitiva el artículo octavo, hoy derogado. Claro está, el papel que ocupa para la escuela conservadora el liberalismo como instrumento exógeno, aquí lo ocupa el marxismo, como veremos a continuación.

¹⁴ EDWARDS, Alberto, *La fronda...*, cit. (n. 12), p. 79.

En la primera sesión el mismo señor Ortúzar, al señalar las bases sobre las cuales debía estructurarse la nueva institucionalidad, reconoció la necesidad de establecer un precepto similar al contemplado en la Carta de Alemania Federal, que excluyera a los partidos marxistas¹⁵. Pero contrariamente a la intención inicial, otro fue el criterio establecido. La fórmula doctrinaria que castigaba solo hechos concretos o contenidos expresamente establecidos en el programa de un partido político, fue dejada de lado. El cambio de perspectiva se evidencia cuando, a partir de la sesión 22ª, la Comisión Ortúzar consideró apropiado solicitar la opinión de profesores de derecho constitucional y personas invitadas, sobre el capítulo del memorándum referente a la “estabilidad democrática”. Clarificador resulta el debate generado, en esta oportunidad, entre el abogado Francisco Cumplido y la Comisión. El profesor Cumplido defendió la tesis doctrinal, que legitima la posibilidad de considerar antisociales determinadas conductas políticas. Otra cosa, muy diferente –dice Cumplido–, es castigar a quienes participan dentro del juego democrático, sustentando “determinadas ideas”, criterio que atentaría con la “libertad ideológica” propia de una sociedad democrática¹⁶.

Por su parte, los miembros de la Comisión Ortúzar pensaban que por sobre cualquier análisis “doctrinal” se impone la necesidad de dar respuesta a lo que, desde su perspectiva –histórica– fue el motivo de la crisis institucional en Chile¹⁷.

Concluyó esta sesión con la opinión de Jaime Guzmán, quien argumenta a favor de castigar la “difusión” de ideas, vistas como atentatorias de ciertos “valores esenciales para la nación”. Preciso resulta distinguir –explica el señor Guzmán– entre los términos “sustentar”, “difundir” y “actuar”. Si bien, no conviene castigar una idea mientras permanece en el fuero interno (es sustentada), sí era lícito castigarla cuando se difunde¹⁸.

Al centrar el supuesto ilícito en el momento de la difusión, Guzmán pone el acento no en la ideología, sino en el agente que la difunde: esto nos sitúa en el terreno de la acción política, más concretamente en la discursiva de los políticos.

Esta incipiente distinción, que nos acerca al pensamiento de la escuela conservadora, prontamente será desarrollada y profundizada por Jaime Guzmán. Al explicar el sentido del artículo octavo, Guzmán plantea la siguiente argumentación que denota un mayor desarrollo

¹⁵ LARRAÍN, Rafael y NÚÑEZ, Leopoldo, *Protección de la Democracia*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1984), pp. 18-19.

¹⁶ *Idem*, pp. 24 y 25.

¹⁷ Así, el miembro de la citada Comisión, señor Ovalle, expresó que “doctrinariamente” compartía la idea de respetar y no “(...) imponer trabas de ninguna especie para que el hombre fuera creando y difundiendo las ideas que su leal saber y entender le indica sobre la organización de la comunidad (...)”, pero piensa que “(...) esos conceptos deben adecuarse a la realidad que esta viviendo Chile. La experiencia histórica, naturalmente, debe servir, también de lección(...)”. El miembro de la Comisión señor Lorca concuerda con Cumplido “ (...) en lo fundamental y filosófico (...) No obstante, estima que con ello se produce una situación de orden práctico muy grave. La realidad chilena demostró que los representantes de los partidos marxistas hacían pública fe democrática y decían que deseaban implantar su sistema por la vía legal. La verdad de las cosas, prosiguió, es que a nadie se le puede negar la posibilidad de emitir opiniones, incluso para difundirlas –los partidos políticos están para implantar en el Gobierno las posiciones que sostienen–, pero cuando esas posiciones doctrinales tienden a destruir la democracia y a destruir todo el sistema de vida por el cual se ha regido el país, el señor Lorca estima que es el momento de prohibirlas”. El señor Ortúzar dice que “(...) aunque desde el punto de vista –filosófico y doctrinal– suponiendo que exista contradicción (...) le habría bastado la trágica experiencia vivida durante el régimen anterior, que estuvo a punto de destruir la soberanía, la libertad y la independencia de Chile, para proclamar estas restricciones en la Constitución.”. LARRAÍN y NÚÑEZ, *Protección...*, cit. (n. 15), pp. 26, 27 y 36).

¹⁸ *Idem*, p. 119.

del sentido de esta disposición. Para él no se trata de determinar si una persona ha incurrido o no en un delito que la haga acreedora a una condena judicial, sino que se está refiriendo a alguien que, por su conducta política y trayectoria pública, constituya “un serio peligro para la institucionalidad”¹⁹. Por tanto, no se buscaba castigar a cualquier dirigente político, sino a ciertos dirigentes que por características personales puedan generar una influencia particular en el pueblo. Por tanto, la idea era castigar la difusión de ideología que –en palabras de Guzmán– atentaran contra “valores esenciales de la nación” y que fuera promovida por ciertos individuos que “constituyan –nuevamente cito a Guzmán– un serio peligro para la institucionalidad”.

Así, en el análisis de Jaime Guzmán, aparece con nitidez el criterio historiográfico que vincula al líder carismático con la difusión de ideologías y el efecto disociador que produce su discursiva en nuestra sociedad, al punto de que se hace necesario establecer una norma de carácter constitucional que ponga freno a la acción de dichos individuos.

En la discusión de la Comisión Ortúzar, se pone un énfasis recurrente al instrumento de este tipo de políticos: la palabra, vía por la cual las ideas se difunden. Ya hemos hecho referencia a la relevancia que la escuela conservadora da a la discursiva, en el sentido de que no le otorgan valor por su contenido, sino por su efecto de despertar pasiones inconscientes en el pueblo. Edwards, para representar esta función del discurso, lo asemeja a las procesiones en que los fieles siguen al párroco de manera ciega. Es sorprendente constatar como esta analogía también aparece en el debate de la Comisión Ortúzar de manera reiterada²⁰.

Lo interesante es que en Edwards aparece la idea asociada a la tendencia popular antes descrita. No obstante, en la Comisión Ortúzar se habla del sujeto activo, del predicador. Esto parece del todo coherente ya que en la argumentación de la escuela conservadora la irracionalidad, “el amor al ruido”, opera como un mecanismo inconsciente para ambos lados, tanto para el pueblo como para el líder carismático.

El análisis presente en la discusión del artículo octavo llegó a ser de tal forma valorado por la Comisión Ortúzar, que Jaime Guzmán concluyó que: “(...) sería absolutamente estéril señalar una serie de bases fundamentales de la institucionalidad en los términos que se ha hecho en el capítulo primero –en alusión a la Constitución– si eso no se tradujera en ninguna disposición jurídica sancionadora para quienes difundan doctrinas contrarias a esos principios”²¹.

Cabe recordar que en el análisis de la escuela conservadora, la crítica a los líderes cumple una función principalmente indirecta, argumentativa, para explicar la debilidad del pueblo a ser seducidos por su discursiva. Por tanto, establecida la causa de la fragilidad popular, las fórmulas para enfrentar esta tendencia social pueden ser variadas. El valor que le da Guzmán al artículo octavo lo entendemos, por tanto, en la identificación que este jurista hace de la discursiva carismática como fuente directa de las crisis políticas y sociales en Chile. A pesar de que el artículo octavo fue finalmente derogado, este había cumplido su objetivo. La visión negativa del juicio popular ya estaba identificada como un criterio central de la Comisión Ortúzar²².

¹⁹ *Idem*, p. 105.

²⁰ *Idem*, p. 18.

²¹ *Idem*, p. 131.

²² Jaime Guzmán señalaba: “El pueblo está formado por hombres que están expuestos y son víctimas del pecado original y que tanto, también tienen tendencia al mal, y en consecuencia, suponer que del enfrentamiento de todas las doctrinas y de todas las corrientes y que de la difusión de todas las ideas el hombre simplemente escogerá las mejores, es desconocer la historia, es olvidar que uno de los primeros plebiscitos conocidos que se registran en la historia es el del pueblo judío, entre Cristo y Barrabás, agitado por los demagogos o por intereses de pequeños

Impedir que esta “natural tendencia” popular no aflore es un objetivo que la Comisión Ortúzar se planteó. El punto adquiere medular importancia al debatir sobre qué concepto de soberanía se va adoptar bajo la nueva institucionalidad.

En un primer momento de la discusión las opiniones se inclinan a favor de la tesis elaborada por el señor Silva Bascuñán, quien creía necesario destacar que la soberanía reside en el pueblo. Pero en el año 1974 se cambió drásticamente de posición. El criterio dominante, al interior de la Comisión Ortúzar, propone desvincular el término nación con el de pueblo. Las constituciones chilenas si bien recogieron tradicionalmente el principio de la soberanía nacional, siempre entendieron que la nación era sinónimo de pueblo elector²³.

¿Qué sentido se le puede dar al concepto de soberanía nacional que adopta la constitución de 1980 y por qué es diferente? El “Grupo de los 24”, consideró que la adopción de este nuevo criterio provocaría un importante retroceso en la evolución constitucional de Chile. Plantea que toda concepción democrática reconoce actualmente que la soberanía reside en el pueblo, único sujeto de voluntad real con derecho para decidir sobre su propio destino. En opinión de estos juristas el artículo quinto de la Constitución de 1980 “desconoce expresamente este derecho natural y exclusivo del pueblo para gobernarse”²⁴.

El artículo quinto se hace residir en un ente abstracto, que representa a un conjunto de valores que son queridos por la nación chilena, y así iguala a las autoridades nominadas por medio de las elecciones y plebiscitos a las que la Constitución establece. De esta forma, para el profesor de derecho constitucional Manuel Sanhueza Cruz, se crea una suerte de poder “autónomo”, ya que no es mandatada, sino ejerce una verdadera potestad, “incluso a espaldas y en contra del pueblo”²⁵.

Pero la doctrina ha dejado de lado en su análisis la historia fidedigna de este precepto, que mirado desde una perspectiva historiográfica revela como la Constitución de 1980 establece

grupos de la época, como ha ocurrido muchas veces, lo que tampoco ha cambiado cualitativamente, sino solo en sus expresiones prácticas. Creer que no siempre los pueblos escogen la verdad y hay que precaverlos –especialmente a la juventud y a los sectores más modestos– de la difusión de doctrinas que en forma engañosa presentan una faz muy distinta de su contenido profundamente inconveniente”, *vid. LARRAÍN y NÚÑEZ*, cit. (n. 15), p. 187.

²³ En la Constitución de 1822 se reconoce la igualdad entre nación y pueblo, aunque esta perspectiva se encuentra en documentos oficiales ya desde el cabildo abierto de septiembre de 1810. Así se diría: “La nación chilena es la unión de todos los chilenos, en ella reside esencialmente la soberanía, cuyo ejercicio delega conforme esta constitución”. En la Constitución de 1823, el artículo 3º señala: “La soberanía reside esencialmente en la nación, y el ejercicio de ella en sus representantes”, omitiendo la idea de que la nación es la unión de todos los chilenos, pero no por esto deja de consagrar la igualdad entre pueblo y nación. Así lo demuestra el artículo 98º: “Censurado un funcionario por la mayoría de la nación o provincia respectiva queda destituido de su empleo (...)”.

Posteriormente, la Constitución de 1828 consideró necesario volver a plantear la igualdad entre pueblo y nación. El artículo 1º dice: “La nación chilena es la unión política de todos los chilenos naturales y legales (...) en ella reside esencialmente la soberanía, y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes no puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia”.

Tanto en la Constitución de 1833 como en la de 1925, se vuelve a reproducir la misma fórmula. La Carta de 1925 en el artículo 2º señala: “La soberanía reside esencialmente en la nación, que delega su ejercicio en las autoridades que esta constitución establece (...)”.

²⁴ GRUPO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Las críticas del grupo de los 24*, en *Revista APSI*, Dossier (Santiago, 10 al 23 de marzo), p. 11.

²⁵ SANHUEZA, Manuel, *Análisis crítico a la Constitución de 1925 y 1980*, en J. Polanco y A. M. Torres (eds.), en *Una salida político constitucional para Chile*, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (Santiago, 1985), pp. 95-107.

un cambio en la forma de entender lo nacional. La idea de base liberal que por casi dos siglos se estableció en la normativa constitucional es remplazada por una de carácter conservador. De esta manera Enrique Ortúzar explicaría el nuevo enfoque adoptado por la Comisión que lleva su nombre, ya que el radicar en la nación enfatiza el concepto de que el ejercicio de la soberanía por el pueblo no puede desatender su vinculación con “la realidad más profunda de la patria”²⁶.

El reconocer el sentido conservador, que el constituyente le da al concepto de nación nos permite interpretar de una manera más amplia el principio de la soberanía nacional. Por un lado, tendría una faz restrictiva, que buscaría impedir que la voluntad popular transgrediera los valores, que según la Constitución definiría a Chile como nación. En este aspecto, se establecerían nuevos titulares en el ejercicio de la soberanía. Pero, también, existiría una faz activa, que exigiría una actitud, un reconocimiento a los valores nacionales y que demandaría de los chilenos conductas que dieran cuenta de su calidad de tal. Así por ejemplo, en el artículo once se establece como una causal para perder la nacionalidad el ser condenado por delitos contra la “dignidad de la patria” o en el artículo veintidós señala que es deber de los chilenos honrar a la patria y a “los valores esenciales de la tradición chilena”.

El constituyente, al consagrar una nueva idea de nación, no solo hace referencia al tema de la soberanía, sino establece un principio que será base de nuestra institucionalidad: el respeto y reconocimiento a ciertos valores que darían singularidad a Chile como nación. El concepto de la soberanía, nacional tradicionalmente igualado al pueblo elector por todas las constituciones desde la independencia de Chile, es desechado en forma abrupta por el constituyente. El fundamento que ayer otorgó legitimidad para la construcción de nuestra historia, hoy se transformaría en una tendencia antihistórica destructora de la misma. Lo que durante la discusión del artículo octavo se perfilaba como un efecto de la desconfianza en los líderes demagógicos, comienza a tomar cuerpo y, al igual que en el ámbito historiográfico, termina conformando su substrato ideológico: una visión conservadora de entender lo nacional.

LA CRISIS DE 1973

La escuela conservadora ya se había impuesto sobre la liberal en el terreno del debate historiográfico durante todo el siglo XX, donde domina sin contrapeso y se presenta como verdad histórica²⁷. Similar ambición tienen los miembros de la Comisión Ortúzar. Con la nueva Constitución se pretende superar las deficiencias de nuestra institucionalidad liberal mediante un giro valorativo inspirado en el análisis historiográfico de la escuela conservadora.

Por otro lado, se podría argumentar que el planteamiento de la escuela historiográfica conservadora, por muy importante que sea, es, en definitiva, la visión de un solo sector de la sociedad y que en el debate de la Comisión Ortúzar dejó fuera la opinión de la otra parte del país. Además, la reflexión de Encina y Edwards por más que haya sido recogida por otros

²⁶ Jaime Guzmán concluiría: “Sostener que la soberanía reside en la nación, perfila una idea más nítida de la limitación que aquella debe reconocer en la fidelidad a la tradición o esencia del alma nacional, sin la cual lesionaría gravemente el bien común. Radicar la soberanía exclusivamente en el pueblo elector, debilita ese vínculo espiritual, y facilita la tendencia antihistórica de que cree que el sufragio universal de un día puede ignorar impunemente el legado obligatorio que una nación impone, lo que un autor español llama el sufragio universal de los siglos”; GUZMÁN ERRÁZURIZ, cit. (n. 3), pp. 55 y 56. Vid. ORTÚZAR, Enrique, *Antecedentes de la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho* (Santiago, 1981), p. 170.

²⁷ JOCELYN-HOLT, Alfredo, cit. (n. 8).

autores, habla de las crisis que vivía el país a comienzo de siglo XX. ¿Podrá ser válida para el Chile actual? Finalmente, el análisis de la visión pesimista con que la escuela conservadora mira a la voluntad popular, se basa en las críticas que Edwards y otros formularon a la figura de Francisco de Bilbao y Santiago Arcos, juicios históricos que por su drasticidad no han tenido parangón en nuestra historia. ¿Cuáles son entonces los argumentos históricos que hace aplicar la fórmula conservadora a la crisis institucional de 1973

En un terreno en que hasta hoy siguen abiertas las heridas, en principio parece difícil encontrar algún criterio que una los análisis de uno y otro lado. Justamente ese ha sido el objetivo de la Comisión de Verdad y Reconciliación y de las mesas de diálogo implementadas recientemente, sin haber logrado llegar a los “consensos” mínimos que permitan establecer una base de reconciliación sólida y verdadera. No obstante, después de hacer un recorrido por la literatura que ha buscado y que sigue buscando explicar las causas de la caída del Gobierno de la Unidad Popular, creo que sí existen elementos comunes entre todos estos estudios. Existe un acuerdo entre los principales analistas, una especie de “consenso histórico” en la responsabilidad que le cupo en la crisis institucional al que era secretario general del Partido Socialista en aquella época: Carlos Altamirano. Las críticas concuerdan en verlo como el principal líder del ultrismo de izquierda que mediante su discurso ideologizado y revolucionario se transformó en un factor determinante en el desenlace de la crisis que vivió Chile en el año 1973. En él se representaría la evolución de una izquierda chilena marcada por la revolución cubana y por la supuesta adopción del marxismo - leninismo como postulado ideológico central.

Trataremos de sistematizar los juicios históricos sobre él manifestados. A través de las críticas a Altamirano, se evidencia la presencia ni más ni menos que la propuesta ideológica de la historiografía conservadora en la crisis institucional de 1973. No deja de llamar la atención que el grado de drasticidad de estos análisis solo tienen parangón con los vertidos a Francisco de Bilbao, personaje que como ya vimos resulta ser clave para la estructuración del pensamiento conservador.

Tres son las afirmaciones que unen a todos estos juicios elaborados sobre el rol que le cupo a Carlos Altamirano. Primero: A través de su discurso se estructuró una vía paralela a la oficial, que se impuso; desplazando, según Arriagada²⁸; o bien deslegitimó a la posición del Gobierno de la Unidad Popular, según Bitar²⁹ y Moulían³⁰.

Esta “segunda vía”, al decir de los analistas que han caracterizado la crisis de 1973, se distinguió por considerar que la confrontación era “inevitable”, por su apuesta carente de todo realismo, fantástica, radical, por su negativa al diálogo, por su estilo verbalista, demagógico, confiado en la fuerza que generaría en el llamado “poder popular”. Todos coinciden en ubicar a este sector en el seno de los partidos de Gobierno. De esta manera condicionaba la capacidad de negociación del Gobierno y mediante su discursiva extremista establecían una relación, como lo indica el *Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación*, con el MIR y otros grupos marginales a la “vía chilena”³¹.

²⁸ ARRIAGADA, Genaro, *De la vía chilena a la vía insurreccional*, Editorial del Pacífico (Santiago, 1974).

²⁹ BITAR, Sergio, *Transición, Socialismo y democracia: la experiencia chilena*, Siglo XXI (México, 1979).

³⁰ MOULIÁN, Tomás, *La crisis de la democracia en Chile, antecedentes y causas*, M. Tagle (ed.), Editorial Universitaria (Santiago, 1992).

³¹ COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, 1991).

Al hablar de una tendencia, ¿cómo podemos pretender relacionar estos juicios con la acción de un solo dirigente, Carlos Altamirano? La respuesta se encuentra justamente en quienes pretenden no solo hacer un análisis general de la crisis de 1973, sino dar cuenta de los procesos políticos que se vivieron a través de la relación de fuentes primarias. La única manera de reconstruir esta “segunda vía”, como le sucede a Genaro Arriagada, es a través del discurso y actuación de Carlos Altamirano. Su liderazgo político es, en definitiva, lo que se describe al hablar de esta segunda tendencia al interior de la Unidad Popular³².

La segunda idea presente en los juicios analizados se refiere al tipo de discurso que desarrolla esta tendencia, que identificamos con Altamirano. Luego de reconocer la existencia de esta “segunda vía”, en ese mismo instante, se le resta toda coherencia y significación. Fue solo un “discurso” y no una propuesta alternativa, una simple reacción al momento político. Estos juicios concuerdan en concluir que la visión fatalista no era capaz de sostenerse como proyecto de sociedad³³.

Sergio Bitar la califica como un simple “impulso”, una “actitud extremista” alejada de la realidad³⁴. Tomás Moulian la describe como infantil, que “existía sólo a nivel de las palabras”³⁵. El *Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación* lo ve como un simple discurso construido por frases comunes. Tan poco valor tendría, que ninguno de estos juicios históricos profundizan en su propuesta. La “segunda vía” fue a tal punto “irracional”, “carente de sentido común”, que no merece mayor atención en cuanto a su contenido³⁶.

El tercer paso lógico pretende resolver una aparente contradicción existente en los dos primeros juicios. ¿Cómo un grupo minoritario e incoherente logró imponer su discurso, no solo en el seno de la Unidad Popular, sino al propio Gobierno? La respuesta está en el grado de influencia popular que generó este discurso. La palabrería de esta tendencia fatalista hizo perder legitimidad al Gobierno. Según la tesis más extrema, incluso, ve en su consolidación discursiva la razón de la crisis institucional³⁷. Existiría una relación directa, por tanto, entre masa y discurso fatalista. De esta manera la idea de que el discurso de Altamirano generó efectos en el pueblo está presente de manera reiterada en los analistas de este período.

Incluso, se hace presente en la visión de la crisis que elabora Augusto Pinochet. Hasta este momento la identificación entre Altamirano y el discurso fatalista esta dada por su calidad de secretario general del Partido Socialista y único vocero de esta colectividad. Para todo el resto de los autores es más bien el tipo de discurso lo que generaría efecto en la masa, más que un carisma personal del personaje en cuestión. No obstante, para Pinochet esto no es así. La conexión entre las cúpulas de los partidos políticos y el pueblo tienen un carácter autónomo, que va más allá del trabajo de las “maquinarias partidarias”. Altamirano en su calidad de secretario general del Partido Socialista gozaría, por tanto, de este nivel de influencia, de una suerte de autonomía. La legitimidad arrancararía de algo diferente a la estructura burocrática que lo llevó al poder. Incluso, Pinochet habla de una oligarquía política que controla a las estructuras partidarias y que se mantiene en el poder no importando la voluntad de la militancia. Pero esta autonomía también se entendería en el hecho de que la relación entre

³² ARRIAGADA, cit. (n. 28).

³³ MOULIAN, cit. (n. 30), p. 252.

³⁴ BITAR, cit. (n. 29), p. 18.

³⁵ MOULIAN, cit. (n. 30), p. 252.

³⁶ *Informe de la Comisión...*, cit. (n. 31), p. 40.

³⁷ *Idem*.

este tipo de líder no pasa por la maquinaria partidaria, sino se conecta directamente con el pueblo mediante su discursiva³⁸.

Pinochet nos demuestra que no tiene sentido distinguir entre discurso y líder, son un solo ente indivisible. El elemento que genera la legitimidad es, por tanto, el carisma que el mismo provoca con sus palabras. No importando si un colectivo las haya inventado, ni con qué objetivo. Basta que las palabras sean difundidas por un determinado líder para que adquieran vida propia, determinadas por el tiempo y circunstancia en que fueron emitidas. Como plantea Jaime Guzmán, el acto más peligroso y que requiere ser sancionado, es justamente la difusión de las ideas políticas, cuando la palabra se une al líder para provocar efectos en el pueblo.

Pero ¿qué buscaba provocar este discurso? Su objetivo, según los autores analizados, fue simplemente generar efervescencia popular. Esto explica la adaptación extrema que se hace de la realidad, según Bitar. No se perseguía consolidar una serie de medidas propuestas en el Programa de la Unidad Popular. Esto requería otra actitud, más tranquila y ponderada, si el verdadero objetivo era el cumplimiento del Programa. Pero esto no ocurrió. El discurso fue cada vez más extremo, repercutiendo, de esta forma, en el proyecto de Gobierno propuesto por el presidente Allende³⁹.

Por tanto, no es necesario profundizar en la dimensión práctica que originó la propuesta fatalista, pues esta no existió. De aquí que el contenido de este discurso no importe, solo las consecuencias que este produjo en el pueblo.

Queda claro por qué luego de ser considerada una vía alternativa a la oficial, al mismo tiempo, este estatus se le es negado y no se profundiza en las bases efectivas de este discurso. Importa solo en cuanto a sus efectos. En buenas cuentas, esta relación líder-masa es vista como algo irracional, insentido, a lo más algo que responde a un contexto cultural e histórico, dicho en otras palabras: a una demencia temporal. Las consecuencias de esta última afirmación ya fueron señaladas al hablar de la escuela conservadora. Detrás de las críticas al líder carismático o a un particular tipo de discurso que identificaría este tipo de líder, variante esta última de los análisis a la crisis de 1973, está la desconfianza en el discernimiento popular.

PARALELO ENTRE LOS DOS JUICIOS

La visión fatalista de la voluntad popular es el objetivo central de la historiografía conservadora. En la búsqueda de dicha conclusión se estructura todo el razonamiento de esta escuela. Pero a partir del juicio a Carlos Altamirano, podemos ver otros subobjetivos evidentes en sus críticas. Si bien el juicio a Bilbao nos permite entender la lógica del análisis conservador, el juicio a Altamirano nos revela con mayor profundidad la faz ideológica de la argumentación, haciendo visible características que antes se encontraban latentes.

Un plano que permanece oculto, en los juicios a Bilbao, es el carácter individual de las críticas. El que este juicio se dirija a individuos determinados, permitió mediante su representación de personas de naturaleza sobreexcitada, carentes de sentido común, descalificar al pueblo. Esto lo hemos conectado más con lo drástico de los análisis que con su dimensión individual. Ahora quisiera tratar esta última faceta.

³⁸ PINOCHET, Augusto, *Política, politiquería y demagogia*, Editorial Renacimiento (Santiago, 1983).

³⁹ BITAR, cit. (n. 29).

Al destacar las características particulares de los igualitarios, la escuela conservadora dejó de lado –me refiero en lo que concierne exclusivamente al juicio histórico– al grupo político al cual pertenecían estos líderes. Como ya he dicho anteriormente, ni Edwards ni Eyzaguirre, profundizan en una crítica a los postulados liberales defendidos por los igualitarios, no los toman en cuenta. Tampoco se interiorizan de la dinámica colectiva de dicho grupo, cómo funcionaban, su aporte parlamentario, entre otras cosas.

El hecho de que Bilbao y Arcos sean sindicados como responsable del caos social y político, salva de algún modo al resto de la elite dirigente que participó de su proyecto político. Siempre puede haber alguno de los dirigentes que después de un tiempo de cárcel o exilio, esté dispuesto a dialogar y a reorientar a sus partidarios hacia una propuesta menos conflictiva, como de hecho ocurrió. Centrar la crítica en dos personajes, que en definitiva se fueron de Chile, parece más conveniente que culpar de la crisis a toda una colectividad. Esto, claro, no opera respecto del pueblo, el cual, requiere de una preocupación constante para que no se desoriente nuevamente.

En los juicios a Carlos Altamirano ocurre algo curioso. En un primer momento es visto como un engranaje más en la maquinaria de la Unidad Popular, la que según el *Libro Blanco*⁴⁰, se encaminaba a la realización de un autogolpe. Con el transcurso del tiempo, mientras la idea del autogolpe es dejada de lado y las críticas al Gobierno de Allende tienden a ser puramente políticas, los juicios a Altamirano, lejos de disminuir, aumentan. Termina sindicado, él o su discurso, como el gran responsable de la crisis institucional. El carácter individual del juicio a Altamirano alcanza su expresión máxima al ser individualizado como promotor del enfrentamiento armado en el *Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación* (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación)⁴¹. En el contexto de que la resolución que crea dicha Comisión prohíbe expresamente establecer responsabilidades individuales, no obstante, él aparece mencionado. Patricia Politzer llega a decir: “Mirando hacia atrás más de alguien ha tenido la sensación –si no la idea– que vivíamos en un país cuerdo y tranquilo hasta que llegó Carlos Altamirano a desestabilizar nuestra democracia”⁴².

El propio Carlos Altamirano al hablar sobre los juicios a su persona, comenta: “Qué terrible y fascinante al mismo tiempo, es la capacidad de la vieja clase dominante chilena para transformar su verdad en sentido común (...) la provocación constante, la invocación obsesiva al caos económico y diez mil hechos más de esa naturaleza no valen nada. Lo que sí es definitivo es un discurso – se refiere al pronunciado el 9 de septiembre de 1973 en el Estadio Chile – y que ese discurso haya sido dicho por Altamirano Orrego. Esto se transforma, por arte de magia, en el problema central y único, y con ello todo lo demás: crímenes, terrorismo, invitación descartada a la subversión, pasa a segundo plano y se pierde en la noche de los tiempos”⁴³.

⁴⁰ Con posterioridad al 11 de septiembre de 1973 nuevas evidencias presentadas en un informe oficial, que lleva el nombre de *Libro Blanco*, revelarían la existencia de un complejo plan destinado a dar muerte a un conjunto de altos oficiales de las Fuerzas Armadas. Se establecían tres niveles de acción: la preparación de grupos paramilitares (se utilizaría, incluso, la propia residencia del presidente Allende para la capacitación de estos “grupos”); la infiltración de los institutos armados (labor que correspondería entre otros a Carlos Altamirano); y finalmente, la puesta en práctica de un autogolpe a realizarse el 18 y 19 de septiembre. Desde el punto de vista “delictual”, este juicio es el más severo que comprometió al líder socialista, ya que lo sitúa en el plano de la sedición y la conspiración. Aunque desde el plano de la responsabilidad política, es considerado solo como parte de una maquinaria encabezada por el presidente Allende.

⁴¹ *Informe de la Comisión...*, cit. (n. 31), p. 35.

⁴² POLITZER, Patricia, *Altamirano*, Melquiades (Santiago, 1990), p. 120.

⁴³ *Idem*, p. 129.

Esta evolución en el carácter individual de la crítica a Carlos Altamirano comprueba su conexión con la responsabilidad colectiva del resto de los partidarios de la Unidad Popular. Mientras más se enfatice la dimensión individual, menor es la importancia que cobra el proyecto político y la participación colectiva. Esta función exculpante queda claramente demostrada en el análisis de Sergio Bitar, subsecretario de Hacienda del Gobierno de Allende. Este autor pretende explicar el fracaso del programa de la Unidad Popular por la acción de lo que él llama tendencia fatalista. Quiere hacernos creer que un programa que se plantea como meta ganar “todo el poder para el pueblo” era viable. Aún más, que el verdadero y principal escollo para hacerlo efectivo –según él– fueron simplemente los grupos extremistas presentes al interior del Gobierno y no lo radical del proyecto.

Así podemos concluir que el subobjetivo que nace del carácter individual de los juicios, es el de liberar de responsabilidad a quienes hayan participado en el proyecto político del líder carismático. Altamirano da cuenta de esta situación al decir: “Cuántos que me avivaron la cueca hoy son mis peores detractores. Cuántos que me hicieron antesala, horas de horas para lograr un carguito o de una miserable candidatura, aunque fuera de regidor, hoy son mis más implacables denunciadores (...) ahora sólo soy yo el responsable de todo. Lo demás se esfumó en el tiempo, desapareció como arte de magia”⁴⁴.

El otro objetivo del juicio conservador, que no se manifiesta claramente en la crítica a Bilbao, es su visión negativa del papel político que cumple la palabra. La escuela conservadora niega la posibilidad del contacto entre pueblo y proyecto liberal. Para ellos solo existía una conexión con los líderes liberales, no con el proyecto político. Esta relación se ve como irracional e inconsciente. De ahí que se construya un discurso pesimista sobre el discernimiento popular y no se intente profundizar en una crítica a su proyecto de contenido. A partir de esta suerte de indiferencia con la propuesta liberal, es que podemos comenzar a entender el rol que los conservadores asignan a la dimensión discursiva.

En el caso de los análisis a la crisis de 1973, hemos visto que los juicios describen una tendencia alternativa al interior del Gobierno de la Unidad Popular. Esta segunda vía se reconoce por un discurso, el cual en la práctica es una manera indirecta de llegar a Carlos Altamirano. El hecho que el juicio se establezca más al plano de “difusor ideológico” –como diría Jaime Guzmán– que a un nivel personal, pone en evidencia este otro subobjetivo del pensamiento conservador: desacreditar el discurso ideologizante como herramienta de acción política.

En estos análisis, Altamirano es atacado por ser promotor de una alternativa violenta contraria a la vía oficial. Moulian y Bitar profundizan esta crítica, concluyendo que esta segunda vía no tenía una propuesta práctica. Por tanto, más que desplazar a la “vía chilena”, la tendencia fatalista solo le restó legitimidad al Gobierno. Detrás del discurso había un proyecto fantasioso, que no descansaba sobre bases sólidas. Esto es lo que rechazan dichos autores más que su carácter alternativo. Argumentan que un discurso no puede sostenerse solo en palabras. Estas últimas, por sí solas generarían un efecto negativo, desorientarían al pueblo.

La discursiva ideologizada necesariamente sería tributaria de medidas concretas. Si se les desvincula de la realidad, la palabra se transforma en una herramienta de pasiones primarias. Se sale de la política para entrar en el terreno de la demagogia. Este salto fantasioso, es lo que realiza el líder carismático en su búsqueda por satisfacer deseos inconscientes e irracionales. De ahí que

⁴⁴ *Idem*, pp. 37 y 45.

se formule un juicio individual al líder, ya que para entrar en esta dimensión irreal se necesita un alejamiento del proyecto colectivo.

En definitiva, se le resta valor al papel político que las palabras tendrían por sí mismas. Se niega la posibilidad que a través del discurso el pueblo tenga la capacidad –por sí solo– de discernir lo bueno y lo malo, de determinar cuánto tiene de factible un proyecto político. Por tanto, si pretendemos plantearnos en el terreno puramente discursivo, según este análisis, tenemos que tener claro que no vamos a despertar al ser racional que vive en el pueblo. El discurso del líder carismático sale, a través de esta visión, del terreno del ideólogo, del pensador, para ser más propiamente ubicado en el análisis del sociólogo, publicista o del experto en *marketing*.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La Constitución de 1980 no solo recoge una de las reflexiones más acabadas sobre la evolución de nuestras instituciones, como lo es el que surge de nuestra historiografía, sino que su propuesta tiene como antecedentes un consenso en los análisis que han reflexionado sobre la crisis de 1973.

Incluso, frente a la acusación que desde la perspectiva del derecho comparado se le hace de anacrónica, por ir contra la tendencia liberalizadora de los restantes órdenes constitucionales del mundo occidental, sus partidarios pueden argumentar que el derecho está inserto en un contexto histórico y político más amplio que el meramente positivo o legal. Dejar de lado una reflexión tan asentada como la historiográfica, que casi majaderamente da cuenta de una tendencia negativa del discernimiento popular, parece y de hecho le pareció a la misión Ortúzar una actitud irresponsable. Todo esto, nos permite afirmar que la Constitución de 1980 no es, como hasta el momento se ha planteado por sus detractores, una pura fórmula de prolongarse en el poder por parte del mundo militar. Detrás de ella existe un intento serio de incorporar las lecciones que nos ha dado la historia y de no volver a cometer los mismos errores del pasado.

Por otro lado, las modificaciones introducidas en la Constitución se han orientado solo a una faceta de la dimensión conservadora de la Constitución, referida a la generación de autoridades como el término de los senadores designados, la subordinación de la Fuerzas Armadas y de Orden al poder civil, entre otras. No obstante, no se hace cargo de la idea de nación que se desprende en todo el texto constitucional. Sin duda ese es un debate pendiente y relevante para avanzar en una Carta Fundamental que sea expresión de la sociedad chilena en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRANO, Carlos, *Dialéctica de una derrota*, Siglo Veintiuno (México, 1977).
- ARRIAGADA, Genaro y otros, *Seguridad Nacional y Bien Común*, Talleres Gráfico Corporación Ltda. (Santiago, 1967).
- ARRIAGADA, Genaro, *De la vía chilena a la vía insurreccional*, Editorial del Pacífico (Santiago, 1974).
- BITAR, Sergio, *Transición, Socialismo y democracia: la experiencia chilena*, Siglo Veintiuno (México, 1979).
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, 1991).
- CRISTI, Renato y RUIZ, Carlos, *El pensamiento conservador en Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1992).
- EDWARDS, Alberto, *La fronda aristocrática*, Editorial Universitaria (Santiago, 1982).
- EYZAGUIRRE, Jaime, *Ideario y ruta de la emancipación en Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1957).
- GRUPO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Las críticas del grupo de los 24*, en *Revista APSI*, Dossier (Santiago, semana del 10 al 23 de Marzo, 1981).
- GUZMÁN, Jaime, *La Constitución Política*, en *Revista chilena de derecho* 6 (Santiago, 1979).
- JOCELYN-HOLT, Alfredo, *La independencia de Chile: Tradición, Modernización y Mito*, Mapfred (Madrid, 1992).
- JOCELYN-HOLT, Alfredo, *El Peso de la Noche. Nuestra frágil fortaleza histórica*, Planeta (Santiago, 1997).
- LARRAÍN, Rafael y NÚÑEZ, Leopoldo, *Protección de la Democracia*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1984).
- MOULIAN, Tomás, *La crisis de la democracia en Chile, antecedentes y causas*, M. TAGLE (edit.), Editorial Universitaria (Santiago, 1992).
- MOULIAN, Tomás, *La forja de ilusiones, el sistema de partidos políticos entre 1932-1973*, Universidad ARCI/FLACSO (Santiago, 1993).
- ORTÚZAR, Enrique, *Antecedentes de la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho* 8 (1-4), (Santiago, 1981).
- PINOCHET, Augusto, *Política, politiquería y demagogia*, Editorial Renacimiento (Santiago, 1983).
- POLITZER, Patricia, ALTAMIRANO, Melquíades (Santiago, 1990).
- ROSENN, Keith S., *Soberanía y participación política en la Constitución de 1980*, R. GUMUCIO y F. GEISSE (eds.), en *Elecciones libre y plebiscito, el desafío democrático*, Ediciones Chile y América – CESOC (Santiago, 1987).
- SANHUEZA, Manuel, *Análisis crítico a la Constitución de 1925 y 1980*, J. POLANCO y A. M. TORRES (eds.), en *Una salida político constitucional para Chile*, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (Santiago, 1985).
- WALKER, Ignacio, *Socialismo y Democracia, Chile y Europa en perspectivas comparada*, CIEPLAN -HACHETTE (Santiago, 1990).

DERECHOS HUMANOS

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ESCLAVITUD O SALVACIÓN DEL SER HUMANO

JUAN PABLO SERRANO FRATTALI*

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis de lo que significa la libertad de expresión, el desempeño de los medios de comunicación en la democracia y el papel de la tecnología en la libertad de expresión e información, desde la imprenta hasta nuestros días la tecnología y los grandes avances en especial la revolución que constituye internet han llevado de la mano a la libertad de expresión e información muy lejos, el derecho a la libertad de expresión camina al mismo paso de la tecnología y en especial el acceso de los seres humanos a estas.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, libertad, libertad de expresión, desplazamiento forzado, Colombia.

ABSTRACT

This article aims to make an analysis of what means freedom of expression, the role of media in democracy and the role of technology on freedom of expression and information, from the press until the present day technology and the breakthroughs in particular the internet revolution have taken in hand to freedom of expression and information far away, the right to freedom of expression walking at the same step technology and in particular the access of human beings to theme.

KEY WORDS: Human rights, freedom, freedom of expression, forced displacement, Colombia.

“No estoy de acuerdo con lo que dices, pero defenderé con mi vida tu derecho a decirlo”.

Voltaire.

La libertad de expresión, contrario a lo que muchos piensan, no es un tema nuevo; frases magistrales como la pronunciada por Demóstenes cuando afirmaba que no podía caer sobre un pueblo peor desgracia que la “privación de la libertad de palabra”, ya reflejan el

* Abogado de la Universidad Santo Tomás, Colombia. Máster en Mediación Intercultural y Participación Ciudadana de la Universidad de Valencia, España. Cofundador y Presidente de ONG “Liderazgo para la Paz”, Bucaramanga, Colombia. Correo electrónico, juanfrattali@yahoo.it

valor de la libertad de expresión en tiempos anteriores, por lo que antes de decir que es una necesidad de las sociedades, podemos afirmar que es una necesidad intrínseca al alma del ser humano.

Sin lugar a dudas si existe un derecho fundamental *sine qua non* se pueden promocionar, aplicar y defender por los siglos de los siglos; todos los derechos humanos y el normal desarrollo de las verdaderas democracias es precisamente el derecho a la libertad de expresión. Es un derecho humano fundamental que se encuentra claramente protegido por importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el artículo 19 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el artículo 13 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, el artículo 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el artículo IV de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, el artículo 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el artículo 9 de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, así como el artículo 10 de la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, entre otros importantes instrumentos jurídicos internacionales.

De igual forma es un imperativo su consagración en los diversos ordenamientos jurídicos internos, la Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 20 lo siguiente: “Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. / Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

Es un derecho humano fundamental con una fuerte incidencia en todos los campos, políticos, sociales y económicos en la vida de las naciones, resulta evidente que el abuso contra los seres humanos y las violaciones constantes a sus derechos humanos se hacen más graves cuando los mismos no tienen la posibilidad de denunciar lo que está sucediendo.

La democracia tomada en *strictu sensu* es una palabra formada de μ = (*demos* = pueblo) y (*krátos* = gobierno), es decir “el gobierno del pueblo”.

Podemos afirmar que la democracia no sería lo mismo sin la oportunidad de que los ciudadanos puedan expresar, divulgar, difundir, recibir, cuestionar y denunciar las diversas opiniones e informaciones.

Como afirmó el director general de la UNESCO, Koichiro Matsuura, en su mensaje con motivo del Día Mundial de la Libertad de Prensa: Es preciso “entender que la existencia de medios de comunicación libres e independientes es una dimensión básica de la lucha por erradicar la pobreza [uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio adoptados por la comunidad internacional en el año 2000], y ello por dos razones: en primer lugar, los medios libres e independientes constituyen un vehículo para compartir información susceptible de facilitar el buen gobierno, generar oportunidades de acceso a servicios esenciales, promover la responsabilidad, combatir la corrupción y fortalecer la relación entre cargos elegidos responsables y una ciudadanía informada, crítica y participativa. / En segundo lugar –agrega el Director General– los medios libres e independientes aportan una serie de ‘bienes’ o beneficios que son de gran utilidad en la lucha por erradicar la pobreza, en particular el reconocimiento y fortalecimiento de derechos humanos básicos, el refuerzo de la sociedad civil, las transformaciones institucionales, la transparencia política, el apoyo a la educación, la sensibilización en cuestiones de salud pública (por ejemplo con campañas pedagógicas sobre el VIH y el SIDA) y el acceso a medios de vida sostenibles. Hay también una estrecha

correlación entre la libertad de expresión y un mayor nivel de renta, una menor mortalidad infantil y un mayor número de adultos alfabetizados” (UNESCO 2010). Portal UNESCO, en: www.unesco.org/es. Consultado el 2 de febrero del 2010).

Es evidente que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Hoy por hoy ese viejo sentimiento tan intrínseco al ser humano de expresar lo que siente, se mezcla de forma directa con un componente muy nuevo, el cual se denomina la tecnología, esta ha ejercido un rol protagónico en el desarrollo de la libertad de expresión.

El papel de la tecnología en la libertad de expresión e información indudablemente es de gran trascendencia, desde la imprenta hasta nuestros días la tecnología, en especial la revolución que constituye *internet*, han llevado de la mano a la libertad de expresión e información muy lejos. En mi opinión el derecho a la libertad de expresión camina al mismo paso de la tecnología y en especial el acceso de los seres humanos a estas. Un ejemplo diáfano de esta situación es el avance presentado en Finlandia en donde desde el 2010 *internet* es un derecho constitucional, lo que significa que el Estado les dará conexión a las personas que no posean y está dirigida a lograr el acceso web a las zonas rurales, donde el acceso ha sido limitado (<http://www.biginfinland.com/?p=1449> capturado el 7 de septiembre de 2011).

Esta medida entró en vigencia desde julio de 2010 y, como mínimo, la conexión debe tener una velocidad de 1Mbps, pero esto es solo una medida transitoria ya que, supuestamente, para el año 2015 pretenden llegar a tener 100Mbps.

Las compañías de telecomunicaciones finlandesas deberán proveer conexiones de *internet* que superen el *megabit* por segundo a sus 5.2 millones de habitantes si no quieren estar atentando contra los derechos humanos. Convirtiéndose de esta manera Finlandia en el primer país del mundo en declarar el acceso a *internet* de banda ancha un derecho, esta legislación interna en Finlandia muy probablemente con el paso del tiempo se convertirá en tratados internacionales en derechos humanos en el planeta Tierra.

Para nadie es un secreto que *internet* se ha convertido en una ventana al mundo por donde se ven en esta cada vez más medios convencionales como la prensa y la televisión.

De todo lo anterior podemos deducir una regla: sin la oportunidad de un acceso total de todos y cada uno de los habitantes del mundo a *internet* el derecho a la libertad de expresión se convierte en un derecho estéril, ¿de qué sirve la libertad de expresión si no conozco los medios para divulgarlos, y si no tengo los medios para escuchar a los demás?

Pese a que con el paso del tiempo millones y millones de seres humanos han podido acceder a *internet*, solo aproximadamente una cuarta parte del planeta Tierra tiene *internet*. El porcentaje de la población (penetración) tan solo fue en el año de 2009 del 24.7 por ciento. (ESTADÍSTICAS MUNDIALES DEL INTERNET (Usuarios del Internet y Población por Países y Regiones, <http://www.exitoelexportador.com/stats.htm>), consultado el 5 de febrero de 2010).

Si miramos detenidamente las estadísticas con frecuencia, los países con más acceso a *internet* son países del primer mundo, mientras que en los países subdesarrollados no se presenta con mucha frecuencia, por lo que la falta de tecnología entra a formar parte de las causas y consecuencias del subdesarrollo en los países en desarrollo y para el caso *sub*

examine debilita considerablemente la libertad de expresión y con ello la denuncia, reclamo y violaciones al derecho internacional de los derechos humanos.

Pro tempore los analfabetos del siglo XXI no serán aquellos que no sepan leer ni escribir, sino aquellos que desconozcan *internet*.

Todas estas garantías mencionadas anteriormente se ven consagradas *expressis verbis* en la *Convención Americana de Derechos Humanos* suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, cuando señala en su artículo 13 lo siguiente: “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Si bien es cierto el contundente carácter garantista que se observa en los diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, lo anterior no quiere decir en ningún momento que sea un derecho sin límites, ya que el ejercicio de este derecho presenta deberes y responsabilidades especiales; por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. En el presente caso podemos aplicar de manera clara aquel principio de Derecho romano inmutable en el tiempo y en el espacio, “*Abusus non est usus, sed corruptela*” (locución latina que equivale a que el abuso no es uso, sino corruptela).

Hoy en día a mi juicio este debe ser uno de los puntos más vigilados ya que como se ha demostrado los medios de comunicación ejercen un impacto profundo en las mentes de los seres humanos y máxime en los niños, es una verdad de apuño evidente por ella misma la gran cantidad de tiempo que un menor ve televisión, por ejemplo un típico niño de 2 a 11 años mira 1.197 minutos por semana Televisión (http://www.poraccioncatolica.com.ar/tv/tv_16).

htm), de igual forma otro estudio señala “Podemos decir, por lo tanto, que en el tiempo de los niños y adolescentes, en torno a un 15% se dedicaría al marco del tiempo escolar (escuela, trabajo personal y desplazamientos) y el 35% del tiempo a ver la televisión y al tiempo libre, conjuntamente” (<http://www.educacionenvalores.org/spip.php?article744>). Esta situación, sumada al hecho del sistema laboral en donde los padres por regla general trabajan todo el día, nos puede llevar a deducir que a un gran número de niños los está educando un televisor.

El contenido noticioso de los canales, la misión *per se* de los noticieros, la cual es la de informar, en muchas ocasiones se ve desviada por otros intereses, especialmente económicos y políticos, “Más allá de informar, educar y entretener, el papel de los medios de comunicación social en la sociedad capitalista actual, está enfocado a crear y afianzar de forma continua la ideología y una conducta de consumo en el espectador, aspecto que favorece a los que tienen hegemonía económica pues les genera capital (ganancias) para ampliar sus propiedades” (<http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n38/mherrer.html>, capturado el 7 de septiembre de 2011 Este escenario económico convierte inevitablemente al medio de comunicación en un actor protagónico del mercado afectando en ocasiones su principal compromiso con la verdad.

En lo que respecta al plano político, los medios de comunicación pueden ayudar a consolidar gobiernos, o todo lo contrario, a desmontarlos: “En *Teoría de la democracia*, Giovanni Sartori afirma que, en las democracias actuales, el papel principal en la formación de la opinión pública lo desempeñan los medios de comunicación. Ciertas nociones, como la de selección de noticias, establecimiento del orden de prioridades y términos de referencia en la transmisión de noticias (*Agenda-Setting*), de la función de custodia para evitar la corrupción y el abuso, y otras similares, se aplican fundamentalmente a la actuación de los medios de comunicación y su impacto. El mundo es –para el público en general– el mensaje de los medios de comunicación”. (<http://www.ciudadpolitica.com/modules/news/article.php?storyid=249>). El tener la facultad de decidir la agenda pueden *ad libitum* decidir qué asuntos son importantes para sus intereses y cuales no.

Un ejemplo que se puede aplicar *mutatis mutandi* es el caso de Colombia en donde se presenta uno de los conflictos más alarmantes y degradantes no solo del hemisferio occidental, sino en el mundo entero, desde hace más de medio siglo, un antecedente fundamental lo constituyó el periodo conocido como el de la violencia caracterizado por la fuerte pugna entre el año de 1947 y 1953 entre los liberales y conservadores; como respuesta a la agresión oficial surgieron grupos guerrilleros de origen comunista y liberal que se autodenominaban autodefensas campesinas, posteriormente para la década de los años 60, de esta manera surgieron las FARC, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, ELN Ejército de Liberación Nacional y EPL Ejército Popular de Liberación. En respuesta, el Estado impulsó la creación y la legalización de grupos de autodefensa, estos grupos se denominan paramilitares; muchos de estos grupos, tanto de izquierda como de derecha, con el tiempo se dedicaron a realizar otras actividades como narcotráfico y algunos negocios.

El escenario de violencia en Colombia representa un conflicto *sui generis* por la excesiva prolongación, en buena medida por la producción y comercialización de drogas ilícitas, en donde todos los actores del conflicto armado están comprometidos y relacionados muchos con el narcotráfico como una fuente de recursos financieros. El narcotráfico ha permeado muchos sectores de la sociedad colombiana, guerrillas y paramilitares se financian en buena parte, y un sinnúmero de políticos han llegado al poder con la ayuda de narcotraficantes

y paramilitares (guerrilla), y una buena parte de la sociedad civil que aunque sea inocente labora con narcotraficantes.

Una de las consecuencias más dramáticas es el criminal fenómeno migratorio del desplazamiento forzado y asilo. Según la información registrada en el The Internal Displacement Monitoring Centre, el conflicto interno armado colombiano se refiere al desplazamiento forzado y el asilo hasta el mes de junio de 2008 más de 2.649.139 según las cifras del gobierno y 4.361.355 personas de acuerdo a cifras de no gubernamentales.

Todas las partes en el conflicto, grupos guerrilleros, grupos paramilitares y las mismas fuerzas del Estado colombiano, son responsables del crimen, del desplazamiento forzado y de las violaciones y abusos de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario (*Internal Displacement monitoring centre, Colombia: Rate of new displacement highest in two decades, 17 october 2008*, ([http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/\(httpCountrySummaries\)/9C2092EE0B520D23C12574E2002AEA0C?OpenDocument&count=10000](http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/(httpCountrySummaries)/9C2092EE0B520D23C12574E2002AEA0C?OpenDocument&count=10000)))

Estos dramáticos escenarios especialmente presentes en la población más indefensa, han producido un fuerte movimiento migratorio. Colombia se ha convertido en un país expulsor, cada vez y con más frecuencia los términos Inmigrantes, Inmigrantes económicos, Desplazados Internos, Refugiados y Solicitantes de asilo están presentes y anclados en la triste realidad nacional, si la situación *per se* que sufre el inmigrante en general ya es de por sí difícil, ya que está contenida de dramáticos efectos psicosociales al dejar su país para buscar una mejor calidad de vida, qué decir de los desplazados y refugiados que deben partir para salvar sus vidas.

La respuesta dada por los medios de comunicación al tema de los desplazados internos y a los refugiados colombianos es humillante. Por un lado, los medios de comunicación colombianos actúan con la más profunda indiferencia, dándole prioridad en las ediciones habituales de los noticieros a deportes, reinas y farándula, que a la dramática situación de millones de víctimas, reflejando una indiferencia criminal contra su mismo pueblo; por otra parte los medios de comunicación europeos llaman de manera muy maquiavélica a la estigmatización y rechazo de los refugiados, contribuyendo indiscutiblemente al aumento de la hostilidad, como la declaración del diario británico *The Sun* en donde señaló: “Hay que pagar un alto precio por el caos de una política de asilo de puertas abiertas”.

Es inhumano que a noticias tan importantes se les dedique en un noticiero tan solo unos pocos minutos, mientras que en la misma edición del noticiero le dediquen más de un cuarto de hora a noticias de reinas y deportes, al igual que siglos atrás se enfocan en *panem et circum* desconociendo e ignorando por completo a la cultura de derechos humanos y el respeto a la dignidad humana que debe existir en el siglo XXI. Esos noticieros son una ofensa contra las personas que mueren de hambre, contra los que padecen hambre, contra los millones de desplazados y refugiados, contra los pobres, contra los analfabetos y en general contra todas las víctimas del mundo de ayer, de hoy, y Dios quiera no de siempre.

El autor Carlos Soria de manera magistral señaló lo siguiente: “La legitimidad de las empresas informativas y de los informadores –su identidad– tiene una estrecha relación con el deber profesional de informar. En este sentido, puede decirse que la información no es el puro ejercicio de una libertad individual, ni un objeto susceptible de apropiación a través del

derecho de propiedad, ni tampoco un poder. La información es, antes que nada y sobre todo, un deber”¹.

Los medios de comunicación en ocasiones se convierten en *facientes veritatem* (hacedores de la verdad), pero de su verdad, las noticias; no deben ser noticias porque sean creadas por los intereses de los propietarios de los medios, sino porque obedece a una lógica y a un juicio sincero y ético de valor.

Se puede afirmar que en ocasiones el escritor Eduardo Galeano tenía razón cuando afirma sobre los medios de comunicación: “Nunca antes tan pocos engañaron tanto a tantos”.

El mismo Carlos Soria en su artículo citado señala: “No hay nada más inhumano que despreocuparse de la suerte del hombre. Hoy, más que nunca, ante el desafío de la etapa universalista de la información, todo empresario, todo periodista, debe saber antes que nada que de las personas interesa tanto lo que tienen, como lo que saben, como lo que son”.

Los medios de comunicación cumplen con funciones sociales muy importantes como las de informar y opinar públicamente, estas son funciones trascendentes máxime en escenarios de conflictos armados; diversos medios de comunicación se han convertido en verdaderos partidos políticos y lo que aun es peor, se convierten en cómplices de alguna de las partes en conflicto, apoyando a grupos criminales y ocasionando un silencio criminal frente a las conflictos que producen la muerte de millones de inocentes, convirtiéndose en verdaderos generadores de violencia.

Otra de las crueles realidades que a mi juicio afectan categóricamente el derecho a la libertad de expresión es el tema en el control de los medios de comunicación. Para nadie es un secreto que las grandes corporaciones a nivel mundial controlan la radio, prensa y televisión, al mismo tiempo que la música, el cine e *internet*. Constituye un hecho inequitativo que los medios de comunicación de todos estén concentrados en unas pocas familias; los gobiernos no han manejado las concesiones de permisos con un criterio democrático, que evite la conformación de monopolios y que contribuya a la participación más amplia de los ciudadanos en el uso de esos espacios públicos, todo lo contrario, en muchísimas ocasiones los gobiernos son elegidos gracias a la propaganda, los artificios y manipulación que los medios de comunicación ejercen sobre las mentes de los votantes. Una vez elegidos, los gobiernos forman con los medios de comunicación y con los grupos económicos una relación de protección en la que los gobiernos ayudan a seguir manteniendo los privilegios de los medios y los medios ayudan a seguir manteniendo los privilegios de los gobiernos.

Es una necesidad urgente la creación de una verdadera legislación que limite la monopolización, un avance jurídico debería ser que grupos económicos con diversas actividades no puedan tener medios de comunicación, con la excepción, claro está, que esos grupos sean de dedicación exclusiva a la comunicación; es una injusticia que algunas familias realicen una serie de actividades, incluidas la comunicación. En estos casos, estas familias convierten los medios de comunicación en un medio para sus intereses económicos; de igual forma es una necesidad urgente la creación de una legislación que tenga como propósito ayudar a los pequeños e independientes medios de comunicación.

Al mismo tiempo en que se cometen abusos por parte de los medios de comunicación, también se presenta que las condiciones en las que trabajan los periodistas en diversos lugares

¹ SORIA, Carlos, *Más allá del capitalismo informativo*, Lección Inaugural del Curso 1987-1988 de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad de Navarra, p. 13.

del mundo son bastante preocupantes, especialmente en México, Colombia, el Salvador, Perú y Guyana, donde se contemplan altísimos niveles de represión contra la libertad, amenazas, procesos judiciales, atentados, asesinatos, detenciones arbitrarias, censura, autocensura, manipulaciones por parte de los Estados, grupos armados y multinacionales de la información, llámese UPI, AP, FP y Reuters. Lo que constituye una clara y flagrante violación a la vida y al principio 9º de *La Declaración de principios sobre la libertad de expresión*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000 durante su 108º período ordinario de sesiones, cuando señala: “El asesinato, secuestro, persecuciones, intimidación, amenaza a los periodistas y defensores de los derechos humanos, sindicalistas y periodistas, así como la clasificación de la información, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una verdadera reparación integral”.

CONCLUSIÓN

Este importante derecho cuenta con instrumentos jurídicos nacionales e internacionales para su protección, pero en muchos casos so pretexto de su protección se cometen abusos, de igual forma su protección se hace muy dramática en los casos de estados de excepción y de conflictos armados tanto de orden interno como de orden externo. En muchos casos el derecho a la libertad de expresión se convierte para muchos en el pasaporte a la muerte.

La historia ha demostrado que esta libertad se ha usado tanto para bien como para mal, tanto para la guerra como para la paz; pero la libertad de expresión nos da la posibilidad a las sociedades y a los seres humanos de cambiar su historia, de exigir sus reivindicaciones.

Los seres humanos y los pueblos de todo el mundo tienen la libertad y la posibilidad de ayudar a cambiar sus vidas, está en los pueblos utilizar este derecho para bien y para dejar siempre presente que el fin no justifica los medios.

El espíritu de la ley de todas las legislaciones en materia de libertad de expresión debe ser indiscutiblemente en la implantación y fortalecimiento de medios de comunicación que contribuyan a promover una cultura de paz.

Se puede afirmar sin lugar a equivocarnos que si muchos de los cambios y revoluciones en el siglo XX se pretendieron implantar por las armas y con la sangre de seres humanos, en el siglo XXI todos los cambios se pueden hacer a través de la libertad de expresión, constituyéndose esta en el mejor arma para las transformaciones sociales, pacíficas y no violentas.

RESUMEN BIBLIOGRÁFICO

- http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=32741&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- <http://www.biginfinland.com/?p=1449> capturado el 7 de Septiembre de 2011
- ESTADÍSTICAS MUNDIALES DEL INTERNET (Usuarios de Internet y Población por Países y Regiones) <http://www.exitoeportador.com/stats.htm>
- http://www.poraccioncatolica.com.ar/tv/tv_16.htm
- <http://www.educacionenvalores.org/spip.php?article744>
- <http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n38/mherrera.html>
- <http://www.ciudadpolitica.com/modules/news/article.php?storyid=249>
- [http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/\(httpCountrySummaries\)/9C2092EE0B520D23C12574E2002AEA0C?OpenDocument&count=10000](http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/(httpCountrySummaries)/9C2092EE0B520D23C12574E2002AEA0C?OpenDocument&count=10000)
- SORIA, Carlos, *Más allá del capitalismo informativo*, Lección Inaugural del Curso 1987-1988 de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad de Navarra.

DERECHO CIVIL

EL SENTIDO DE LA LEY EN LOS ARTÍCULOS 19 Y 23 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO*

GONZALO FERNANDO RAMÍREZ ÁGUILA**
Universidad Arturo Prat

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivos principales exponer en forma breve y concentrada el desarrollo histórico de las fuentes de hermenéutica legal utilizadas por Andrés Bello, y que luego plasmó en el Código Civil, enfocado ello especialmente en el artículo 19 inciso 1 y artículo 23 segunda parte, ambos del Código Civil chileno y que contienen un principio fundamental de interpretación, en cuanto fijan el alcance del texto legal a su “genuino sentido”. Luego se expondrá el cómo esta frase (“sentido de la ley”) resulta relevante al momento de interpretar una norma legal.

PALABRAS CLAVE: Interpretación legal, hermenéutica jurídica, Código Civil chileno, Andrés Bello y el Código Civil, sentido de la ley.

ABSTRACT

The present work has as main objectives, and briefly explain the historical development of concentrated sources of legal hermeneutics used by Andrés Bello, and then captured in the Civil Code, it focused particularly on Article 19 paragraph 1 and Article 23 second part, both the Chilean Civil Code, which contain a basic principle of interpretation, it fixes the scope of the legal text to their “genuine sense”. Then expose how this phrase (“sense of the law”) is relevant when interpreting a statute.

KEY WORDS: *Legal interpretation, legal hermeneutics - Chilean Civil Code, Andrés Bello and the Civil Code, meaning of the act.*

* Este trabajo fue presentado a la instancia de evaluación del Curso Fenomenología de la Investigación, impartido por el Prof. Dr. Alejandro Guzmán Brito en el Programa de Doctorado en Derecho que el autor sigue en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, en octubre de 2011.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat, Iquique-Chile. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Arturo Prat. Doctorando en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo-e: gramirez@ryh.cl

I.- BREVE RELACIÓN HISTÓRICA RESPECTO DE LAS FUENTES DEL PARÁGRAFO CUARTO DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL, Y QUE DETERMINAN LA INTELIGENCIA DE LOS ARTÍCULOS 19 Y ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN AL CONCEPTO DE “SENTIDO DE LEY”

Uno de los grandes problemas que presenta la hermenéutica legal, es precisamente el poder determinar cuál es el verdadero “sentido de la ley”, cuestión que no resulta sencillo si no se tiene un conocimiento más o menos completo de las normas que Andrés Bello plasmó en el Código Civil, artículos 19 al 24, pero que incluso conociendo un panorama general del mismo, no se podrá obtener una adecuada interpretación si no se logra desentrañar un concepto que aparece siempre escondido en las reglas de interpretación y que generalmente, en los textos que se refieren a este tema, poco atienden, centrando sus miradas en los sistemas o métodos de interpretación. Precisamente, en el presente trabajo queremos exponer brevemente sobre esta frase que vincula fuertemente los artículos 19 inciso 1 con el artículo 23 segunda parte, del Código Civil; me refiero al concepto de “sentido de la ley”.

Ciertamente que el concepto de ley es conceptualmente difuso o vago en cuanto a su contenido. Es por ello que para efectuar un correcto proceso de interpretación, algunos autores sostienen que se debe distinguir en cuanto a su letra en primer término, luego examinar su sentido, luego su razón, para incluso explorar su intención³. Con todo, el determinar si la ley es un acto de razón o de voluntad, escapa al aspecto jurídico propiamente dicho, y debe ser extrapolado al campo filosófico o incluso, como algunos autores sostienen, al teológico.

Con todo, resulta interesante poder comprender y revisar las fuentes que tuvo Andrés Bello para poder redactar el párrafo 4 del Título Preliminar que denominó Interpretación de la ley, lo cual nos podrá orientar cómo Bello llegó a tal redacción:

1.- En primer lugar, Bello se inspiró en el Código Civil de Luisiana⁴, el cual fue promulgado en el año 1808, bajo el nombre de *Digeste des lois civiles*, revisado luego el año 1825. Brevemente podemos señalar que este Código tiene una fuerte influencia del derecho castellano y el indiano, atendido que este territorio fue adquirido por Estados Unidos, el 20 de diciembre de 1803, y pese a que se discutió durante los primeros años de posesión estadounidense si se seguiría aplicando la legislación castellana o se introduciría el *common law*, la Asamblea del Territorio de Orleans, en 1806, confirmó la aplicación de la ley castellana, a la cual estaban acostumbrados. Con todo, según opina Guzmán Brito, la versión que debe haber tenido Andrés Bello, para la elaboración de las reglas de hermenéutica legal, deben haber sido las del Código Civil del Estado de Luisiana de 1825, que es una revisión de la del año 1806.

Para la redacción de este proyecto del *Digeste des lois civiles*, el año 1806, el Consejo Legislativo y la Cámara de Representantes del Territorio de Orleans, encargaron a una comisión, conformada por James Brown y Louis Moreau-Lislet, la elaboración del mismo.

³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*, 2ª edición (Santiago, 2011), pp. 9-15.

⁴ GUZMÁN BRITO, cit. (n. 1).

Esta comisión tomó como fuente el *Livre préliminaire* del “*Projet de l’an VIII*” (1800), del Código Civil francés, el que luego fue reducido a solo 6 artículos, pero que proveyó de una importantísima materia prima para la elaboración del Código Civil de Luisiana y que, en cuanto a las normas de hermenéutica legal, se mantuvo incólume luego de las modificaciones y revisiones del año 1825 según se dijo.

2.- En segundo lugar, debemos considerar como fuente de estas normas de hermenéutica legal, al “*Projet de l’an VIII*” (1800), es decir, el texto preparado por la comisión designada por el Primer Cónsul Bonaparte para la elaboración de un proyecto de Código Civil, cuyo texto quedó finalizado el mismo año 1800 y fuere publicado el año 1801.

Con todo y como se adelantó, sabido es que en la revisión que se hizo del *Projet de l’an VIII*, su *Livre préliminaire* fue sustituido por un libro de menor volumen denominado *Titre préliminaire*, en donde prácticamente desaparecieron las reglas sobre interpretación, lo que mismo que casi todo otro contenido de él, con excepción de seis artículos que nada se refieren a la materia de hermenéutica legal.

3.- Luego y en tercer lugar, cabe señalar que el denominado título V del *Livre Préliminaire* del *Projet de l’an VIII*, que versaba precisamente sobre la interpretación y aplicación de las leyes, fue redactado, según cuenta Maleville⁵, uno de los miembros de la comisión que elaboró el proyecto, por Portalis, quien se habría basado e inspirado en un “*Livre des lois*” de Jean Domat (1625 - 1696) y a su tratado denominado *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

Con todo, y como afirma Guzmán Brito, el estudio de las normas sobre interpretación del proyecto del Código Civil francés del año VIII, exhibe una influencia de la doctrina de Robert-Joseph Pothier, aparte de la de Domat.

Así, hasta acá tenemos una perfecta triangulación entre el Código Civil de Luisiana, el *Projet de l’an VIII* y las obras de Domat, teniendo como fuente primaria entonces la obra de este último autor, quien inspiró a Portalis en la redacción del proyecto del Código Civil francés y que a pesar de ser eliminado en gran parte su Libro Preliminar, este fue tomado por la comisión que elaboró el Código Civil de Luisiana que luego fue objeto de estudio por parte de Bello.

4.- Con todo, las ideas de Domat, a su vez encuentran su fundamento en la dogmática medieval sobre hermenéutica legal, esto por cuanto, en su obra, cita texto del *Corpus iuris civilis*, como fundamento de sus conclusiones. De esta forma, se concluye que estas ideas tienen un sustrato de Derecho Romano, los cuales se encuentran en el *Digesto*, en forma desordenada⁶.

5.- En quinto lugar, debemos mencionar también como una fuente ya indirecta, los estudios que Andrés Bello desarrolló en el área del Derecho Internacional, en donde efectuó un estudio práctico de esta rama del derecho, habida consideración a que ejerció en diversas épocas el cargo de secretario en algunas legaciones hispanoamericanas ante la Corona inglesa,

⁵ MALEVILLE, Jacques, *Analyse raisonné de la discussion du Code Civil au Conseil d’Etat*, I (Paris 1807), p. 4, en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 1 (Santiago, 2004), pp. 39-68.

⁶ En este sentido, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 1).

lo que ciertamente despertó en él la necesidad de profundizar sus conocimientos en este derecho de gentes. Es más, estando ya en Chile su segundo empleo fue el de Oficial Mayor Auxiliar del Ministerio de Hacienda, el año 1829, para luego ser transferido el año siguiente al Ministerio de Relaciones Exteriores como secretario o consular. Luego, en el año 1834 pasó a ocupar el cargo de Oficial Mayor de la Cancillería, en donde permaneció hasta 1855.

Fue aquí donde cimentó las bases de lo que sería su libro titulado *Principios de Derecho de Jentes por A. B.* en el año 1832, el cual fue reeditado, revisado y ampliado en los años siguientes, pasando a llamarse posteriormente *Principios de Derecho Internacional*. Es en este libro donde Andrés Bello redacta como reglas las normas sobre hermenéutica legal, las cuales por cierto no son lejanas a las normas que luego plasmó en el Código Civil chileno.

En cuanto a las fuentes de este libro, podemos mencionar como principal a la obra de Emer de Vattel (1714-1767) y su obra *Droit des Gens ou principes de la loi naturelle* (1758). A su respecto, cabe señalar que Vattel fue discípulo de Christian Wolf (1679-1754), uno de los más célebres pensadores de la primera mitad del siglo XVIII, quien publicó en ocho tomos un *Jus naturae metodo scientifica pertractatum* y en un tomo el *Jus gentium*, en donde recogía dentro de sus apartados normas sobre interpretación de las leyes. Paralelamente, la obra de Vattel también se nutrió de otras fuentes como el *Jus naturae et gentium* (1672) de Samuel Pufendorf (1632-1694).

6.- Finalmente, y en cuanto a las fuentes de Wolf, encontraríamos a Pufendorf, pasando por Hugo Grotius (1583-1645) y su obra *De jure belli ac pacis* (1625) y por la ya clásica influencia de Francisco Suárez (1548-1617) sobre Grotius, mediante su obra *De legibus ac Deo legislatore* (1612).

No cabe duda que toda esta influencia, que fue recepcionada por Andrés Bello, lo llevó a la elaboración de este párrafo 4 del Libro Preliminar del Código Civil chileno, el cual cuenta con un notable aporte sobre las normas de interpretación de las leyes.

De todas las normas que recoge el párrafo 4 del título preliminar hemos querido centrarnos en dos disposiciones que establecen, a nuestro parecer, las normas sobre interpretación más relevantes y que, en la práctica, poco estudio tienen, siendo incluso olvidado por parte de jueces e intérpretes en general; nos referimos al artículo 19 inciso 2 y al artículo 23 del Código Civil chileno, específicamente al concepto de sentido de la ley, cuya determinación es fundamental al momento de entregar una adecuada extensión al concepto de tenor literal de ley.

II.- EL SENTIDO DE LA LEY EN LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 19 INCISO 1 Y 23 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Uno de los problemas que observamos cuando se quiere interpretar una norma legal, dice relación con la simplicidad con que el operador jurídico, en muchas ocasiones, aplica las normas de hermenéutica legal. En efecto, se suele dar una aplicación restrictiva al artículo 19 del Código Civil, en cuanto a interpretar la ley por su letra, sin apreciar que el referido artículo establece una palabra previa con un contenido altamente técnico, como lo es sentido. El artículo 19 inciso 1 expresa: Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Como afirma Fueyo Laneri, nuestro Código Civil se apartó del modelo francés, con el único objeto de establecer reglas que no coartaran al juez mediante reglas metódicas, sino que por el contrario, que se interpretara declarando la voluntad del legislador, siendo esta la médula del sistema reglado establecido en nuestro Código⁷.

La aplicación racional y lógica de los artículos 19, 20, 21 y 23, considerándolos como un todo, nos debiera arrojar el sentido claro de la ley, el cual si se conecta con tenor literal, nos permitirá dar por finalizado el proceso de interpretación. Sin embargo, este ejercicio no es sencillo. Ya Francisco Suárez señalaba que la razón de la ley no es el texto de la ley, ello por cuanto las leyes humanas establecen muchas cosas más por libre voluntad que por razón cierta, por lo que “no de todo lo que establecen las leyes se puede dar razón”.

Esta problemática es reconocida por Guzmán Brito⁸, quien extrae del artículo 23 del Código Civil al menos dos posibilidades que se enlazan por cierto con el artículo 19 inciso 1, en cuanto a que el sentido de la ley puede expresar que: a) el sentido del tenor literal de la ley puede ser más restringido que el sentido de la ley, ampliándose hasta hacerlo coincidir con el tenor literal; b) que el sentido del tenor literal sea más amplio que el sentido de la ley, restringiéndolo hasta hacerlo congruente con el tenor literal. En ambos casos se busca obtener el genuino sentido, mediante la extensión de la ley, lo que no implica por cierto una ampliación o restricción de la ley⁹.

Con todo, y como reconoce el mismo autor, existe una tercera posibilidad, que viene dada por una situación ideal, es decir, que el sentido del tenor literal concuerde perfectamente con el sentido de la ley, caso que, si bien no está expresamente señalado en la ley, es perfectamente posible incorporarlo mediante un proceso de interpretación. Andrés Bello, en su Comentario al inciso 2 del artículo 19 del Código Civil expresó que: “El interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio, es atribución del Poder Legislativo. Pero los litigios recaen a menudo sobre el sentido que cada una de las partes atribuye a la ley, y no es una ley nueva, sino la opinión del juez, la que debe dirimir la cuestión. El juez no podría ejercer su ministerio sin esta facultad de interpretar...”.

De esta forma, resulta completo determinar cuándo hay claridad en la ley, puesto que no queda resuelto el problema cuando nos cuestionamos si el tenor de la ley es claro, lo será también el de la ley.

Conviene en este punto señalar que Andrés Bello hizo una ligera modificación al artículo 13 del Código Civil de Luisiana, el cual, sirvió de base para redacción de nuestro actual artículo 19 del Código Civil chileno. En efecto, el artículo referido expresaba que “Cuando una ley es clara y libre de toda ambigüedad”, sin embargo, Andrés Bello expone que “Cuando el sentido de la ley es claro...”. Indagar en las razones del cambio, puede resultar casi imposible¹⁰, pero sí podemos observar que la redacción de la norma es mucho más precisa, en cuanto exige al intérprete que, en primer término, debe establecer cuál es el “sentido claro”

⁷ FUEYO LANERI, Fernando, *Las reglas de interpretación de los arts. 19 a 24 del Código Civil*, en *Doctrinas esenciales. Gaceta Jurídica Derecho Civil*, t. 1, pp. 1-7.

⁸ FUEYO LANERI, cit. (n. 5).

⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 1).

¹⁰ Con todo, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 1), expone que “quizá Bello consideró que la ausencia de ambigüedad es parte de la existencia de claridad”.

de la ley, para lo cual deberá echar mano a todos los recursos que contempla el párrafo 4 del Título preliminar del Código Civil chileno, dado que deberá examinarse, la letra, su sentido, su razón incluso su intención, puesto que todos estos elementos nos ayudarán a desentrañar el sentido de la ley que servirá para establecer si se debe extender su concepto para calzarlo con el “tenor literal”.

Así, cuando la norma habla de “sentido claro” de la ley, está queriendo decir que este sentido debe ser de contenido y extensión de la norma jurídica, y no en cuanto a un sentido gramatical claro.

Esta compleja situación se expresa en diversos ejemplos a lo largo de nuestro Código Civil. Actualmente, podemos encontrar un ejemplo, en el artículo 102 del Código Civil, el cual al referirse al contrato de matrimonio expone: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. Durante mucho tiempo y mientras estuvo vigente la Ley de Matrimonio Civil del 1 de enero de 1885, esta disposición era absolutamente clara en cuanto a su sentido, o al menos luego de casi un siglo de aplicación se logró desentrañar en forma meridianamente clara este sentido, puesto que se entendía tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que el matrimonio era un contrato “indisoluble”, es decir, que era para toda la vida. Esta interpretación era sostenida, puesto que en la referida Ley del 1 de enero de 1885, no se contemplaba un divorcio vincular, el cual, solamente producía una “separación de cuerpos”, mas no destruía el vínculo matrimonial.

Sin embargo, con la dictación de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, la situación del matrimonio como institución que fuera “indisoluble” ya no fue considerada así, puesto que esta nueva ley introdujo el divorcio vincular en Chile. De hecho y como apunta el profesor Ramos Pazos¹¹, “corrientemente cuando se quieren referir a ella se habla de la ‘ley de divorcio’, en circunstancias que trata además una serie de otras materias”. En efecto, y al introducirse el divorcio vincular en Chile, nuestro Código Civil quedó más a tono con la legislación extranjera.

No cabe duda que esta nueva ley cambió el “claro sentido” de la ley, por cuanto, lo que siempre fue considerado como “indisoluble” a contar de lo expresado en esta nueva Ley 19.947 mutó en el sentido opuesto. Sin embargo, el artículo 102 del Código Civil no sufrió modificación alguna por la referida ley, permaneciendo en su texto incólume la expresión de que el hombre y la mujer “...se unen actual e indisolublemente...”.

¿Cómo entonces podemos entender esta disposición hoy? Al respecto, y consultando la historia fidedigna de la ley, podemos señalar que la Cámara de Diputados decidió no modificar el referido artículo 102 del Código Civil, puesto que entendió que el matrimonio seguiría siendo una institución para toda la vida. Al respecto, solo cabría preguntarse ¿Quién contrae matrimonio para luego terminarlo? Ciertamente que en la sociedad chilena quien contrae matrimonio lo hace bajo la intención de que este dure, al menos, para toda la vida. Por ello, se entendió que el matrimonio indisoluble sería la regla general, y que el divorcio –terminación del matrimonio– sería la excepción. Al respecto Corral Talciani expone que “el divorcio, concebido como un remedio excepcional, en ningún caso podrá llegar a cambiar la

¹¹ RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, t. 1 (Santiago, 2010), p. 101.

fisionomía jurídica del matrimonio tal como existe en la actualidad. Las personas –se dice– se casan para vivir juntos toda la vida y no para divorciarse...”¹².

De esta forma, podemos apreciar la claridad a la que se refiere el artículo 19 del Código Civil, es la claridad del sentido de la ley y no una claridad gramatical o semántica del precepto. Numerosos fallos en este sentido lo afirman¹³. Al respecto un antiguo fallo expone que “No sólo entonces el juez debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador, sino las relaciones que unen todas las partes del articulado sobre el punto de que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación, y por último, posesionarse de la acción ejercida por ella en el orden general del derecho y el lugar que en este orden ocupa el precepto que se intenta interpretar”¹⁴.

Las expresiones que utilizó Andrés Bello en la redacción de las normas sobre hermenéutica legal, no son utilizadas al azar, muy por el contrario, tenían perfecta claridad en cuanto a lo que se le exigiría al intérprete, esto es, determinar el alcance y contenido de la norma.

En este sentido, cabe precisar que lo expresado tanto en el inciso 1° del artículo 19 del Código Civil, cuando expresa que “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, y en el inciso 2 cuando señala que “Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento” no pueden ser considerados recursos que distorsionen o confundan los conceptos de sentido y de tenor literal, tan claramente diferenciados en la propia norma.

En efecto, cuando el artículo 19 se remite a consultar su espíritu o recurrir a su intención o espíritu, no expresa una contradicción, puesto que la prohibición es expresada para cuando se recurra a pretexto de consultar el espíritu, es decir, cuando se quiera eludir el sentido claro de la ley, o se quiera contraponer hipótesis artificiosas que no contempla ley –consultando su espíritu–.

Por su parte, cuando el inciso 2 del artículo 19 habla de recurrir a su intención o espíritu, lo hace para cuando se quiera interpretar una expresión obscura de la ley... el cual se está refiriendo al sentido de la ley y no a la ley misma. No otra comprensión podemos concluir si el inciso 1 del artículo 19 se refiere al claro sentido de la ley y el inciso 2 del mismo artículo habla de una expresión obscura.

Ambos incisos son perfectamente concluyentes en cuanto a que lo que debe exigirse al intérprete es que determine el claro sentido de la ley y no la claridad de las palabras, pudiendo recurrir a su espíritu cuando este sentido sea obscuro o irreconocible a primera vista.

De esta forma, siempre que se deba determinar el claro sentido de la ley, deberemos hacerlo mediante un proceso de interpretación; no se debe tomar el tenor literal de las palabras sin considerar su real sentido y determinar si este sentido calza con las palabras o si este es más o menos restringido en cuanto el legislador expuso mediante las palabras.

¹² CORRAL TALCIANI, Hernán, *Ley de divorcio. Las razones de un no*, en *Estudios de Derecho Actual*, Universidad de los Andes (Santiago, 2001), p. 40.

¹³ En este sentido, R.D.J. t. 64, sec. 1ª, p. 127; R.D.J. t. 65, sec. 1ª, p. 208.

¹⁴ R.D.J. t. 56, sec. 1ª, p. 207, citado en DUCCI CLARO, Carlos, *La interpretación jurídica* (Santiago, 1997), p. 102.

Sin embargo, la jurisprudencia de nuestros tribunales no ha comprendido ni entendido estas normas de interpretación tal y como lo hemos reseñado. Por el contrario, desde antaño, confunde el sentido de la ley con su tenor literal y viceversa. Es más, en numerosos casos impide indagar en la voluntad del legislador para desentrañar su espíritu: "... A este respecto, es del todo pertinente atenerse a la regla primera de hermenéutica legal que consigna el inciso primero del artículo 19 del Código Civil y que indica al intérprete tener presente que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu, ya que ella conduce a precisar la voluntad del legislador en la materia..."¹⁵.

Por medio de las palabras se pretende reconstruir lo que el legislador quiso expresar, cuestión que por cierto es casi imposible, dado que las palabras no siempre expresan lo que el legislador realmente quiere expresar. En efecto, en una nota de Bello al Proyecto Inédito, ya lo expresaba: "Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacerle violencia al sentido. La interpretación podrá ser en estos casos unas veces extensiva y otras restrictivas"¹⁶.

Claramente, nuestras normas de hermenéutica legal permiten que el intérprete adecue las normas legales e instituciones que se fundamentan en ellas, a los diferentes cambios que se van generando en la sociedad, entregando al Código Civil una vigencia constante, la que se logra precisamente a través de la determinación del sentido de la ley. La interpretación progresiva de la ley es fundamental para que la judicatura colabore con la acertada vigencia de nuestra legislación.

No es posible que para interpretar una norma y en consecuencia determinar su real sentido, solo deba ser considerada una norma o fragmento de ella en particular; muy por el contrario, debe mirarse como una regla inserta dentro de un articulado completo, por lo cual resulta indispensable que se examine la norma en su total contenido. Precisamente la idea de "resquicio legal", según afirma DUCCI CLARO, implica necesariamente la aplicación de una norma aislada de su contexto.

¹⁵ Corte Suprema, Rol 3604-07. MJCH_MJJ16283. En este mismo sentido, encontramos una sentencia de la Corte Suprema, que a nuestro juicio no considera determinar el sentido de la ley, sino que más bien propugna la determinación de la gramaticalidad de la norma. "... En la especie, se denuncia la infracción del artículo 19 inciso segundo del Código Civil, pero lo cierto es que la regla de hermenéutica legal en el caso planteado es la del inciso primero de ese precepto, desde que su sentido es claro y no ofrece al intérprete dificultades o dudas. Contrariamente a lo sostenido por el impugnante limitar la norma en su aplicación sólo a las acciones de reclamación de filiación significaría derechamente alterarla. No es posible en consecuencia acudir al elemento histórico que hace valer el recurrente, por cuanto el inciso segundo del artículo 197 del Código Civil no se presta a dos o más interpretaciones, es decir, no hay ambigüedad en su texto en cuanto a su ámbito de aplicación en lo relativo a las acciones que hacen procedente la obligación indemnizatoria. De otra parte, los documentos aportados por la parte demandada relativos a las discusiones en el poder legislativo, no tiene más valor que el de un dato que pudo haberse tenido en cuenta en la formación de la ley, más como se ha señalado, el texto de la ley quedó definitivamente redactado de una manera categórica y clara, sin que se aprecien contradicciones con ninguna de las normas del título VIII del Libro Primero del Código de Bello". Corte Suprema, Rol 2275-2008 MJCH_MJJ22466.

¹⁶ AMUNÁTEGUI REYES, Miguel, *Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago 1885).

Una vez determinado el real sentido de la ley, deberemos entrar en el establecimiento del tenor literal de la norma, y el Código Civil chileno entrega algunas herramientas al respecto, las cuales por cierto escapan al contenido del presente trabajo.

III.- CONCLUSIÓN

Las normas sobre interpretación de la ley que contempla nuestro Código Civil, son claramente de aplicación general, cuestión que reviste la máxima importancia, puesto que las reglas dadas no son utilizadas en forma particular, sino que para interpretar toda la ley. Tan relevante son, incluso ser aplicables a las normas constitucionales, aunque fuertes cuestionamientos de los constitucionalistas existen al respecto.

Es por ello, que resulta altamente recomendable que todo operador jurídico, al iniciar un proceso de interpretación, determine en primer término cuál es el verdadero sentido de la ley, puesto que es este recurso el que va a dar lugar a la aplicación del tenor literal. Al respecto hemos dicho que existen al menos tres variantes que se pueden presentar, en cuanto a la relación sentido de la ley / tenor literal. Para ello, el artículo 23 segunda parte del Código Civil chileno, permite que pueda entregarse a la norma una extensión con el propósito de conciliar el sentido de la ley con el tenor literal de la misma.

Es este ejercicio el que hoy extrañamos de los tribunales de justicia, los cuales olvidan entregar al tenor literal un real sentido, dejando de lado, en consecuencia, las normas de interpretación de la ley que Andrés Bello estableció en nuestro Código Civil, con gran influencia de autores importantes, como lo es Jean Domat, o Vattel, entre otros que inspiraron al codificador en el establecimiento del párrafo cuarto del Título preliminar del Código Civil chileno.

HACIA UNA COMPRENSIÓN CRÍTICA DE LOS ATRIBUTOS DE LA
 PERSONALIDAD: EL NOMBRE, LA RELEVANCIA DE SU PROTECCIÓN Y LAS
 MODERNAS ORIENTACIONES EN EL DERECHO NACIONAL

*TOWARDS A CRITICAL UNDERSTANDING OF PERSONALITY ATTRIBUTES:
 NAME, THE RELEVANCE OF YOUR PROTECTION AND NEW DIRECTIONS IN
 THE NATIONAL LAW*

PABLO CORNEJO AGUILERA*
 Universidad de Chile

RESUMEN

El siguiente trabajo pretende contribuir a la comprensión de uno de los atributos de la personalidad, como es el nombre, a través de una línea argumentativa crítica, que sin desconocer los aportes realizados por la Doctrina Clásica, centrará su desarrollo en la importancia que tiene la manera como se protegen los signos distintivos de la personalidad en un sistema de Derecho Privado comprometido con el desarrollo de los valores de la autonomía y la igualdad. Para estos efectos, el presente trabajo se dividirá en dos partes: la primera de ellas tendrá un carácter introductorio, y estará destinada a exponer las diversas teorías que se han desarrollado a fin de explicar las características del nombre y la necesidad de su protección, recibiendo una especial atención la doctrina de los derechos de la personalidad; mientras que en la segunda, se describirá la actual regulación del nombre en Chile y se expondrán los principales problemas que esta presenta, frente a las exigencias que plantean los valores constitucionales de la igualdad, la autonomía y la identidad.

PALABRAS CLAVE: Nombre civil, derecho al nombre, atributos de la personalidad.

ABSTRACT

The following work tries to contribute to the comprehension of one of the attributes of the personality, since it is the name, across an argumentative critical line, which without not knowing the contributions realized by the Classic Doctrine, will centre his development on the importance that has the way like they protect the distinctive signs of the personality in a system of Private Law compromised with the development of the values of the autonomy and the equality. For these effects, the present work will divide in two parts: the first one of them will have an introductory character, and will be destined to expose the diverse theories that have developed in order to explain the characteristics of the name and the need of his protection, receiving a special attention the doctrine of the rights of the personality; whereas in the second one, the current regulation of the name will be described in Chile and there will be exposed the principal problems that this one presents, opposite to the requirements that raise the constitutional values of the equality, the autonomy and the identity.

KEY WORDS: Civil name, right to the name, attributes of the personality.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Distinción Máxima. Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Correo electrónico: pablo_cornejo_aguilera@yahoo.es;

I. PRIMERA PARTE: GENERALIDADES

1. *Definición*: El nombre de las personas ha sido definido por autores nacionales como la palabra o palabras que sirven legalmente para distinguir a una de las demás,² en un concepto que pone especial énfasis en su función distintiva, principal función práctica que esta institución desarrolla, toda vez que, como señalara en su oportunidad Ferrara, “el sujeto como unidad en la vida jurídica tiene necesidad de un signo estable de individualización que sirva para distinguirlo de todos los otros; tal signo es el nombre civil”³.

En este mismo sentido, Adolfo Pliner reconoce en el nombre principalmente la función de servir como signo destinado a la identificación del individuo en el marco de una sociedad compleja, donde “el juego de las relaciones de derecho, las facultades, las obligaciones, las prohibiciones, las imputaciones, el ejercicio de los poderes y el establecimiento de toda clase de vínculos, serían imposibles si los titulares de derechos y obligaciones no pudieran distinguirse por el signo de sus nombres; las relaciones jurídicas se perderían en la nebulosa de la indeterminación de sus sujetos; el poder social no podría compeler a personas anónimas; y la organización misma del poder social no podría concebirse”⁴.

En efecto, tal es la importancia que doctrinariamente se le atribuye al nombre como elemento individualizador, que Messineo llega a afirmar que “el hecho del nacimiento no basta para el ingreso del sujeto (aunque haya nacido), en la vida jurídica. Mientras el mismo no es denunciado a la oficina del estado civil e inscrito en ella como nacido, y con todos los datos del caso, mediante la redacción del acta de nacimiento, está privado de la existencia legal, esto es, de la adquisición del estado de persona en el sentido de que, aun cuando materialmente exista, no consta que el sujeto haya nacido (esto es, que haya comenzado a existir); y no se le puede atribuir una subjetividad que sea idónea para producir efectos legales”⁵.

² ALESSANDRI, ATTUFO; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1998), tomo primero. p. 416. Similar definición proporciona DUCCI, para quien el nombre “es la designación que sirve para individualizar a una persona en la vida social y jurídica”, DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil, Parte General*, cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2000), p. 119.

³ BATLLE, Manuel, *El Derecho al Nombre*, Editorial Reus S.A. (Madrid, 1931), p. 8.

⁴ PLINER reconoce además otras funciones del nombre. De este modo, agrega que el nombre cumple la función de servir como medio de identificación, al permitir la verificación de la identidad del sujeto; la función de indicación de la filiación y de estado, dado que el apellido del sujeto usualmente menta la familia a que pertenece, y se ha estimado tradicionalmente que su función es la de señalar la filiación de la persona que la lleva; la función indicativa del sexo, respecto de la persona a quien lo detenta; y la función de ser un signo relevante de la personalidad, dado que el nombre, al individualizarlo, instala al ser humano en la posesión plena de su personalidad, centro diferenciado de voluntad y de acción, de poderes, de obligaciones y de imputaciones, se realiza en su integridad física y espiritual, sin riesgo de diluirse en la masa, que es la muerte de la personalidad aunque sobreviva el individuo. v. PLINER, Adolfo, *El Nombre de las Personas*, segunda edición actualizada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma (Buenos Aires, 1989), pp. 49-53.

⁵ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial. Doctrinas Generales*, Ediciones Jurídicas Europa-América (Buenos Aires, 1954), tomo II. p. 91.

2. *Composición del nombre*: La composición del nombre de las personas naturales es el resultado de un largo proceso histórico⁶, el cual ha llevado a que en la actualidad, en los ordenamientos que integran la misma tradición jurídica que nuestro Derecho, esté comprendido por dos elementos: el nombre propiamente dicho, nombre patronímico, nombre de familia o apellido; y el nombre propio, individual, de pila, o también llamado prenombre.

⁶ El nombre en los pueblos primitivos era único e individual, ya que constaba de un solo elemento (cada persona tiene solo un nombre) y ese nombre se transmitía a los descendientes. Este uso sobrevivió por largo tiempo en algunos pueblos, como los griegos y los hebreos, quienes llevaban un solo nombre que les era dado a los niños en el acto de la circuncisión, ocho días después de su nacimiento. Los hebreos, para evitar confusiones, en ocasiones añadían el nombre del padre, precedido de la partícula *Bar*, hijo de. Por el contrario, Roma poseía un complejo sistema de atribución de nombre, dado que el nombre de un ciudadano estaba constituido por los siguientes elementos: un *praenomen*, que servía para la designación individual; un *nomen gentilium*, expresivo de la unidad de nacimiento y pertenencia a una *gens*, y un *cognomen*, que servía para distinguir entre las diversas ramas de una *gens*. Como señala Batlle, “estos elementos constituían la *tria nomina*, pero además existía el *agnomen*, que solo llevaban algunos patricios, y era una designación de carácter individual y nobiliario que dimanaba de algún hecho honroso. Así, en el nombre Publio Cornelio Scipion Africano, Publio es el *praenomen*, Cornelio el *nomen gentilium*, Scipion el *cognomen* y Africano el *agnomen*, designación honrosa que, en este caso, procede de las victorias que contra los africanos obtuvo el general Scipion” (BATLLE, Manuel, cit. (n. 2), p. 14). Planiol elogiaba este sistema, dado que tenía la doble ventaja de evitar toda confusión y de indicar por su sola enunciación la filiación del individuo. Por el contrario, el nombre de las mujeres se componía solo de dos elementos, faltando la presencia del *cognomen*, lo que tanto Batlle como Planiol atribuyen a que los nombres femeninos no se encontraban tan limitados como los masculinos. En lo que respecta a los peregrinos, por no pertenecer este a ninguna *gens*, utiliza solo su nombre individual, seguido del de su padre, utilizado a modo de genitivo. Junto con el derrumbe del orden romano se altera la forma de designación de las personas, volviéndose a generalizar el uso solo del nombre individual, según las costumbres propias de los bárbaros. Pero con el tiempo, debido a la necesidad de evitar confusiones, se tomaron calificativos a fin de distinguir a las personas, las cuales se tomaron de las cualidades de los individuos (vg. Juan Sin Miedo), de la profesión que se ejerce (vg. Herrero), del lugar de origen (vg. Aragonés), etc. De esa forma, los nombres nuevamente devinieron dobles y con el tiempo pasaron a ser hereditarios, llegando a formarse una distinción similar a la que se producía entre *nomen* y *praenomen* en la época romana. El carácter familiar de los apellidos se recuperó hacia el s. XII, y gran parte de ellos fueron extraídos de profesiones (Cordier, Moliner, etc.), de cualidades físicas o morales (Lefort, Gros, etc.), de las regiones de origen (Lenormand, Picard, Langlois, Lallemand, etc.) o de una serie de otras circunstancias, pudiendo provenir de la pura fantasía. Los nobles llevaban el nombre de su señorío (Jacques de Bourbon, Jean d’Armagnac). Junto con el resurgimiento del nombre nació la necesidad de regularlo, sobre todo en lo relativo al uso de nombre. Incluso ya en las Siete Partidas se contenían normas relativas al nombre, al señalar que “faze falsedad aquel que cambia maliciosamente el nombre que ha tomado o tomando el nombre de otro” (Partida VII, tít. VII, ley 2ª; citada por BATLLE); en Francia se encuentra el Decreto de Ambroise dado el 26 de marzo de 1555 por el rey Enrique II, que fue renovado por el llamado Code de Michaud del año 1629, donde se imponían multas a todos aquellos que cambiaran de nombre sin permiso del rey. Según Batlle, en la actualidad pueden encontrarse tres sistemas de nombres: el sistema árabe y eslavo, donde junto a la designación individual figuran otras que indican a la par que la filiación, cualidades y procedencia del individuo (vg. Mohamed el Hach Hamed Ben Jelún); sistema francés, donde se toma el apellido del padre sin alteración, anteponiéndole un nombre individual; y el sistema español, que consiste en adoptar los primeros apellidos de ambos padres, anteponiendo una designación individual. Sobre el punto puede revisarse los siguientes textos: PLANIOL, Marcel, *Traité Elementaire de Droit Civil*, Cinquième Édition. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence (Paris, 1908), Tome Premier. pp. 145-146; BATLLE, cit. (n. 2), pp. 12-22; PLINER, Adolfo, cit. (n. 3).

Explicando la distinción existente entre estos dos elementos, Alessandri enseñaba que “a diferencia del nombre patronímico o de familia, que revela, por lo general, la filiación, los nombres propios o de pila tienen un carácter individual y, en consecuencia arbitrario”.⁷ Sobre este punto es necesario hacer algunas precisiones, toda vez que, si bien el carácter individualizador del nombre propio ha sido remarcado también por Ducci, quien señala precisamente su finalidad de individualizar a una persona dentro del grupo familiar⁸, no existe en el ordenamiento nacional una disposición similar a la establecida en el art. 54 inc. 3º de la Ley de Registro Civil Española, que prohíbe imponer a uno de los hermanos el mismo nombre atribuido anteriormente a otro, en la medida que el segundo no hubiese muerto con anterioridad, situación que nos permite afirmar que la función diferenciadora del nombre en el Derecho nacional se desarrolla antes por la propia prudencia de los padres que por la existencia de limitaciones institucionales destinadas a asegurar el desarrollo de esta finalidad.

Sin embargo, más relevante resulta la segunda objeción que es posible realizar a la caracterización de Alessandri. En nuestro concepto, solo puede considerarse y calificarse que la atribución del nombre es arbitraria si con esto queremos significar que esta no se encuentra determinada o establecida por la ley. Por el contrario, no puede considerarse que su atribución sea arbitraria en un sentido que admita la imposición de un nombre que resulte contrario a la razón, o que se encuentre determinada por la sola voluntad o el capricho de la persona que solicita la inscripción, desde el momento que, si bien en Chile no existe una limitación en cuanto a la cuales son los posibles nombres con que puede ser individualizada una persona, sí se exige que su atribución no cause un menoscabo moral a quien lo recibirá⁹, reconociéndosele al oficial civil la facultad de oponerse si los padres quieren imponer al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje. Sobre este punto volveremos en la sección siguiente.

⁷ ALESSANDRI, cit. (n. 1), p. 421.

⁸ DUCCI, cit. (n. 1), p. 119.

⁹ Estas limitaciones no debe creerse que son inusuales. En Francia el artículo 1º de la Ley de 11 de germinal del año XI exigía que los nombres dados al niño sean de aquellos en uso en los diferentes calendarios o el de los personajes de la historia antigua. Esta disposición planteó problemas interpretativos, referidos principalmente a que se entiende por historia antigua o el alcance que tenía (por ejemplo, si incluye personajes mitológicos), lo que llevó a que en 1865 se dictara una circular ministerial que contenía una enumeración de los nombres que podían ser aceptados por el oficial de estado civil, la cual no fue seguida estrictamente. En la actualidad estas disposiciones no se encuentran vigentes, si se considera que el art. 57 del Código Civil regula en la actualidad en términos generales lo referido a la asignación del nombre, señalando en sus incisos 3º y 4º que “Cuando estos nombres o uno de ellos, sólo o asociado con los otros nombres o el apellido le parezcan contrarios al interés del niño o al derecho de terceros a proteger su apellido, el oficial del Registro Civil avisará de ello sin retraso al Fiscal. Éste puede encargar al juez de asuntos familiares. Si el juez considerara que el nombre no es conforme con el interés del niño o no reconoce el derecho de los terceros a proteger su apellido, ordenará la supresión en los registros del Estado Civil. Si llega el caso impondrá al niño otro nombre determinado por él si los padres no eligen otro que se ajuste a los intereses mencionados. La mención de la decisión se efectuará al margen de las actas del Registro Civil del niño”. *Code Civil*, Cent-Quatrième Édition, Editorial Dalloz (Paris, 2005). Similares limitaciones existieron en la legislación española, permaneciendo vigentes solo aquellas que se refieren a la necesidad de que el nombre de pila está consignado en idioma castellano, y las que prohíben el uso de nombres extravagantes, impropios, irreverentes, subversivos, así como convertir en nombres los apellidos o pseudónimos, o imponer a una persona el mismo nombre que a un hermano, a no ser que haya muerto, y lo mismo cualquier otro que pueda hacer confusa la identificación. *Vid.* DE COSIO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Civitas S.A. (Madrid, 1988), Tomo I.

3 *Naturaleza del nombre*. Ahora bien, con la finalidad de explicar sus características y de comprender la protección que los diversos ordenamientos confieren al nombre, se han desarrollado diversas teorías, todas las cuales pretenden responder a estas interrogantes a partir de la atribución de una determinada naturaleza propia de otra institución. Dentro de estas teorías, por los importantes efectos que desarrollan a nivel de sistema, nos interesa destacar la del nombre atributo de la personalidad, la del nombre institución de policía civil y la del nombre derecho de la personalidad¹⁰.

En primer término, tenemos la teoría del nombre-atributo de la personalidad, la cual, según señala Alessandri¹¹, reconoce sus máximos exponentes en Salecilles, Perreau y Josserand.

En lo que respecta a Josserand, este trata el nombre a propósito de los atributos de la personalidad, correspondiendo en su concepto a uno de aquellos elementos que forman parte integrante de ella y que se caracterizan no solo por conferir ciertas ventajas o prerrogativas al individuo, sino que también por imponerle una serie de deberes¹². Precisamente, para Josserand el nombre tiene la misión de asegurar la individualización de las personas, siendo como una etiqueta puesta sobre cada uno de nosotros. De esta manera, representando cada individuo una suma de derechos y obligaciones, un valor jurídico, moral, económico y social, nos resulta posible evocar todos esos valores simplemente refiriendo al nombre, sin equivocación, sin confusión posible; evitando que un individuo pueda falsear sobre sus cualidades, como ocurriría si pudiera atribuirse créditos ajenos¹³.

De esta manera, aparece el nombre como el signo distintivo y revelador de la personalidad, siendo uno de los elementos constitutivos de ella, junto con el domicilio, el estado y la capacidad, además de ser un bien innato, como el derecho a la vida y al honor; al mismo tiempo que es una institución de policía, en cuanto forma de identificación¹⁴.

Siguiendo con la tesis anterior, que mira al nombre como un atributo de la personalidad, Alessandri le atribuye las siguientes características: a) No es comerciable; b) No es susceptible de una cesión entre vivos, ni transmisible por causa de muerte; c) Es inembargable; d) Es imprescriptible; e) Es, por lo general, inmutable; f) Es uno e indivisible.

¹⁰ Para el desarrollo de la teoría de la propiedad sobre el nombre, atribuida a MERLIN, AUBRY y RAU, *vid. BATTLE*, cit. (n. 2), pp. 26 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Instituto Editorial Reus (Madrid, 1955), tomo I, volumen II, pp. 118 y ss. Para el desarrollo de la teoría de la marca distintiva de filiación, *vid. COLIN*, Ambroise; CAPITANT, Henry, *Droit Civil Français*, Huitième Edition, Librairie Dalloz (Paris, 1934), tome I, pp. 365 y ss.

¹¹ ALESSANDRI, *op. cit.* (n. 1), p. 429.

¹² Como gráficamente señala "todos somos más o menos prisioneros de nuestra propia personalidad y de los colaterales jurídicos que arrastra consigo", JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit Positif Français*. Librairie du Recueil Sirey (Paris, 1930), tome premier, p. 129.

¹³ JOSSERAND, cit. (n. 11), p. 130.

¹⁴ JOSSERAND, cit. (n. 11), p. 136. Con ello Josserand toma parte de la tesis de Planiol, que será explicada a continuación. Con todo, no debe dejar de advertirse que aún la tesis de los atributos de la personalidad supone no solo la afirmación de determinados elementos necesarios para situar a la persona en la sociedad, sino también un primer reconocimiento a ciertas prerrogativas, ventajas y potestades que tiene toda persona por el solo hecho de ser tal, con lo cual desarrollan una función valorativa similar a la que en la actualidad desarrollan los derechos de la personalidad. Sobre este tema y las diferencias existentes entre los atributos de la personalidad y los derechos de la personalidad, *vid. LYON PUELMA*, Alberto, *Personas Naturales*, tercera edición, Ediciones Universidad Católica de Chile (Santiago, 2007), pp. 167 y ss.

A diferencia de la teoría anterior, que se vale de un instituto de Derecho Privado para explicar la naturaleza del nombre, Planiol aborda el tema desde una perspectiva que podría calificarse de publicista. Para este autor, el hecho de llevar un nombre para quien lo porta es más una obligación que un derecho, razón por la cual no duda en calificar el nombre como una institución de policía civil, consistente en la forma obligatoria de designación de las personas en la sociedad, la cual se encuentra establecida menos en el interés del individuo que en el interés general¹⁵.

Sin embargo, pese a la diversa posición que este autor asume para tratar de la naturaleza de esta institución, le atribuye consecuencias que en definitiva son similares a las consignadas por las otras teorías. Son precisamente los caracteres de interés público vinculados con la identificación de la persona y con el uso del nombre los que explican a juicio de este autor sus principales características, entre ellas el que sea irrenunciable, que sea imposible su comercialización, y el que sea imprescriptible.

De esta forma, el gran mérito que presenta la justificación presentada por Planiol radica en que son precisamente estas consideraciones las que nos permiten llegar a considerarlo una institución de orden público, lo que explica la regulación que los diversos Estados han tomado, a fin de evitar la mutación del nombre, o permitirla solo en casos excepcionales¹⁶.

Pero al mismo tiempo, la tesis desarrollada por Planiol, desde el momento que se centra en las consideraciones sociales que subyacen a la identificación de las personas, presenta graves inconvenientes, vinculados con la ausencia del reconocimiento de un interés ligado a la esfera moral de la personalidad, digno de protección, las cuales bien pueden resumirse en la acertada crítica de Pliner, autor para el cual “El nombre individual no puede ser un mero “número de matrícula”, como lo veía Planiol, porque ello es incompatible con una sociedad de seres libres, espiritualmente diferentes, que viven dentro de un orden jurídico donde está supuesta la autonomía de los individuos elevados al rango de personas [...] El nombre sirve para los menesteres de policía, y cumple más o menos eficazmente la función que en este orden le está destinada con el complemento de otros recursos más modernos y más precisos de identificación, pero su naturaleza jurídica no está dada por ese papel circunstancial que desempeña”¹⁷.

4. *Nombre y derechos de la personalidad.* Como es bien sabido, durante el pasado siglo se experimentaron profundas transformaciones en el paradigma de Derecho Privado, las cuales se reflejaron especialmente en el concepto de persona que a él subyace. Así, mientras el concepto de persona presente en el Derecho Privado de la codificación es el de sujeto capaz

¹⁵ PLANIOL, cit. (n. 5), p. 152.

¹⁶ Con todo, el principio de inmutabilidad del nombre solamente es recogido en los países cuyo ordenamiento pertenece a los sistemas de Derecho continental. Por el contrario, como señala Glendon “*The English common law of names, as received in the United States, provides that any person, man or woman, may use any name he or she wishes so long as the use is non-fraudulent. One’s legal name is the name by which one is customarily known, but nothing prevents a person from freely changing his or her name from time to time. Formal procedures for changes of name do exist, but they are for the convenience of those who wish to obtain an official record of their name change and need not be followed in order to make the change legally effective.*”. GLENDON, Mary Ann, *The Transformation of family Law: State, Law, and family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press (Chicago, 1989), p. 104.

¹⁷ PLINER, op. cit. (n. 3), p. 73.

de cambio (lo que pone de manifiesto que el sistema está erigido en derredor de la propiedad y el intercambio)¹⁸, ¹⁹, durante el s. XX se produce el proceso de constitucionalización²⁰ e internacionalización²¹ del Derecho Privado, el cual recibe el influjo de sistemas fundados sobre una concepción de personalidad de carácter eminentemente moral, construida en torno a conceptos como la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad, la cual inspira y a la vez justifica la noción de derechos humanos²², y cuya integración normativa hace ineludible la protección de los intereses vinculados con esos ámbitos por el Derecho Privado, así como un cambio en la visión con que se han estudiado tradicionalmente sus instituciones²³.

¹⁸ A ello el profesor Peña agrega que la codificación, en efecto, no consideró al tratar de las personas lo que hoy conocemos como derechos de la personalidad, trabajo que solo se habría realizado cuando el lenguaje de los derechos fundamentales se generaliza, expandiéndose la nueva concepción de persona que a él subyace hacia el Derecho Privado, dando origen a los derechos de la personalidad entendidos como derechos subjetivos de carácter moral. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *El Derecho Civil en Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en: *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, VV.AA., MEDINA, Cecilia (coord.), *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales (Santiago, 1996), pp. 553 y 554.

¹⁹ En el mismo sentido, la profesora Schmidt ha señalado que “por su parte, los códigos civiles del siglo XIX enfocaron su preocupación fundamentalmente en el área del Derecho Patrimonial, preocupándose del Derecho de las Personas muy incidentalmente, no sólo en cuanto al espacio físico que se le dedica, sino que también en consideración a la sustancia de las materias tratadas. Así, en los códigos civiles tradicionales interesa la persona sólo incidentalmente a propósito de relaciones jurídicas patrimoniales y se regulan instituciones tales como el estado civil, el domicilio y la capacidad. Frente a esta realidad, van apareciendo los códigos civiles modernos que centrados en el principio según el cual la persona es el eje fundamental de la preocupación del Derecho, comienzan a regular los derechos de la personalidad, y allí podríamos hablar entonces de la Constitucionalización del Derecho Privado”. SCHMIDT HOTT, Claudia, *Los Desafíos del Derecho Civil en el Siglo XXI*, en *Nuevas Tendencias del Derecho*, VV.AA. MARTINIC GALETOVIC, María Dora, (Coord.), Editorial LexisNexis (Santiago, 2004) p. 9.

²⁰ El profesor Peña señala al respecto que “a contar de los años cincuenta del presente siglo se produce una progresiva descodificación del derecho –con el surgimiento de la cuestión social y el New Deal–, que le resta al derecho civil su sinonimia con el derecho codificado, y el derecho civil pasa, así, a ser definido por su contenido: el derecho civil es “derecho común”, de manera que es tal con prescindencia de la fuente formal de que proviene o del continente normativo donde se contenga. Derecho Civil es derecho común recortado verticalmente en el ordenamiento, o sea, derecho que subyace incluso en las normas constitucionales. Dicho de otra manera, el derecho civil no queda delimitado por el continente sino por el contenido: es el derecho que contiene las reglas constitutivas del ordenamiento, esto es, las reglas relativas a la constitución de los sujetos del derecho, a los objetos sobre que recaen los derechos subjetivos y a los negocios mediante los cuales se producen los intercambios. Al divorciarse –con la descodificación– las nociones de “derecho civil” y “Código Civil”, el derecho civil se independizó, también, de su referencia puramente legal: derecho civil es ahora, derecho que puede también estar contenido incluso en la Constitución”. PEÑA, Carlos, cit. (n. 17), p. 551.

²¹ Es el profesor Ramón Domínguez Águila quien hace referencia a este proceso, al señalar que “entonces, más allá aún de la constitucionalización del derecho civil, se observa también un proceso de internacionalización del derecho civil que requiere la atención, porque es otro de los aspectos importantes en la evolución del derecho privado chileno de los últimos veinte años y que, a medida que se acentúa la incorporación del país a tratados comerciales, se irá acentuando y ya no sólo en aspectos de los derechos individuales”. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIII, N° 3 (Santiago, 1996), primera parte, p. 119.

²² PEÑA, cit. (n. 17), pp. 552-559.

²³ En este sentido, cabe destacar que la consagración de un derecho como fundamental no solo implica el otorgar una forma especial de protección frente a aquellos ataques que vulneren un interés de la personalidad protegido, desde el momento que su función en el ordenamiento excede lo que corresponde técnicamente a un derecho, pasando a ocupar la función argumentativa e interpretativa de un principio, en la medida que su reconocimiento implica

Precisamente, como señala Ferrara, los derechos de la personalidad “son los derechos supremos del hombre que garantizan en él el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos sobre los bienes exteriores, los derechos de la personalidad garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío sobre su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales²⁴, con lo cual aparecen precisamente como instrumentos de autonomía. Tal a nuestro juicio debe ser el principal criterio para su caracterización, el representar poderes que el ordenamiento confiere a todos los individuos para defender alguno de los intereses que se estiman fundamentales dentro de su propia personalidad, junto con el marcado carácter moral que tiene su protección; más allá de su caracterización como derechos extrapatrimoniales o no susceptibles de valoración pecuniaria, lo cual además de inexacto no es otra cosa que una lógica consecuencia del carácter de los bienes por ellos cautelados”²⁵.

la afirmación por parte del constituyente de un orden valorativo que pretende inspirar a todo el ordenamiento jurídico. De esta forma, podemos afirmar que los derechos fundamentales tienen una estructura compleja, tanto de derecho subjetivo como objetivo. Al respecto resulta especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán en el “Caso Lüth”, donde se expresa que “igualmente cierto es que la Ley Fundamental, que no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral en su capítulo sobre derechos fundamentales, ha incluido también un orden de valores objetivos, que implica en principio, un fortalecimiento de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho; el legislativo, la administración y la jurisdicción, reciben directrices e impulsos. Este influye, por supuesto, también al derecho civil, ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido legal de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho”; SCHWABE, Jürgen, (compilación de sentencias), *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez (Bogotá), p. 134.

²⁴ Citado por DE COSSIO Y CORRAL, cit. (n. 8), p. 188.

²⁵ En cuanto a sus características, De Cossio señala que “se trata de verdaderos derechos subjetivos privados, originarios e innatos, en cuanto son concedidos al hombre por el Derecho natural y por el sólo hecho de ser hombre, derechos de carácter absoluto, en cuanto son oponibles *erga omnes* e imponen una obligación negativa a todos, excluyendo cualquier conducta que venga a lesionar su contenido. Son asimismo, derechos extrapatrimoniales, aunque su lesión puede dar origen a resarcimiento pecuniario, mediante la indemnización de los daños morales causados. Dada su vinculación íntima y esencial a la persona, son derechos intransmisibles, sustraídos a la libre disposición de su titular, irrenunciables e imprescriptibles, inembargables, inexpropiables y no susceptibles de subrogación”. DE COSSIO, cit. (n. 8), p. 189. Puede cuestionarse la fundamentación del carácter originario e innato de estos derechos, pero no es necesario la aceptación de su carácter de derechos naturales para reconocerlos, bastando con considerarlos protecciones mínimas e indispensables que deben conferirse a la persona a fin de resguardar su propia dignidad y de servirle de instrumentos de autonomía que le permitan desarrollar plenamente su personalidad, todos los cuales son valores reconocidos a nivel supralegal. Esto no debe llevarnos a pensar que respecto del reconocimiento de otros derechos, inclusive los de carácter patrimonial, no existe una justificación moral. La construcción de los derechos subjetivos como poderes concedidos al individuo por el ordenamiento para la satisfacción de sus intereses supone que el ordenamiento considera valioso una estructuración basada en el respeto por la dignidad individual y la autonomía de la voluntad, cuyo postulado básico es el reconocimiento del hombre como un agente capaz de formar un plan de vida y de desarrollarlo a través de decisiones sucesivas. Es por ello que los derechos subjetivos son instrumentos de la autonomía privada. Como lo señalaba Enneccerus “la verdad es que el fin de todos los derechos es principalmente de carácter moral, pues deben constituir un medio del hombre para el cumplimiento de su misión moral”: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Librería Bosch (Barcelona, 1934), primer tomo, p. 309.

Este nuevo paradigma se reflejó también en lo que concierne a la identificación de las personas, siendo Francesco Messineo²⁶ uno de los primeros que reconoció la existencia de un interés existencial en la protección de la identidad, al señalar que “el sujeto tiene, además, un preciso interés (y también el derecho) en afirmarse no solamente como persona, sino como “ésta” persona, con “éste” *status* y no otro, para distinguirse de cualquiera otra, puesto que la persona tiene el derecho a no ser confundida con las demás”²⁷. De esta forma, para Messineo el primero y principal de los derechos de la personalidad es el derecho al nombre patronímico (*cognome*), que sumado al nombre (*prenome*) forman el nombre civil. Se trata de un signo distintivo de la persona, y medio de individualización del sujeto, quien adquiere un derecho absoluto y exclusivo a su uso, que asegura la posibilidad de no ser confundido por otro, o que otro no sea confundido con él, e impide, de manera accesoria, que otro finja pertenecer a una familia. El derecho al nombre patronímico constituye la manifestación principal del derecho subjetivo a la identidad, el cual es oponible frente a todos.

Dentro del concepto jurídico nombre desarrollado por este autor está comprendido tanto el nombre patronímico como el prenombre. Con todo, para Messineo debe entenderse que el nombre constituye materia del derecho a la personalidad solo en cuanto va junto a un nombre patronímico, dado que considera que sobre el nombre por sí solo el sujeto no tiene un derecho exclusivo, dado que puede ser idéntico a otro. Este punto resulta especialmente criticable, dado que implica desconocer que a través de la negación del nombre ya se estaría afectando algunos de los intereses tutelados por el derecho al nombre, como puede ser la verdad personal (el derecho a usar y ser reconocido por mi nombre) y potencialmente, en la medida que implique confusiones respecto de la identificación de una persona, una afectación del derecho al nombre en su relación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica²⁸. Finalmente, pese a tomar un punto de partida diverso al de Josserand, en la concepción desarrollada por Messineo el nombre (*cognome* o *prenome*) presenta características propias de los atributos de la personalidad, siendo en opinión del autor inseparable de la persona, inalienable e intransmisible y, en general, no puede ser materia de disposición privada (es de orden público), siendo una de sus características el ser inmutable e inmodificable, ya

²⁶ Sobre el punto v. MESSINEO, cit. (n. 4), pp. 92-100; y MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Ottava Edizione Ampliata e in Parta Rifatta, Dott. A. Giuffrè Editore (Milano, 1952), pp. 6-16.

²⁷ MESSINEO, cit. (n. 4), p. 92.

²⁸ Para comprender las ideas de Messineo debe considerarse que el Código Civil Italiano, si bien reconoce la existencia de un derecho al nombre, comprendiendo tanto el prenombre como el nombre patronímico, al tratar de la tutela del derecho se pone en la hipótesis de disputa respecto del derecho a usar un nombre o de la existencia de un perjuicio por el uso que otro indebidamente haga de él, suponiéndose en ambos casos el problema de la confusión o del uso rival que no tiene cabida cuando se trata solo del prenombre. Como referencia, se transcriben los artículos pertinentes del Código mentado: *Art. 6 Diritto al nome. Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito. Nel nome si comprendono il prenome e il cognome. Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati. Art. 7 Tutela del diritto al nome. La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni (2563). L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali. Art. 8. Tutela del nome per ragioni familiari Nel caso previsto dall'articolo precedente, l'azione può essere promossa anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere proteste.*

que de ser la mutación posible, podría resultar en la usurpación el nombre patronímico; además de que tal mutación afectaría la identidad del sujeto singular²⁹.

Esta concepción del nombre desarrollada por Messineo ha sido criticada por Fernández Sessarego³⁰, toda vez que en opinión de este último autor existiría una confusión entre los signos distintivos del sujeto y la identidad personal, atendido que la teoría expuesta limita esta última al derecho al nombre, mientras que Fernández entiende la identidad personal como un concepto más amplio, referida en forma general al derecho a no ser confundido por los demás, y que comprende tanto una faz estática (donde se comprenden los factores de identificación, la identidad física, biológica y registral) como una faz dinámica (relativa a la proyección pública de la compleja personalidad del sujeto, con todos los atributos definitorios, como el patrimonio cultural o ideológico). Sobre este punto volveremos más adelante.

Por su parte, en la doctrina alemana, Enneccerus³¹ reconoce dentro de la categoría de los derechos subjetivos los derechos de la persona, siendo aquellos cuyo objeto es la propia persona, permitiendo que el poder de la voluntad del individuo no solo se extienda hacia el exterior, sino también hacia sí mismo; y le resulta indudable que de las disposiciones dadas por el BGB en cuanto al nombre resulta un derecho subjetivo, pues regulan la adquisición y pérdida de este derecho y otorgan una acción civil cuando es discutido o cuando es lesionado mediante el uso ilícito del nombre por parte de otro^{32, 33}. De esta forma, por la misma

²⁹ Sobre el punto el mismo Messineo señala que la demostración de la identidad (cuyos datos están formados por el nombre y otros elementos) se llama identificación, y en ella hay comprometida un interés público en que la persona sea, para los efectos penales, judiciales, administrativos, tributarios, etc., exactamente identificada, y se haga imposible o difícil el cambio entre dos personas. MESSINEO, cit. (n. 4), p. 99.

³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO. Carlos, *El Derecho a la Identidad Personal*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma (Buenos Aires, 1992), pp. 108 y ss.

³¹ ENNECCERUS *et al.*, cit. (n. 24), pp. 285-311 y 418-429.

³² Art. 12. Derecho a un nombre. Si el derecho al uso de un nombre por parte de una persona autorizada a ello es usurpado por otra, o si el interés de la persona autorizada es dañado por el hecho de que otra persona use el mismo nombre sin autorización, entonces el titular puede exigirle a la otra que cese del abuso. Si se teme que se puedan cometer abusos futuros se puede entablar una acción para la omisión: *Código Civil Alemán, Comentado*, EIRANOVA ENCINAS, Emilio (Trad.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales (Madrid, 1998), p. 41.

³³ Como se aprecia, en el Derecho alemán, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho francés, existía un expreso reconocimiento del derecho al nombre como un derecho de la personalidad, lo que evitó tener que recurrir a construcciones que justificaran su especial protección, en forma independiente de la responsabilidad extracontractual. Pero esta misma regulación llevó a que autores como el mismo ENNECCERUS señalara que el BGB no conoce otros derechos de la personalidad distintos a los expresamente regulados, descartando las tesis que propugnan reconocer un derecho subjetivo a la vida, a la libertad, al cuerpo, a la salud y el honor, al secreto de la correspondencia privada o, en general, a la esfera secreta de la propia persona. Se trata tales intereses de "bienes de la vida" (bienes jurídicos), los cuales no se convierten en derechos subjetivos por la sola circunstancia de que de su violación nazca (secundariamente) una pretensión de indemnización, la que sí sería un derecho subjetivo. Los derechos subjetivos absolutos, según la interpretación que Enneccerus hacía del párrafo 823 apartado 1, están protegidos, en principio, de un modo completamente general y preferente contra todo ataque culposo (y por tanto también negligente), a no ser que se pruebe un derecho especial al ataque (por ejemplo, la legítima defensa, estado de necesidad, aprobación). Los bienes de la vida, en tanto no estén expresamente equiparados a los derechos subjetivos, como los cuatro bienes jurídicos mencionados en el apartado 1 del párrafo 823, solo son protegidos en direcciones concretas y solo en tanto medien prohibiciones especiales expresas. Precisamente por eso para Enneccerus y la doctrina alemana de la época, era improcedente y regresivo equiparar sin base positiva los bienes jurídicos a los derechos subjetivos y protegerlos con carácter general en méritos a esa equiparación. ENNECCERUS *et al.*, cit. (n. 24), p. 289.

regulación positiva en la cual basa su interpretación, el citado autor, si bien reconoce que el nombre antes que todo individualiza a la persona, agrega que no solo se trata una cualidad jurídica, sino que está reconocido como un derecho subjetivo de la persona, de lo que resulta que, si concurren los requisitos legales, puede demandarse incluso la constatación judicial del nombre; además de hacerse valer por vía de acción en dos casos: si el derecho al uso del nombre es discutido al titular o si otro lo usa sin derecho.

En la concepción de Enneccerus sobre el derecho al nombre nos encontramos nuevamente con que este es reconocido como un derecho de la persona que recae sobre especiales intereses, siendo su objeto un atributo de la propia persona; pero a diferencia de la concepción de Messineo no existe la estrecha vinculación entre el nombre y la identidad, más allá de la función individualizadora que este desempeña. Sin embargo, al realizar sus comentarios desde la regulación positiva, niega la posibilidad de otros intereses existenciales que puedan adquirir la calidad jurídica de derechos de la personalidad; y limita el alcance del contenido del derecho al nombre a aquel que resulta de las acciones reconocidas por el BGB frente a su perturbación.

Finalmente, dentro del ámbito hispano, resulta imposible no destacar el trabajo realizado por Manuel Batlle³⁴, quien pone énfasis en la función individualizadora que desarrolla el nombre, razón por la cual la persona y su designación aparecen tan íntimamente ligadas que el aprecio o menosprecio que la sociedad hace de ella se traduce en el que se hace de su nombre, y la simple mención de este sugiere la idea de aquella con todos sus defectos y cualidades. Por esta razón, resulta tal la importancia que para Batlle tiene el nombre que en su parecer el primer derecho que la persona tiene es el de exigir de otro el reconocimiento como tal persona, distinta de las demás.

Conforme con lo anterior, señala que el individuo, desde que nace en el seno de la familia y la sociedad, adquiere, en su sentido más lato, la personalidad; esta supone distinción, y, por tanto, si no es dable negar, en el estado actual del Derecho, la cualidad de persona a ningún ser humano, tampoco lo es negarle las condiciones necesarias para su distinción. Por ello el derecho al nombre es necesaria e inmediata consecuencia de esta, y como eficaz complemento de la misma bien puede sin temor calificarse de derecho de la personalidad, sin que se trate de la personalidad misma, sino de un elemento necesario para su exteriorización. Como podrá apreciarse, lo más destacable de la concepción de Batlle sobre el derecho al nombre es la profunda unión que encuentra entre este, la función que tiene de individualización, y el derecho de toda persona a gozar de su propia personalidad. Este tema será tratado a continuación, cuando se analice la relación entre ambos derechos.

5. *El derecho al nombre y el derecho a la identidad.* De lo expuesto hasta este momento resulta imposible obviar la relación que tiene el nombre con la identidad personal, sobre todo en circunstancias que la doctrina consultada precisamente pone énfasis en la función distintiva que desarrolla este elemento propio de nuestra personalidad. Por esta razón, resulta indispensable referirnos al derecho a la identidad, a fin de poder determinar si el derecho al nombre aparece simplemente como una especificación de este, diferenciándose simplemente

³⁴ BATLLE, cit. (n. 2), pp. 36-41.

por tener un contenido mucho más específico, o si por el contrario, los intereses tutelados por este derecho de la personalidad difieren (al menos parcialmente) de los intereses resguardados por el derecho a la identidad, de manera que se justifique un tratamiento diferenciado.

Según se ha señalado, el derecho a la identidad constituye una forma de protección a un interés esencial de la persona, consistente en el resguardo de su verdad personal proyectada socialmente, entendida esta como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. La identidad personal es todo lo que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”³⁵, con lo cual se busca evitar que esa identidad se vea alterada o desnaturalizada, o que sea negada la proyección externa o social de su personalidad. Obviamente, por el objeto de tutela de este derecho y por constituir un elemento íntimamente a la propia condición de persona, estamos tratando de un especial derecho de la personalidad.

Acorde con lo señalado, Fernández define el derecho a la identidad como el derecho a ser uno mismo, el derecho a que no se atribuyan a la persona, de parte de terceros, actividades, conductas o ideas no verdaderas³⁶, con lo cual lo que se está amparando, en definitiva, es la proyección social de la verdad personal³⁷. Lo que importa desde ya destacar es que no se ampara algún aspecto valorativo de la personalidad, sino que tutela solamente aspectos cognoscitivos, esto es, la correlación que exista con la verdadera biografía de un sujeto, lo cual resulta de extrema relevancia para poder diferenciarlo de otros intereses protegidos por el derecho a la honra. Como puede apreciarse, el derecho a la identidad cubre un amplio espectro de los intereses de la persona, concentrados en su identidad, la cual no se limita a las meras características físicas o biológicas de la persona, o a su identidad registral (donde se incluye el nombre), sino que se extiende a otros elementos esencialmente variables y que forman parte de la biografía personal, los cuales integran la faz dinámica de la identidad.

De lo anteriormente expuesto queda de manifiesto que el derecho al nombre en parte queda comprendido en el derecho a la identidad, desde el momento que el derecho a usar un nombre, a ser reconocido socialmente por ese nombre y a evitar que sea falseada nuestra identidad registral o usurpada por otra persona corresponden a intereses comprendidos en la faz estática de la identidad, y por tanto, amparados frente a las posibles distorsiones o negaciones que de la proyección social de esta se puedan hacer. La pregunta en este momento es si sigue teniendo sentido hablar de un derecho autónomo al nombre, en forma diferenciada al derecho a la identidad. Si bien, como señalamos, parte importante de los intereses que pretendieron ser amparados por la creación del derecho al nombre pertenecen también al

³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Persona, Personalidad, Capacidad, Sujeto de Derecho: Un Reiterado y Necesario Deslinde Conceptual en el Umbral del Siglo XXI*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, N° 28 (Noviembre, 2001), p. 64.

³⁶ FERNÁNDEZ, cit. (n. 29), p. 81.

³⁷ Otras definiciones las proporciona la profesora Veloso, quien entiende por derecho a la identidad “el derecho de toda persona sobre la verdad de su propia biografía”, VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Principios Fundamentales del Nuevo Estatuto de Filiación*, en *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, SCHMIDT, Claudia; VELOSO, Paulina, Editorial ConoSur (Santiago, 2001), p. 64. Por su parte, Molina y Viggliola, citados por Gissela López, conceptualizan el derecho a la identidad como “el derecho personalísimo del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad”, LÓPEZ RIVERA, Gissela, *Nuevo estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales*, Editorial Jurídica ConoSur (Santiago, 2001), p. 127. Finalmente, para Gonzalo Figueroa lo protegido a través de este derecho de la personalidad es “el respeto por la autenticidad y verdad de la identidad personal de cada cual”, FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo, *Derecho Civil de la Persona: del Genoma al Nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2001), p. 263.

derecho a la identidad, no consideramos que exista una absoluta correlación entre ambos derechos, dado que el derecho al nombre puede comprender al menos dos intereses más, que se alejan de la faz estática de la identidad y que por su contenido no podrían ser comprendidos en la faz dinámica, a menos que se cambie el eje de la protección desde factores cognoscitivos que se han desarrollado, hacia la posibilidad misma de desarrollar tales factores (con lo cual se produciría un problema de delimitación entre la identidad y el libre desarrollo de la personalidad o la autonomía). A continuación trataremos uno de los intereses vinculados a la personalidad moral que mayor relación guardan con el nombre, cual es el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

6. *Derecho al nombre y derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*³⁸. La *Convención Americana de Derechos Humanos* (también conocida como *Pacto de San José de Costa Rica*) reconoce en su artículo 18 el derecho al nombre, en los siguientes términos: “ Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario ”. Se trata esta de una norma recomendada al Consejo de la Organización de Estados Americanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁹; y que guarda concordancia con el artículo 24 numeral 2º del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el que establece que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá llevar un nombre, siendo el derecho al nombre un atributo de la personalidad, que debe ser regulado por cada legislación interna⁴⁰.

La protección del derecho del nombre en esta esfera guarda íntima relación con la creación de las circunstancias para el pleno ejercicio de los derechos por parte de un individuo, otorgando su protección resguardo a otro interés de la persona, cual es el reconocimiento de su personalidad jurídica. Podría recordarse en este punto las palabras de Messineo consignadas al inicio de este trabajo o la teoría de Batlle sobre el derecho al nombre como un derecho de la personalidad, pero sería suficiente con preguntarse qué derechos pueden ser ejercidos frente a organismos oficiales o qué actos públicos pueden ser celebrados por aquel cuyo nombre no se encuentra oficialmente reconocido en un registro público, para ver en qué medida una negativa en el reconocimiento del derecho al nombre y a tal atributo de la personalidad implica en la práctica una negativa al reconocimiento de

³⁸ En esta parte trataremos el derecho al nombre reconocido por la *Convención Americana de Derechos Humanos* en su relación con el reconocimiento de la personalidad jurídica, sin incluir el derecho al nombre relacionado con la identidad personal; pero ello no implica que el segundo no encuentre protección en la Convención. A nuestro juicio, la Convención permite la protección de ambas manifestaciones del derecho al nombre.

³⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derechos y Deberes Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica*, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General Organización de Estados Americanos (1980), pp. 60-61.

⁴⁰ El Art. 3 trata del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, señalando que “ toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica ”.

la personalidad jurídica⁴¹. La relación entre ambos derechos tuvo reconocimiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, sentencia pronunciada el 8 de septiembre de 2005, la cual además constituye un hito en lo referido a la protección como derechos de la personalidad de atributos de la personalidad, como la nacionalidad y el nombre⁴².

En este caso, la Comisión Americana de Derechos Humanos alegó en su demanda que el Estado dominicano, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar quienes son ciudadanos dominicanos. Considerando estos hechos, la Comisión señaló que el Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores, toda vez que la República Dominicana negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas hasta el 25 de septiembre de 2001. Además, según la Comisión, la niña Violeta Bosico se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad. Toda esta situación era agravada por la inexistencia de un mecanismo o procedimiento para que un individuo apele una decisión del Registro Civil ante el juez de primera instancia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales del Registro Civil que no permitieron a las presuntas víctimas obtener sus actas de nacimiento, son igualmente alegadas por la Comisión como violaciones a determinados derechos consagrados en la Convención. Finalmente, la Comisión pidió que el Estado adopte las medidas legislativas o de otra índole necesaria para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la Convención y establezca directrices que contengan requisitos razonables para la inscripción tardía de nacimiento y no impongan cargas excesivas ni discriminatorias, con el objeto de facilitar los registros de los niños dominico-haitianos⁴³.

⁴¹ Sobre el punto, Pliner destaca la íntima vinculación entre el nombre y la personalidad humana a que sirve de signo individualizador, así como la función de ese signo como elemento relevante de la nación jurídica de esa personalidad. El individuo anónimo no tiene significación subjetiva en la esfera del derecho; con la contribución del nombre se convierte en ese centro de imputación jurídica que llamamos persona. El nombre adquiere de esta manera la jerarquía de un elemento integrante de la personalidad, con la cual se confunde en la síntesis de todos los ingredientes que la constituyen. PLINER, cit. (n. 3), p. 81. La relación también es recogida en el Comité de los Derechos del Niño, al señalar en el párrafo 7º de la Observación General Nº 17 que “en virtud del párrafo 2 del artículo 24, todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre. A juicio del Comité, debe interpretarse que esta disposición está estrechamente vinculada a la que prevé el derecho a medidas especiales de protección y tiene por objeto favorecer el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño. El establecimiento del derecho al nombre reviste especial importancia con respecto a los hijos extramatrimoniales. La obligación de inscribir a los niños después de su nacimiento tiende principalmente a reducir el peligro de que sean objeto de comercio, raptos u otros tratos incompatibles con el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. En los informes de los Estados Partes deberían indicarse en detalle las medidas adoptadas para garantizar la inscripción inmediata de los niños nacidos en su territorio”, en *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*: NASH, Claudio, *Apuntes para Seminario de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 64.

⁴² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de Septiembre de 2005. World Wide Web: <<http://www.cidh.org>>

⁴³ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit. (n. 41), considerando 3º.

Si bien la Comisión argumentó que la negativa a inscribir a las niñas Dilcia y Violeta en el Registro Civil por parte de funcionarios dominicanos ocasionó su exclusión del orden jurídico e institucional del Estado, ya que durante más de cuatro años ni Dilcia ni Violeta poseían un acta de nacimiento, documento legal reconocido por la República Dominicana como prueba de su identidad, y por ello, no estaban reconocidas ante la ley, lo cual constituyó una violación del artículo 3 de la Convención Americana; no consideraron que tal infracción constituyese una violación al artículo 18 de la Convención. En cuanto al artículo 18 de la Convención, relativo al derecho al nombre, fueron los representantes de las niñas quienes incorporaron la materia dentro de la discusión⁴⁴.

El Estado dominicano no realizó alegaciones específicas respecto del derecho al nombre, y sobre la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica señaló que no infringió tal derecho, ya que en ningún momento impidió el registro de las niñas⁴⁵.

La Corte acogió las argumentaciones presentadas por la Comisión y los representantes en base a los siguientes razonamientos, que dada la claridad con que expone los tópicos tratados, así como lo inusual de la materia controvertida, estimamos conveniente reproducir aquí los considerandos pertinentes:

“175. La situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraban las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas, tuvo consecuencias relacionadas con sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre”.

[...]

“178. Una persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica”.

“179. La Corte estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”.

“180. En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”.

“181. En lo que se refiere a la presunta violación del derecho al nombre establecido en el artículo 18 de la Convención Americana, es necesario indicar que aunque la Comisión Interamericana no lo alegó, la Corte ha establecido que las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por ésta”.

“182. Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales”.

⁴⁴ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit. (n. 41), considerando 38°.

⁴⁵ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, cit. (n. 41), considerandos 110-124.

“183. Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento”.

“184. Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado, lo que no fue garantizado a las niñas Yean y Bosico por la República Dominicana”.

[...]

“186. La Corte observa que la violación del derecho a la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, la condición de apátridas en que fueron mantenidas, y el no reconocimiento de su personalidad jurídica ni de su nombre, desnaturalizó y negó la proyección externa o social de su personalidad”.

Como se desprende, especialmente de los considerandos 183, 184 y 186, el derecho al nombre es concebido por la Corte como una forma de resguardo respecto de un signo distintivo de la personalidad, sin el cual esta no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado; donde la negativa a su reconocimiento implica la negación de la proyección externa o social de la personalidad y, consecuentemente, la afectación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Dada la relevancia que existe en que las personas tengan un nombre y en que se les reconozca su personalidad jurídica, la Corte deriva del mismo derecho al nombre una serie de obligaciones, oponibles frente al Estado, como la obligación que tiene este de proteger el nombre de las personas, de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona en forma inmediata después de su nacimiento, y la obligación de garantizar la posibilidad de preservar y restablecer los nombres de la persona. Sin embargo, la Corte desprende del derecho al nombre un último interés protegido, que a nuestro juicio no se encuentra vinculado con la identidad o la protección de la personalidad jurídica, cual es el derecho que tiene toda persona a ser registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Como puede apreciarse a simple vista, se trata de una materia vinculada más bien con el poder que tienen los padres de tomar decisiones vinculadas con el desarrollo futuro del niño, fundadas en su interés superior y, eventualmente, con la protección de la cultura y creencias con que la familia se identifica, creando una esfera de inmunidad frente a la actuación estatal. Este tema resulta de extraordinaria importancia, desde el momento que es a partir del reconocimiento de la existencia de estos valores vinculados al nombre que podemos cuestionar el principio de la inmutabilidad.

II. REGULACIÓN DEL NOMBRE EN CHILE⁴⁶

El derecho a usar el nombre está reconocido por el art. 1 de la Ley N° 17.344, según el cual toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento, comprendiendo este tanto el nombre propio como el nombre patronímico.

1 *Determinación del nombre.* Según señala el artículo 31 N° 3 de la Ley N° 4.808, las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, el nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere inscripción. Es a partir de este momento, con la práctica de la inscripción de nacimiento, que queda determinado el nombre de la persona, el cual permanecerá inalterado a menos que concurra alguna de las circunstancias especiales que se analizarán más adelante.

1.1 *Nombre patronímico.* Según señala Alessandri, el nombre de familia o patronímico es, como lo indica la terminología, revelador de la familia, de los orígenes del individuo que lo lleva, encontrándose en principio subordinado a la filiación⁴⁷. Es por esta razón que el ordenamiento nacional atiende a la situación de filiación de la persona para la atribución de los apellidos con que será individualizada.

En efecto, la regulación de la materia se encuentra en el Reglamento Orgánico del Registro Civil, atiende al criterio de la filiación para determinar con qué apellidos será inscrita una persona. De esta forma, según el art. 126 inciso 2° del Reglamento Orgánico del Registro Civil (Decreto N° 2.128 Ministerio de Justicia, cuya última modificación fue en 1993), “si el nacido es hijo legítimo, se le pondrá a continuación el apellido del padre y en seguida el de la madre”. En cambio, en el inciso 3° de la misma disposición ordena que “si se tratare de hijo ilegítimo, se le inscribirá con el apellido del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia, y si ambos lo hubieren solicitado, se procederá como en el caso del hijo legítimo”; a lo que agrega el art.127 que “en la inscripción sólo podrá dejarse testimonio del padre o madre de un hijo ilegítimo, si uno de ellos o ambos lo pidieren personalmente o por medio de mandatario constituido para este efecto por escritura pública”. Como señala Escandón, si no se indicare por el declarante el apellido del otro progenitor, se procederá a consignar como apellido paterno el del padre reconociente y se repetirá este, de manera que el inscrito quedará con los apellidos “Cornejo Cornejo”, si el apellido paterno del padre o la madre que lo reconoció es Cornejo⁴⁸. Esta regulación merece una serie de comentarios.

En primer término, se trata de una regulación que no solo hace referencia a categorías que ya no existen en nuestro Derecho, razón suficiente para considerarla orgánicamente derogada (sobre todo si consideramos que, al girar sobre la base de una legislación derogada,

⁴⁶ En esta parte no nos referiremos directamente al derecho al nombre, reconocido en la legislación nacional con rango constitucional, por haber sido tratado en las secciones anteriores. Por ello nos limitaremos al tratamiento legal del nombre en Chile.

⁴⁷ ALESSANDRI, cit. (n. 1), p. 418.

⁴⁸ ESCANDÓN ORELLANA, Pedro, *Del Cambio de Nombres y Apellidos y de las Rectificaciones de las Partidas del Registro Civil*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1988), p. 7.

contiene referencias anacrónicas⁴⁹), sino que además sigue manteniendo una odiosa distinción que atenta contra valores constitucionales como la dignidad humana, la igualdad ante la ley, el interés superior del niño y el derecho a la identidad (en cuanto al conocimiento de esta), lo que implica una seria antinomia valorativa.

Por esta razón, consideramos que la única forma de entenderla sería remitiéndose a la nueva regulación filiativa, realizando una reconstrucción normativa en base a las únicas categorías actualmente reconocidas por nuestra legislación, como son las de hijo de filiación determinada y de filiación no determinada. De manera que, cuando se trate de un hijo que tiene su filiación determinada respecto de ambos progenitores, deberá llevar en primer término el apellido de su padre y en segundo término el apellido de su madre; mientras que tratándose de un hijo que solo tenga determinada su filiación respecto de uno de ellos, deberá llevar su apellido^{50, 51}. Respecto de los hijos que no tengan una filiación determinada respecto de ninguno de sus padres, creemos que al no estar limitada la atribución de un posible apellido por las normas del Reglamento, y considerando que el derecho a tener un apellido forma parte del derecho al nombre y que la mención de los apellidos es declarada como esencial respecto de las partidas de nacimiento, deben prevalecer las normas generales de la Ley N° 4.808, pudiendo la persona que realiza la inscripción atribuir los apellidos que favorezcan a su individualización⁵².

⁴⁹ Así, Alessandri, comentando la materia, señala que “tratándose de un hijo ilegítimo, también puede designarse al inscrito por el nombre que señale la persona que requiere la inscripción de nacimiento, poniéndole a continuación el apellido del padre o madre que hubiere pedido se deje constancia de su paternidad o maternidad, y si ambos lo hubieren solicitado, debe procederse como en el caso del hijo legítimo: primero el apellido del padre y después el de la madre (Reglamento Orgánico de Registro Civil, artículo 126, inciso final). Es de notar que hoy el hecho de consignarse el nombre del padre o de la madre, a petición de ellos, en la inscripción del nacimiento, es suficiente reconocimiento de la filiación natural”, ALESSANDRI, cit. (n. 1) p. 419.

⁵⁰ Con todo, esta solución no es satisfactoria, ya que por repetir los apellidos de uno de los progenitores en la inscripción podría resultar que las antiguas discriminaciones entre categorías de hijos se reproduzcan, ahora no en un plano normativo, sino meramente práctico. Por ello, consideramos que sería positivo permitir la inscripción con dos apellidos diferentes, uno de ellos correspondiente al progenitor y el otro a elección de la persona que realiza la inscripción, sobre todo considerando que la atribución de un apellido no implica de por sí la determinación de la filiación y que actualmente se permite por la Ley N° 17.344 la alteración de uno de los apellidos con que se hubiera inscrito a la persona, si ambos fuesen iguales a causa de no estar determinada su filiación o de estar determinada solo respecto de uno de sus progenitores. Otra opción sería lisa y llanamente considerar la disposición derogada por las razones antes expuestas y considerar que la única regla en la materia es aquella contenida en la Ley N° 4.808, según la cual las partidas consignarán los apellidos que indique la persona que solicite la inscripción

⁵¹ En resguardo de los intereses del niño, al momento de realizarse la inscripción el Oficial del Registro deberá hacer saber por escrito a la madre o a la persona que inscriba un hijo de filiación no determinada, los derechos de los hijos para reclamar la determinación legal de la paternidad y la forma de hacerlos valer en tribunales, art. 32 Ley N° 4.808

⁵² Además, esta sería la única interpretación acorde con la Convención Americana, que reconoce como parte integrante del derecho al nombre el derecho a tener apellidos, agregando que de ser necesario a fin de evitar su falta se debe recurrir al uso de nombres supuestos; y por la obligación que tiene el Estado de velar porque toda persona tenga un nombre. En este sentido, puede considerarse la solución que contiene para este evento el *Código de la Niñez y Adolescencia Uruguayo*, cuyo artículo 27 N° 6 expresamente dispone que “El hijo habido fuera del matrimonio cuyos padres se desconocen, inscripto de oficio, llevará dos apellidos de uso común seleccionados por el Oficial del Registro de Estado Civil interviniente”.

En segundo término, pueden concebirse dudas sobre la constitucionalidad de una disposición que establece un orden necesario para los apellidos de los progenitores, desde una perspectiva de la igualdad ante la ley, según el caso analizado. Se trata este de un tema que, pese a la importancia que ha suscitado en el Derecho de Familia comparado, ha sido prácticamente olvidado por la doctrina nacional, habiendo comenzado su discusión en Chile a través de los Boletines N° 3810-18 y 4149-18.

En efecto, el otrora indiscutido carácter prevalente del apellido del marido y su función de expresión de unidad familiar⁵³ ha sido cuestionado en el Derecho comparado⁵⁴, considerando los imperativos que plantea la igualdad de género y la justificación que puede desarrollar en nuestras sociedades modernas una regla de preeminencia basada exclusivamente en el sexo de las personas. En este sentido, resulta especialmente destacable la posición desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia 48,327 de 31 de mayo de 1978, donde tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad del parágrafo 1355 del BGB, que fuera modificado en 1957 a través de la Ley de Igualdad de Derechos, el cual prescribía que la mujer tenía el derecho de adicionar su apellido de soltera al apellido matrimonial, dejando en lo restante que el apellido familiar y matrimonial fuese el del marido⁵⁵. En el caso en comento, el Tribunal consideró la señalada disposición contraria al art. 3.2 GG⁵⁶, por lo que fue declarado inconstitucional, basando esta decisión en que: “La regla de que el apellido matrimonial era el del marido, excluyendo así la posibilidad de que el apellido de soltera de la mujer pudiera ser adoptado como apellido familiar, sólo el marido podía conservar su apellido como apellido familiar. La pregunta de cual apellido mantendrán ambos cónyuges como apellido matrimonial, lo decidía la ley remitiendo únicamente al sexo. Esa regla representaba una violación del derecho fundamental de la mujer consagrado en el artículo 3.2 G.G. Ese detrimento ocasionado a la mujer tampoco fue subsanado con el hecho de que pudiera adicionar el apellido matrimonial a su apellido de soltera. Mientras que el hombre no estaba autorizado ni obligado a hacer público el hecho de su matrimonio en su apellido, por el matrimonio el apellido de la mujer debía incluir una modificación. Bastante evidentes fueron las diferencias de tratamiento para la mujer en el caso del apellido de los hijos habidos en el matrimonio, como quiera que de acuerdo al parágrafo 1616 BGB sólo recibían el apellido del padre”.

⁵³ Como señala Glendon refiriéndose a los ordenamientos pertenecientes al *common law* “*The social custom of taking the husband’s name expressed a wife’s integration into her husband’s family, and the common family name expressed the unity of the new household*”. GLENDON, cit. (n. 15), p. 104.

⁵⁴ Para una breve referencia al caso francés y la evolución desde el nombre patronímico al nombre de familia, expresivo de una identidad familiar, *vid.* TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Código Civil, 1855-2005, Evolución y Perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2005), p. 79.

⁵⁵ Esta solución todavía sigue en otros ordenamientos, como ocurre en la Confederación Helvética (art. 160 Código Civil Suizo).

⁵⁶ Art. 3 G.G. 1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. 3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico; SCHWABE, Jürgen, cit. (n. 22), p. 98.

Esta discriminación no se podía justificar a través de una diferencia biológica o funcional, y la igualdad de los cónyuges en el marco de la unidad familiar tampoco se afectaría porque el apellido del marido no fuera el apellido del matrimonio⁵⁷ 58.

Como consecuencia de ello, se modificó el parágrafo 1355 BGB, el cual hoy establece que los cónyuges deberán determinar un apellido común, el cual puede ser tanto el hombre como el de la mujer. El cónyuge cuyo apellido no sea usado como conyugal puede, mediante una declaración, solicitar se agregue su apellido de soltero al nombre conyugal. Si los cónyuges no pueden determinar un apellido como conyugal, deberán usar sus apellidos de solteros⁵⁹.

Sin embargo, para fines de comprensión de nuestro ordenamiento, resultan mucho más informativas las modificaciones realizadas en la regulación española de atribución de apellidos por la Ley N° 40/1999, la cual, invocando expresamente en su Exposición de Motivos la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo, modificó el artículo 109 del Código Civil, el cual actualmente se encuentra redactado de la siguiente manera: “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de los apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos”.

Como pone de manifiesto Novales, resulta evidente que el modelo de la Ley N° 40/1999 fue estrechamente seguido por el legislador nacional en los proyectos antes señalados⁶⁰, siendo susceptible de realizar a su respecto las mismas críticas que la doctrina española en su oportunidad efectuó a la reforma legal, sobre todo en lo que concierne a la posible existencia de una discriminación por indiferenciación⁶¹ producto de la aplicación

⁵⁷ El Tribunal reconoce que la diferencia existente en un tiempo entre el hombre y la mujer, donde este representaba hacia el exterior la comunidad, pudo haber justificado en un tiempo esa diferencia, pero tal desigualdad actualmente no se justifica, considerando especialmente la igualación de roles y la entrada al mundo laboral de la mujer.

⁵⁸ SCHWABE, Jürgen, cit. (n. 22). pp. 102-104.

⁵⁹ Similar principio de igualdad inspira el Código Civil de Quebec. Al respecto revísense los artículos 51 y 52, que establecen normas sobre elección de prenombre y patronímico que llevará el hijo. *Art. 51. L'enfant reçoit, au choix de ses père et mère, un ou plusieurs prénoms ainsi qu'un nom de famille formé d'au plus deux parties provenant de celles qui forment les noms de famille de ses parents. Art. 52. I. En cas de désaccord sur le choix du nom de famille, le directeur de l'état civil attribue à l'enfant un nom composé de deux parties provenant l'une du nom de famille du père, l'autre de celui de la mère, selon leur choix respectif. II. Si le désaccord porte sur le choix du prénom, il attribue à l'enfant deux prénoms au choix respectif des père et mère.* Referencia electrónica, www.justice.gouv.qc.ca

⁶⁰ NOVALES ALQUÉZAR, María de Aranzazu, *Orden de Apellidos de la Persona nacida. Observaciones a Propósito de un Proyecto de Ley*, en, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 2, (Santiago, 2003), pp. 323 y ss.

⁶¹ NOVALES, cit. (n. 60), p. 323.

práctica de la nueva normativa formalmente igualitaria, sobre todo en circunstancias que la falta de acuerdo determinará que será el apellido del padre el que deberá prevalecer.⁶²

Ahora bien, el citado proyecto ha recibido variadas críticas por parte de la doctrina nacional, las cuales van desde lo técnicamente innecesario de realizar una reforma legal para modificar el Reglamento Orgánico del Registro Civil,⁶³ hasta la calificación de tratarse esta de una pretensión de cuño ideológico que no tiene respaldo alguno en la realidad ni en las necesidades de la práctica jurídica,⁶⁴ pasando por lo poco conveniente que resulta afectar el principio de inmutabilidad del nombre, la tradición o la fortaleza de la familia en términos de parentesco,⁶⁵ las cuales pueden ser refutadas si consideramos lo expuesto en la primera parte de este trabajo sobre los valores protegidos a través del reconocimiento del derecho al nombre y tenemos presente que la inmutabilidad del nombre es un principio de orden administrativo destinado a la satisfacción de una necesidad social, cuyos objetivos pueden ser alcanzados de manera mucho más precisa en la actualidad recurriendo a otros mecanismos de identificación disponible (Registro de ADN, Registro Dactilar, Registro mediante el RUN, etc.⁶⁶) y que a diferencia de los intereses tutelados a través del nombre no cuenta con reconocimiento constitucional, razones por las cuales la ponderación debe necesariamente inclinarse a favor de este último⁶⁷.

1.2 *Nombre propio*. En lo que respecta al nombre, su elección queda entregada a la persona que solicita la inscripción⁶⁸, siendo esta otra de las menciones esenciales de la

⁶² La autora propone soluciones a esta situación, como el exigir la constancia del acuerdo de ambos progenitores en la elección del orden con que serán atribuidos los apellidos, o la posible existencia de un recurso judicial en caso de no existir consenso, las cuales pueden presentar importantes inconvenientes prácticos, sobre todo considerando la premura que exige la determinación de los nombres del nacido y el actual retardo que presentan los Tribunales de Familia para conocer de los asuntos sometidos a su competencia, situación que obligaría a su vez a realizar reformas procedimentales a fin de garantizar la existencia de un pronto pronunciamiento. NOVALES, cit. (n. 60), pp. 328 y ss. Otra opción posible es adelantar el momento de la decisión a uno que resulte no conflictivo, como sería el facultar a quienes contraen matrimonio a determinar, en el mismo acto, cuál será el orden de los apellidos de sus hijos. Con todo, esta solución, si bien puede resultar más simple de implementar, presenta desventajas, como el hecho de no resolver la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio o la contradicción valorativa que implica continuar introduciendo modificaciones al igualitario estatuto de filiación. Finalmente, una opción que destaca por su particularidad es la adoptada por el Gran Ducado de Luxemburgo, cuyo Código Civil en el art. 57 inc. 5º establece que en caso de desacuerdo sobre el orden de los apellidos, este será decidido por el oficial civil, mediante sorteo realizado ante la persona que solicita la inscripción.

⁶³ Esta crítica fue sostenida por el profesor Corral en Informe preparado por la Fundación Fernando Fueyo sobre el Proyecto de Ley, con fecha 28 de junio de 2001, y es compartida por Novales, *vid.* NOVALES, cit. (n. 60). p. 323. Por el contrario, consideramos que se trata de una crítica errada, desde el momento que lo relevante en la actualidad para determinar si una determinada materia debe ser modificada por medio de una ley no es el rango que el ordenamiento confiere a la normativa en que actualmente se encuentre contenida la materia a modificar, sino la distribución de competencias que efectúa la Constitución, quedando en nuestro concepto comprendida la regulación de los derechos de la personalidad en el art. 63 N° 3 de la Constitución Política, *vid.* BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *El Principio de Distribución de Competencias como Criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicas*, en *Revista Chilena de Derecho*, 1998, Número Especial, pp. 33-44.

⁶⁴ CORRAL. Citado por NOVALES, cit. (n. 60), p. 328.

⁶⁵ *Vid.* declaraciones de la profesora Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO. World Wide Web http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20081013/pags/20081013175155.html;

⁶⁶ Art. 126 inciso 1º Reglamento Orgánico Registro Civil.

inscripción de nacimiento. Pero esa elección no es enteramente libre, si consideramos que los incisos finales del art. 31 Ley N° 4.808, agregados por la Ley N° 17.344, establecen que “No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje. Si el Oficial del Registro Civil, en cumplimiento de los que dispone el inciso anterior, se opusiere a la inscripción de un nombre y el que lo solicite insistiere en ello, enviará de inmediato los antecedentes al Juez de Letras, quien resolverá en el menor plazo posible, sin forma de juicio, pero con audiencia de las partes, si el nombre propuesto está comprendido o no en la prohibición. Estas actuaciones estarán exentas de impuesto”⁶⁹.

Nos interesa destacar respecto de este punto que hay que ser cuidadoso en la interpretación de las causales, y tener presente que lo perseguido a través de estas limitaciones es resguardar el derecho al honor, así como el futuro desarrollo de la persona y su desenvolvimiento a nivel social. Además, no debemos olvidar que los nombres bien pueden expresar pertenencia a una cultura determinada o adhesión a una determinada fe. Por ello, consideramos positivo que la apreciación de las causales se haga caso a caso, atendiendo a las particulares circunstancias, y que su determinación última no esté entregada a la Administración, sino que al Poder Judicial, atendido el ejercicio de ponderación que requerirá el conflicto. En efecto, el conocimiento de estas materias corresponde, en caso de que la oposición del oficial no sea aceptada por quien requiere la inscripción, al Juez de Letras competente (entendemos se trata de aquel que tenga competencia respecto del lugar en que se solicita la inscripción), quien lo hará sin forma de juicio, lo que implica que no se inicia un proceso para obtener la resolución del conflicto. Con todo, y por expresa imposición legal, deberá llevarlo a cabo mediante una audiencia a la que deben ser citados tanto el Registro Civil como el requirente. Tras realizada esta audiencia, deberá resolver en el menor plazo posible, lo cual se explica plenamente si consideramos que se trata de la inscripción de un recién nacido (*vid. Yean y Bosico vs. República Dominicana*).

1.3 *Cambio de nombre*⁷⁰. Como señalamos anteriormente, el principio de inmutabilidad del nombre no es absoluto, siendo usual que aún las legislaciones continentales en determinadas circunstancias admitan su cambio. En esta sección analizaremos cuáles son las circunstancias que en la legislación nacional hacen posible la alteración del nombre. No

⁶⁹ Puede considerarse que esta norma viola la interpretación que la Corte Interamericana da al artículo 18. Nos referimos a la libertad que reconoce para escoger el nombre, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa. Todo derecho admite limitación en la medida que se vea comprendido la afectación de otro derecho de igual rango, exigiendo un ejercicio de ponderación entre los valores en conflicto. Por ello, no puede considerarse se trate de una prohibición absoluta, pero por provenir de un derecho fundamental para que sea afectada se requiere que comprometa la elección otro derecho fundamental, como puede ser la honra de la persona.

⁷⁰ Además del cambio de nombre que se analizará a continuación, la ley prevé otra situación, la supresión de nombres propios cuando se cuenta con más de uno. Señala que “en los casos en que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento, el titular podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio y en las de nacimiento de sus descendientes menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubiere usado”. Lo especial en el caso es que no será necesaria publicación alguna ni se admitirá oposición. Escandón cree que también podría solicitarse en virtud de esta causal el cambio en el orden de los nombres propios.

analizaremos en este trabajo las correcciones administrativas de las partidas de nacimiento, dado que en ellas si bien existe una mutación del nombre con que aparece inscrita una persona, ella obedece a que se contenía una omisión o error manifiesto⁷¹.

Siguiendo la distinción presentada por Alessandri, podemos distinguir en nuestra legislación dos hipótesis de cambio de nombre, pudiendo producirse esta por vía principal o por vía de consecuencia, según si ocurre a través del procedimiento que tiende única y exclusivamente a obtener la mutación del nombre (vía principal) o si el cambio se produce como consecuencia del cambio de una situación jurídica dada (vía indirecta o por consecuencia). Respecto del cambio por vía indirecta, en nuestro ordenamiento este no opera en forma inmediata, por el solo hecho de producirse una alteración en la relación filial de la persona. En efecto, si bien la ley exige que los diferentes títulos que dan por determinada la filiación se subinscriban al margen de la inscripción de nacimiento, por ese solo hecho no se alterará el nombre de la persona, desde el momento que, conforme a la Ley N° 4.808, para que ello ocurra será menester recurrir al procedimiento de rectificación administrativa, debiendo ser esta solicitada al Director General del Registro (quien igualmente podrá actuar de oficio) el que podrá ordenar la alteración de la partida, a fin de que los apellidos de la persona coincidan con su vínculo de filiación (art. 17 inciso 3 Ley N° 4.808).

En el caso de la adopción, la sentencia que la decreta debe ordenar practicar una nueva inscripción de nacimiento y cancelar la anterior; además de ordenar que se oficie, cuando corresponda, al Ministerio de Educación, a fin que se eliminen del registro curricular los antecedentes relativos al menor de edad adoptado y se incorpore otro registro de acuerdo a la nueva identidad de este⁷². Aquí se trata propiamente de un caso de cambio de nombre por cambio en la relación de filiación.

El cambio de nombre por vía directa exige el inicio de un procedimiento no contencioso, el que se encuentra regulado por la Ley N° 17.344, la que establece que cualquier persona podrá solicitar, por una vez, que se le autorice a cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos que establece. La solicitud de cambio de nombre es personalísima, pudiendo incluso esta ser solicitada por persona que aún no ha alcanzado la mayoría de edad. Al respecto la ley señala que “si se tratare de un menor de edad que careciere de representante legal o, si teniéndolo éste estuviere impedido por cualquier causa o se negare a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos a que se refiere esta ley, el juez resolverá, con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del defensor de menores y aun de oficio” en una norma que resulta absolutamente elogiada, dado

⁷¹ *Vid.* art. 17 Ley N° 4.808. Según este, las partidas solo podrán ser alteradas en virtud de una sentencia judicial ejecutoriada, salvo en el caso de que contengan errores u omisiones manifiestos, siendo aquellos que se desprenden de la sola lectura de la respectiva inscripción o de los antecedentes que le dieron origen o que la fundan, caso en el cual el Director General del Servicio podrá ordenar su corrección por vía administrativa. Un caso permitirá clarificar el punto. En la inscripción del recién nacido deben constar los nombre y apellidos de los padres. Suponga que el padre se llama Pedro Pérez Pereira y la madre Ana Valenzuela Rivera, y que pese a estar reconocido por ambos, en el registro aparece como Luis Pereira Rivera. Se trata de un error manifiesto, dado que de la sola lectura aparece que sus apellidos debieron ser Pérez Valenzuela. Piense qué ocurriría si se producen otros tipos de errores (transcripción, etc.). Por su parte, el art. 18 contempla un procedimiento de rectificación en sede judicial.

⁷² RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, quinta edición actualizada con la Nueva Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2005), tomo II, p. 492.

que reconoce la íntima conexión existente entre la personalidad y el nombre, al posibilitar que solicite su modificación aún un niño; con lo cual ciertamente se avanza en la protección de la esfera moral de la persona y en el caso, con el reconocimiento de aptitudes en el niño para ser oído y tomar decisiones respecto de los bienes que forman parte de su esfera más personal.

1.3.1 *Causales*. A diferencia de otros sistemas⁷³, la legislación nacional establece una serie de causales que deberán ser invocadas y probadas a fin que se admita el cambio de nombre, las cuales serán analizadas a continuación.

Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente.

Entendemos se trata de causales que buscan en general resguardar el honor de la persona u otros valores relacionados con su esfera moral, evitando que sea identificada por medio de nombres que le causan un menoscabo. Respecto del carácter ridículo o risible de un nombre, Escandón señala que “deben comprenderse en esta causal todos aquellos nombres y apellidos que puedan mirarse o calificarse como extravagantes, estafalarios, cómicos y hasta los originales que por sí solos o en relación con las características de su titular, causen risa, muevan a la risa o sean dignos de risa. El medio social es el que condiciona el carácter risible de alguna cosa y lo será también para calificar una determinada designación, sea un nombre o apellido”⁷⁴.

Creemos que el carácter ridículo o risible queda comprendido dentro del menoscabo moral, siendo esta una situación más amplia que la anterior, comprendiendo cualquier nombre que pueda afectar o causar a la persona, considerando especialmente, a nuestro juicio, lo que ha sido su historia de vida; a lo que Escandón agrega la posibilidad de cambiar ciertos nombres que han caído en el descrédito por haber pertenecido a personas dedicadas a actividades indignas o ilegales⁷⁵. Un ejemplo permitirá clarificar la situación. En el caso de la historia de vida, una persona difícilmente podría argumentar que el nombre Benjamín es risible o ridículo, por lo que no podría solicitar su modificación en virtud de ello. Pero sí podría alegar que ese nombre le causa un menoscabo moral, porque era el nombre de su padre, que nunca se preocupó por su bienestar o abusó sexualmente de él en su infancia.

En lo que respecta al menoscabo material, Escandón lo relaciona esta causal con nombres y apellidos que puedan afectar a una persona porque un homónimo figura en informativos o boletines como insolvente, lo que impide al afectado ejercer una actividad económica normal⁷⁶.

Respecto de las personas que se han cambiado de sexo, entendemos que podrían recurrir a esta causal a fin de que el nombre que aparece en sus partidas concuerde con la forma en que han decidido continuar su vida y con su opción sexual, considerando que la mantención del nombre original les ocasiona menoscabo moral, al negarle toda validez a la opción de vida que libremente han tomado y por no coincidir con su actual condición⁷⁷.

⁷³ *Vid.* el Código Civil Francés, el que no establece una causal estricta para el cambio de nombre, bastando con que el solicitante pruebe tener un interés legítimo en su modificación (art. 60).

⁷⁴ ESCANDÓN, cit. (n. 47). p. 46.

⁷⁵ ESCANDÓN, cit. (n. 47). p. 47.

⁷⁶ ESCANDÓN, cit. (n. 47). p. 47.

⁷⁷ Esta materia no ha sido regulada expresamente por la ley nacional. En el Derecho Comparado, el Código Civil de Quebec dedica en su título sobre elementos relativos al estado de las personas una sección cuarta, dedicada al cambio en la mención del sexo. En ella, la solicitud de cambio en la mención del sexo incluye el cambio en sus prenombrados.

Si bien estimamos que es difícil configurar un derecho libre al cambio de nombre, consideramos que esta es la causal que permitiría un mayor desarrollo en materia de cambio de nombre, atendido el efecto que tiene la negativa de una modificación en las partidas de nacimiento en el libre desarrollo de la personalidad y en la concreción del plan de vida que será autónomo configuró, todo lo cual ocasiona un menoscabo moral.

Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios.

Escandón señala respecto de la causal que los “motivos plausibles” exigen que “el conocimiento que se tenga del peticionario respecto de sus nombres y apellidos diferentes a los que le pertenecen originariamente, tenga una razón valedera, un fundamento atendible”, a lo que agrega que “de esta suerte, es motivo plausible el seudónimo que ha usado un poeta o escritor en sus textos o publicaciones y también puede estimarse plausible el motivo por el cual el hijo simplemente ilegítimo abandona el apellido del padre como una forma de reproche. Por la inversa, aquel que tiene apellidos considerados normales o de conocimiento general y que ostenta una filiación legítima, carece de justificación suficiente para impetrar el derecho al cambio por el uso, por cuanto no tuvo un motivo plausible para usar una nominación distinta a la legal que le corresponde”⁷⁸.

A juicio del mismo autor, “la causal en análisis exige acreditar que el solicitante ha sido conocido con un determinado nombre o apellido, o ambos a la vez, por más de cinco años, lo que haber usado la designación en su vida de relación. Esta prueba se rinde cabalmente con instrumentos fidedignos que dan cuenta del tiempo del uso de los nombres y apellidos y con la información sumaria de testigos, de la cual se infiere en forma nítida la identidad legal de persona entre el titular de la partida que se modifica y la persona del solicitante que ha sido conocido con la designación que se pretende imponer”⁷⁹.

En los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentre determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales.

Esta causal fue modificada por la Ley 19.585, a fin de adecuarla al nuevo estatuto filiativo. Ello está presente en el deseo de evitar discriminaciones en atención a la filiación, a lo cual ya hemos hecho referencia cuando tratamos de la atribución de apellidos en el Derecho nacional.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la persona cuyos nombres o apellidos, o ambos, no sean de origen español, podrá solicitar se la autorice para traducirlos al idioma castellano. Podrá, además, solicitar autorización para cambiarlos, si la pronunciación o escrituración de los mismos es manifiestamente difícil en un medio de habla castellana.

1.4 *Alcances del cambio de nombre.* Según señala el artículo 4 de la Ley N° 17.344, una vez modificada la partida de nacimiento, la persona que haya cambiado su nombre o apellidos solo podrá usar en el futuro su nuevo nombre o apellidos, agregando a continuación que la modificación de los apellidos afectará a los descendientes no sujetos a patria potestad que consientan en ella y a todos aquellos que aún se encuentren sujetos a la patria potestad del solicitante, debiendo esta modificación ser solicitada en el mismo acto.

⁷⁸ ESCANDÓN, cit. (n. 47). p. 49.

⁷⁹ ESCANDÓN, cit. (n. 47). p. 49.

En nuestro concepto, se trata de una disposición sumamente criticable, desde el momento que privilegia en forma absoluta la unidad de la identificación familiar, sin considerar los efectos que un cambio de nombre no deseado ni pedido puede tener respecto de la integridad psíquica de un niño que ha formado su personalidad reconociéndose con un nombre diverso a aquel que le impone la ley, sin considerar su interés superior, en lo que constituye una vulneración de las obligaciones internacionales establecidas sobre el Estado chileno en virtud del derecho a la identidad, el derecho al nombre y del interés superior del niño.

Por esta razón, consideramos que una regla absoluta como la descrita, que no considere la propia capacidad que tiene el niño de ir formando su plan de vida y que no respete sus intereses personalísimos, debe ser considerada inconstitucional⁸⁰.

⁸⁰ En este sentido, un buen ejemplo de regulación que respeta los intereses del niño es el parágrafo 1617c BGB, disposición que establece en su inciso primero lo siguiente: *"Name in the case of change of name by the parents. (1) Where the parents designate a family name after the child has reached the age of five, the family name is also the birth name of the child only if the child agrees with the naming. A child with limited capacity to contract that has reached the age of fourteen may make the declaration only without a representative; the approval of its legal representative is necessary for this. The declaration must be made to the registry of births, deaths and marriages; it must be notarially certified.* Disponible en World Wide Web : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/;

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

UNA CRÍTICA SOBRE LA REINCIDENCIA Y SU RELACIÓN CON EL CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL CHILENO DE 2005¹

ROBERTO A. DUFRAIX TAPIA*
 Universidad Arturo Prat

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto demostrar que el Anteproyecto de Código Penal Chileno (2005), elaborado por la Comisión Foro Penal, aunque elimina la reincidencia de su catálogo general de agravantes, decidió conservarla a propósito de algunos delitos, entre los cuales figura el consumo no autorizado de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, contribuyendo así a la configuración de un Derecho penal con características propias del positivismo de principios del siglo XX, que fundamenta sus normas en la peligrosidad del sujeto a quien se dirigen.

PALABRAS CLAVE: Reincidencia, positivismo, peligrosidad, drogas.

ABSTRACT

The aim of this paper is to demonstrate that the Chilean Penal Code Draft (2005), prepared by the Forum Commission Penal, while eliminating the recurrence of its general catalog of injuries, decided to keep the subject of some crimes, which include the unauthorized use of narcotic and psychotropic substances, so contributing to the configuration of a criminal law with the characteristics of positivism of the early twentieth century, that bases its standards on the danger of the subject to whom they are directed.

KEY WORDS: *Recidivism, positivism, danger, drugs.*

I. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Código Penal, en adelante APCP, elaborado durante el año 2005 por la denominada Comisión Foro Penal, en adelante La Comisión, innova en materia de agravación de la responsabilidad penal, eliminando del catálogo respectivo la circunstancia

¹ En lo medular, el presente ensayo fue leído por el autor durante el II Congreso de Derecho Penal organizado por el Centro de Estudiantes y la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat (Chile) durante octubre del año 2010. La temática abordada en esa ocasión fue la siguiente: “Desafíos del Derecho Penal y Nuevo Código Penal Chileno”. Dicho trabajo, sin modificaciones, fue a su turno publicado en la *Revista Temas Selectos de Ciencias Penales en el Sistema Acusatorio y Oral*, Flores S.A. Editores (México DF, 2011), pp. 95 – 106, bajo el título *Un ensayo sobre la reincidencia y el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el Anteproyecto de código penal chileno de 2005*. El trabajo que a continuación se ofrece, aunque no deja de ser un ensayo, contiene un desarrollo un poco más extendido y elaborado que el presentado en los eventos anteriormente citados, razón por la cual me he permitido, incluso, alterar en parte su título.

* Profesor Instructor de Derecho Penal.

de reincidencia, haciéndose cargo de las potentes críticas que, a la luz del principio de culpabilidad, merece su inclusión en el actual y todavía vigente código penal². Sin embargo, a propósito del delito de consumo personal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el artículo 214 del APCP señala, en lo pertinente, lo que sigue: "... Se aplicará como pena accesoria, en su caso, la inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal en su grado mínimo. En caso de reincidencia, la suspensión será por el *máximo* del grado mínimo y, de reincidir nuevamente, podrá imponerse en el grado superior..." (el destacado es mío)³.

Como desde ya se podrá advertir, lo anterior no solo revela un contrasentido, dado que por un lado se prescinde de la agravante y por otro se mantiene, sino que además genera problemas desde una doble perspectiva: de una parte, no se especifica qué debe entenderse por reincidencia, dejando al arbitrio del juez su contenido e inteligencia; de otra, y quizás la más relevante, se deja entrever el castigo de una personalidad peligrosa, más allá de un castigo por el hecho cometido.

En ese contexto, y según mi modesto entender, adquiere particular importancia determinar, en primer lugar, cuáles son los presupuestos fácticos sobre los que se aplicaría la agravación de la pena por reincidencia, para luego, en segundo lugar, revisar el fundamento que, de forma quizás un poco solapada, da sustento a dicha agravación, indicando entonces las consecuencias dogmáticas que traería consigo su relativa conservación y formulando una recomendación de *lege ferenda*.

II. LA REINCIDENCIA. ASPECTOS GENERALES

Sin duda, la agravación de la responsabilidad penal por el hecho de ser reincidente es, y ha sido, uno de los temas más polémicos y difíciles de abordar en el ámbito político - criminal y, consecuencialmente, dogmático. De una parte, cobra especial relevancia la sensación de frustración que sufre la sociedad al momento de enfrentarse al mismo delincuente que, hace poco tiempo, recorrió los pasillos de los tribunales por la comisión de idéntico o similar delito; de otra, resulta difícil soslayar el argumento relativo a que la agravación del castigo por reincidencia, en el fondo, significa enfrentarse crudamente al fracaso del fin de resocialización de las penas privativas de libertad, asumir el potente efecto criminógeno de los recintos penitenciarios y, en lo dogmático, castigar al culpable no solo por el hecho cometido sino también por los hechos respecto de los cuales ya fue castigado, contrariando, especialmente, el principio de culpabilidad.

² Al respecto véase la crítica formulada por Cury, E., para quien "La reprochabilidad solo puede referirse al injusto típico actualmente cometido y es imposible deducirla de hechos precedentes, salvo en cuanto nos digan algo sobre la relación que enlaza al acto con la personalidad del autor. Pero este último no es el caso de la reincidencia, pues una condena anterior, que sanciona un hecho cometido acaso por razones comprensibles, nada puede informarnos sobre la magnitud del reproche que debe dirigirse a causa de la nueva conducta por la cual se lo está enjuiciando." En Cury, E., *Derecho penal. Parte general*, t. II, Editorial Jurídica de Chile (Santiago de Chile, 1997), pp. 138 y 139. En el mismo sentido, aunque a propósito del Código penal español de 1995, Bustos se inclinó derechamente por su inconstitucionalidad por atentar contra el principio de "responsabilidad" por el hecho, en Bustos Ramírez, J., *Obras Completas*, t. 1, ARA Editores (Lima, 2005), p. 1209.

³ El APCP se refiere también a la reincidencia en el artículo 373, concerniente a la inmigración ilegal, y en el artículo 417, relativo a los delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado. No nos ocuparemos aquí de tales normas por no formar parte de nuestro objeto de estudio.

Varios han sido los fundamentos que la doctrina ha desarrollado respecto de la circunstancia agravante que nos ocupa. No es este el momento de realizar un análisis crítico y detallado sobre cada una de las posturas que se han sostenido a lo largo de la historia de la institución, de tal forma que nos limitaremos a efectuar una brevísima reseña de cada una de ellas, siguiendo el esquema ofrecido al efecto por Zaffaroni⁴.

De un lado, encontramos la tesis que justifica la agravación por reincidencia por la vía de la “doble lesión”. Según esta postura, la agravación de la pena gira sobre dos presupuestos: la “mayor alarma social” y la “ofensa al interés general de la conservación del orden jurídico”⁵. En definitiva, se agrava la responsabilidad del reincidente, porque demuestra una “voluntad persistente de delinquir (...) o de no uniformarse al orden jurídico general penalmente sancionado”⁶. En el mismo sentido puede ubicarse aquella postura que ve en todo tipo penal dos normas, una que prohíbe la conducta típica y otra que impone la obligación de abstenerse de cometer otros delitos (Armin Kaufmann)⁷.

En general, se critica esta línea argumentativa porque, en el fondo, parte del supuesto de que la obediencia al Estado es un bien jurídico protegido, premisa insostenible a la luz del principio liberal de lesividad⁸.

De otro lado, se ha pretendido legitimar la exasperación de la pena en caso de reincidencia apelando a la “peligrosidad” que importa el sujeto que nuevamente delinque. Tal concepción parte de la base de que el sujeto que es reincidente es bastante más peligroso que aquel que delinque por vez primera. La crítica que suele dirigirse a este fundamento radica, en general, en que se presume “iuris et de iure en el sentido de afirmar que el reincidente es siempre peligroso”⁹. En este sentido, se ha sostenido que incluso para los positivistas ortodoxos la reincidencia en sí carecería de significación agravatoria, pues desde dicha perspectiva lo que realmente debiera importar es la verificación sobre habitualidad o profesionalismo delictual, lo que, en el caso del reincidente, no puede afirmarse que siempre sea así¹⁰.

Todavía es posible encontrar otra forma de justificar dicha agravante: la mayor culpabilidad del autor. De acuerdo a esta tesis, el juicio de reproche debe dirigirse de modo más intenso a aquel que ya ha sido condenado, pues con su actuar demuestra un desprecio general hacia los bienes jurídicos¹¹. Las críticas que se levantan en contra de esta teoría dicen relación con la valoración que realiza el Derecho respecto del carácter del sujeto. Como bien sostiene Zaffaroni “son corrientes que no hacen más que perfeccionar dogmáticamente teorías que provienen de mucho más lejos y que la mayor gravedad de la pena del segundo delito la justificaban porque ponía de manifiesto una mayor perversidad del autor”.

Por último, es posible observar una corriente que funda dicha agravación en la mayor culpabilidad del acto, en el sentido de que el sujeto que reincide se encuentra en una especial

⁴ ZAFFARONI, E., *Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal*, Monte Ávila Editores (Caracas, 1992), pp. 117 y ss.

⁵ Citado por MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch (Barcelona, 2009), pp. 104 y ss.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Citado por ZAFFARONI, E., cit. (n. 4), pp. 117 y ss.

⁸ *Ibidem*.

⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A., cit. (n. 5), p. 109.

¹⁰ CURY, E., cit., (n. 2), p. 138.

¹¹ *Ibidem*, p. 118.

situación de conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, adquirido por su condena anterior¹², cuestión que es suficiente para aumentar la pena de su nuevo delito. En general, se objeta esta corriente por el “pretendido deber objetivo de observancia de la advertencia que supone la condena previa”¹³, lo cual supone, nuevamente, una presunción, y además un tratamiento caprichosamente desigual, debido a que los que por primera vez cometen un delito, en el fondo, pudieron también asumir como propia la advertencia que se levantó respecto de un tercero.

Pues bien, revisado lo anterior, pasaremos a analizar la reincidencia que, en concreto, constituye nuestro objeto de estudio.

III. LA REINCIDENCIA Y SU RELACIÓN CON EL CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS EN EL APCP

Como se ha dicho, La Comisión, junto con eliminar del catálogo de agravantes la circunstancia de reincidencia, mantuvo la misma a propósito de las penas correspondientes a los que fueron condenados por el delito de consumo de drogas en espacios públicos o abiertos al público. Y lo hizo en los siguientes términos:

“Artículo 214: Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas de que hace mención el artículo 200, en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación, serán sancionados con alguna de las siguientes penas:

- a) Multa de una a diez unidades tributarias mensuales,
- b) Asistencia, con acuerdo del infractor, a programas de prevención hasta por sesenta días, o tratamiento o rehabilitación en su caso por un período de hasta ciento ochenta días en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente, o
- c) Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor y a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas, o en cursos de capacitación por un número de horas suficientes para el aprendizaje de la técnica o arte objeto del curso. Para estos efectos, cada municipalidad deberá anualmente informar a los tribunales correspondientes acerca de los programas en beneficio de la comunidad de que disponga. El tribunal deberá indicar el tipo de actividades a que se refiere esta letra, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargada de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del infractor.

Se aplicará como pena accesoria, en su caso, la inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal en su grado mínimo. En caso de reincidencia, la suspensión será por el *máximo* del grado mínimo y, de reincidir nuevamente, podrá imponerse en el grado superior. Esta medida no podrá ser suspendida, ni aun cuando el juez hiciera uso de la facultad contemplada en el artículo 54 de este Código...” (el destacado es nuestro).

¹² *Ibidem*, p. 123.

¹³ *Ibidem*, p. 125.

En principio, de la redacción ofrecida por el APCP, queda relativamente claro que se agravaría la pena a quien reincidiera en la conducción de un vehículo a tracción mecánica o animal bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Sin embargo, debido a que la conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de dichas sustancias es un delito que atenta contra la seguridad en los medios de transporte, especialmente regulado en los artículos 215 y ss., no queda suficientemente explicado el porqué de la referencia a la pena accesoria de inhabilitación establecida en el artículo 214, que se refiere exclusivamente al consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y menos la inclusión de los efectos agravatorios de la reincidencia bajo este título y no bajo el primero. En otras palabras: que la conducción bajo los efectos del alcohol o de otras drogas lleve consigo la pena accesoria de inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal, parece una cuestión, al menos en principio, razonable, desde el momento en que esa pena encuentra como principal objetivo hacer inocuo el peligro derivado de tales supuestos. Pero lo que no es razonable es que se vuelva a incluir dicha inhabilitación a propósito de una materia cuyo objeto jurídico es distinto (salud pública) y a su turno se excluyan los efectos agravatorios de la reincidencia respecto de la conducción en estado de ebriedad. En definitiva, si dicha pena accesoria combate peligros, no hay razón para que el castigo de la reincidencia se reserve única y exclusivamente para el supuesto de conducción bajo los efectos de algunas drogas distintas del alcohol.

Esta evidente falta de coherencia lógica, generaría imprecisiones al momento de aplicar la agravación, pues, en el fondo, no se puede saber con certeza respecto de qué se reincide realmente: si del hecho de *ser consumidor* de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o del hecho de conducir un vehículo bajo los efectos de tales sustancias. Porque si de lo que se trata es de evitar el peligro derivado de la insistencia en la conducción bajo los efectos de drogas o alcohol, bastaba con incluir los efectos agravatorios de la reincidencia en el articulado dispuesto bajo el § 8 “Delitos relativos a la seguridad de los medios de transporte” (artículos 215 a 219), sin que fuera necesario acudir al § 7 “Del consumo personal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas” (artículos 212 a 214), tanto para referirse nuevamente a la pena accesoria de inhabilitación, cuanto para regular ahí especialmente la reincidencia.

Una interpretación teleológica, que genera sus criterios de aplicación de la norma según los diversos bienes jurídicos que se encuentran en juego, podría ofrecer la siguiente explicación. Al momento de regular los delitos que atentan contra la seguridad en los medios de transporte, La Comisión omitió referirse a quien reincidiera en la conducción en estado de ebriedad, declarando, tácitamente, que esa circunstancia no es suficiente para agravar la pena del nuevo delito cometido. Ahora bien, si esto es así, la razón es simple: basta con la pena (principal y accesoria) del nuevo delito para que ella satisfaga sus finalidades de prevención y protección del respectivo bien jurídico.

Luego, si reincidir en la conducción en estado de ebriedad no es una cuestión que preocupe, al menos de manera relevante, a la seguridad en los medios de transporte, parece razonable estimar que su inclusión en el catálogo de delitos que afectan la salud pública tiene motivos diversos a la seguridad del tráfico vehicular y un ámbito de aplicación diferente.

Pues bien, considerando que La Comisión incorporó dicha circunstancia a propósito de las penas correspondientes a las figuras típicas de consumo de drogas no autorizado, y teniendo presente que, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido parte de nuestra doctrina, solo es posible castigar esas conductas en la medida en que signifiquen un peligro para el bien

jurídico salud pública¹⁴, la única forma de comprender la reincidencia a la que nos hemos venido refiriendo, es otorgando efectos agravatorios al hecho de ser condenado nuevamente por el delito de consumo de drogas en espacios públicos o abiertos al público y no al supuesto de haber sido condenado nuevamente por conducir bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

En definitiva, y siguiendo lo expuesto, podría entenderse que la pena accesoria de inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal, se aplicaría a quien, teniendo los respectivos permisos, fuera condenado por el delito de consumo no autorizado de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Y si el mismo autor fuere condenado nuevamente por un delito de consumo no autorizado, la pena accesoria de inhabilitación correspondiente se aumentaría conforme a lo establecido por el artículo 214 ya citado. Esta posibilidad interpretativa se vería reforzada por el modelo elegido por La Comisión para regular la imposición de las penas de inhabilitación, toda vez que no se optó, por así decirlo, por un sistema *numerus apertus* sino más bien por uno *numerus clausus*, estableciéndose la pena accesoria de inhabilitación según el delito que se trate, salvo respecto de las penas de inhabilitación para cargos y oficios públicos y para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado, todas las cuales se aplican, junto con el comiso, como accesorias de “toda pena”, según lo establece el artículo 26 del APCP. Lo anterior, niega cabida a la posibilidad de argumentar que las penas dispuestas a propósito del consumo no autorizado, no permitirían la imposición de la accesoria de inhabilitación, pues, como se ha dicho, esta fue establecida especialmente respecto de dicho consumo, y no existe una norma que vincule las penas privativas de libertad con la accesoria que se comenta.

IV. ALGUNAS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS QUE TRAE CONSIGO LA INCLUSIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA A PROPÓSITO DE LAS HIPÓTESIS DE CONSUMO NO AUTORIZADO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS EN EL APCP

La primera consecuencia que se observa dice relación con el fundamento de dicha agravación. Más allá de que si se reincide respecto de la conducción de vehículos bajo los efectos de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, o de si se reincide en el consumo no autorizado de ellas, La Comisión ve en el consumidor de drogas un sujeto más peligroso que aquel que conduce en estado de ebriedad. Ello se percibe, incluso, desde el momento en que se emplea una pena accesoria de inhabilitación, que más que una pena se trata de una medida de seguridad aplicable a sujetos imputables¹⁵. Ese *plus* que experimenta el castigo implica, sea

¹⁴ En el mismo sentido, MATUS ACUÑA, J. P., para quien : “... la racionalidad del castigo a título de falta de ciertos actos de consumo personal solo puede vincularse al mismo bien jurídico “salud pública”, entendiéndose que en las especiales situaciones previstas por la ley, las circunstancias en que se realiza el consumo podrían llevar a una sensibilización de dicho bien jurídico, mediante un real o supuesto efecto multiplicador –difusión incontrolable– que la exposición pública o en público del consumo privado podría acarrear”. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile (Santiago de Chile, 2004), p. 633.

¹⁵ En el mismo sentido, véase MATUS, J. P., quien, a propósito de la influencia del positivismo en el APCP de 2005 sostiene: “Sin embargo, hay en él ciertas ‘penas’ que, si se miran desde el punto de vista positivista, solo están destinadas a cumplir funciones de ‘prevención especial negativas’ o aseguramiento, respecto de ciertos hechos que se estiman tienen su causa en algo que es propio del sujeto al que se le imponen: esto es bien evidente en las

como sea, contrariar los principios de culpabilidad por el hecho, pues se agrava la pena por hechos acaecidos en el pasado; de igualdad, porque se castiga más intensamente una de ambas conductas aunque en lo sustancial no existan diferencias; del acto, toda vez que se tiende a castigar personalidades y no actos cometidos. Concretamente, es posible observar otra serie de consecuencias. En primer lugar, y teniendo presente la necesaria seguridad que debe existir en los medios de transporte, no sería posible aplicar por analogía la reincidencia regulada a propósito del consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas a los supuestos de conducción en estado de ebriedad, pues el principio de legalidad lo impide (prohibición de analogía *in malam partem*). Además, no existe referencia al tiempo que debe transcurrir para considerar prescrita la circunstancia de reincidencia, pudiendo agravarse la pena siempre que el sujeto haya reincidido.

V. BREVES CONCLUSIONES Y UN APORTE DE *LEGE FERENDA*

Como se ha podido advertir, el APCP no elimina en términos absolutos la circunstancia agravante de reincidencia, solo reduce su ámbito de aplicación a determinados casos. Uno de ellos dice relación con la pena accesoria de inhabilitación que se aplicaría a quien reincidiría en un consumo de drogas no autorizado. Ahora bien, la decisión de mantener la reincidencia y a su vez de relacionarla con el consumo de drogas, según nuestro entender, no es puro capricho. Actualmente se ha asociado, sin concluyentes fundamentos científicos, que el consumidor de drogas es un sujeto que tiene tendencias al delito, un ser “peligroso”. Sin embargo, hasta hoy, tal asociación parte de una base compuesta de meras presunciones, incapaces de fundar un tratamiento jurídico-penal desigual frente al consumidor de bebidas alcohólicas. Lo anterior, no es más que la aplicación de un Derecho penal que parte de un presupuesto difuso y sumamente problemático: la peligrosidad. Difuso porque desde que existe el Derecho penal como ciencia se ha intentado acudir a la “peligrosidad criminal” para su legitimación, pero sin saber a ciencia cierta quién es peligroso y quién no (curiosa paradoja). La decisión referida a la peligrosidad de un sujeto, hasta el momento, es tomada por quienes tienen el poder de imponer sus particulares creencias, saltándose cualquier intento de definición científica. Problemático porque, generalmente, cuando se estigmatiza a un sujeto como peligroso, ceden los derechos y se impone la fuerza, dando pie a la proliferación de abusos.

En concreto, es posible formular las siguientes conclusiones:

1. La circunstancia agravante de reincidencia, no ha sido suprimida en términos absolutos por el APCP de 2005. Aquella se ha mantenido, entre otras materias, a propósito del consumo no autorizado de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.
2. La técnica empleada para su conservación en el APCP no es la más adecuada, pues deja dudas respecto de su real ámbito de aplicación.
3. El fundamento de la agravante de reincidencia en el APCP, se vincula exclusivamente con una visión peligrosista del Derecho penal, heredada del pensamiento criminológico

sanciones de inhabilitación para conducir vehículos motorizados dispuestas con relación a la comisión de delitos contra la seguridad de los medios de transporte...”. *El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*, en *Revista de Derecho*, Vol. XX, N° 1 - julio 2007. Disponible en World wide web: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art08.pdf> (fecha de la consulta: 16 de noviembre de 2011).

de principios del siglo XX. Esa influencia se nota reforzada por la naturaleza misma de la inhabilitación, la que, más que una pena, es una verdadera medida de seguridad¹⁶. En ese contexto, se formulan además diferencias en cuanto al grado de peligrosidad existente entre el alcohólico y el drogadicto, toda vez que solo respecto de este se establece dicha circunstancia agravante, resultando entonces, si se me permite la expresión, un “positivismo a la chilena”.

Por todo lo dicho, parece recomendable tomar una decisión: o se elimina derecha y absolutamente la circunstancia agravante de reincidencia, imponiendo definitivamente el principio de culpabilidad por el hecho, o se conserva, dejando claro su ámbito de aplicación y regulando de modo estricto sus efectos y alcances.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Obras Completas*, t. I, ARA Editores (Lima, 2005).
- CURY, E., *Derecho penal. Parte general*, t. II, Editorial Jurídica de Chile (Santiago de Chile, 1997).
- MATUS ACUÑA, J. P., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile (Santiago de Chile, 2004).
- MATUS, J. P., *El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*, en *Revista de Derecho*, Vol. XX, N° 1 - Julio 2007. Disponible en World Wide Web: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art08.pdf> (fecha de la consulta: 16 de noviembre de 2011).
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch (Barcelona, 2009).
- ZAFFARONI, E., *Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal*, Monte Ávila Editores (Caracas, 1992).

¹⁶ Sobre la influencia del positivismo en la legislación penal chilena, y específicamente en el APCP de 2005, véase, con lujo de detalles, MATUS, J. P., cit. (n. 15), pp. 194 y ss.

SOBRE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS PENALES
 EN MÉXICO. ESPECIAL REFERENCIA AL ESTADO DE HIDALGO

JUDICIALIZATION ON THE EXECUTION OF PENAL SENTENCES IN MEXICO.
SPECIAL REFERENCE TO THE STATE OF HIDALGO

ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ¹

RESUMEN

En el presente artículo su autor pretende dar cuenta de la reciente reforma constitucional que en materia penal se ha instituido en México, haciendo énfasis en la ejecución de sanciones penales, ofreciendo una reseña del tema en el Estado de Hidalgo, con su nueva Ley Procesal de Sanciones Penales y Medidas para Adolescentes del Estado de Hidalgo (2011), lo anterior con la intención de recibir comentarios y aportes desde la experiencia Chilena.

PALABRAS CLAVE: Ejecución de penas, modelo acusatorio-adversarial, reforma penal, reinserción, derechos humanos, control jurisdiccional.

ABSTRACT:

In this article the author seeks to account for the recent constitutional reform in criminal matters which has been established in Mexico, with an emphasis on the execution of criminal penalties, providing an overview of the topic in the State of Hidalgo, with its new Criminal Sanctions and Measures for Adolescents Procedural Law for the State of Hidalgo (2011), all of this with the intention to receive comments and feedback from the Chilean experience.

KEY WORDS: *Enforcement of penalties, model-adversarial adversarial, penal reform, reintegration, human rights, judicial review.*

Desde el mes de junio del año 2008, México, a la par de otros países latinoamericanos, ha dado un paso decisivo para la transformación de su sistema procesal penal, llevándolo de un proceso mixto de corte inquisitorial a un sistema acusatorio de corte adversarial.

¹ Maestro en Derecho Penal por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México, en la cual imparte para la Maestría en Derecho Penal la materia de Política Criminal. Diplomado en Estudios Avanzados y Doctorando en Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Actualmente es Coordinador de Giras y Eventos Especiales del Procurador General de Justicia del Estado de Hidalgo, México. Ha sido seleccionado mediante concurso para ocupar el cargo de Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para Adultos en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Hidalgo y Catedrático del Centro de Estudios de Posgrado (CEP) en la República Mexicana.

Para lograr la debida implementación del llamado “nuevo sistema de justicia penal”, el legislador mexicano declaró una *vacatio legis* de ocho años para su total implementación en todo el territorio nacional².

En el presente artículo nos referiremos a uno de los temas que si bien es un cambio total en la forma de ejecutar y vigilar el cumplimiento de las sanciones penales, hasta su entrada en vigor en el mes de junio del año 2011, no había sido, ni ha sido explorado con la importancia que reviste. Al tratarse de una Republica representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos unidos en una Federación³, tenemos que a cada Entidad Federativa le corresponde emitir las leyes de ejecución de sanciones penales, lo que justifica que en este artículo hagamos solamente referencia al marco jurídico de ejecución penal en el Estado de Hidalgo en México.

El Transitorio Quinto de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 18 de junio del año 2008, establece que: “El nuevo sistema de reinserción⁴ previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto”.

Es decir, que con fecha 19 de junio del año 2011, las Entidades Federativas del País deben contar, al menos, con legislaciones propias para el nuevo sistema de reinserción social mexicano, así como el régimen establecido por el artículo 21 párrafo tercero de la Ley Suprema.

A su vez el artículo 18 de la Constitución, tras una última reforma publicada en el mes de junio del año 2011, declara que: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres computarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. / La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa. / La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos

² Vid. Artículo Segundo transitorio de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación con fecha 18 del mes de junio del año 2008.

³ Vid. Artículos 40 y 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴ Ese “optimismo resocializador” al que México esta entrando, y que en otros países es una época pasada, al que refiere LÓPEZ PEREGRÍN, Ma. Carmen, *¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?*, consultable en *Revista Española de Investigación Criminológica* en el link: <http://www.criminologia.net> consultado el día 18 de octubre de 2011 a las 13:00 hrs.

a rehabilitación y asistencia social. / La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente. / Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. / El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. / Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso. / Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad. / Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley”.

Lo anterior bajo el principio de control jurisdiccional de la ejecución de las penas establecido por el artículo 21 de la Carta Magna que refiere textualmente que: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

Pero cabe preguntarnos: ¿Qué hizo que el legislador mexicano fijara sus miras en la olvidada etapa de ejecución penal? Desde nuestra perspectiva se trató de dos cuestiones: la primera es que se reasignó la etapa de ejecución a donde naturalmente debía estar, es decir, en el proceso penal como una de sus etapas⁵, ello derivado de que al asumir un sistema penal

⁵ De esta idea *vid.* BENAVENTE CHORRES, Hesbert e HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social Para el Distrito Federal Comentada*, Edit. Flores editor y distribuidor (México, 2011), pp. 3 y ss. De diversa opinión JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de Derecho Penitenciario*, Edit. Iustel (Madrid, 2011), p. 26, aunque acepta su “íntima” conexión; cabe aquí referir que en los Estados de la República Mexicana que han implementado el “Nuevo sistema de justicia penal”, hay los que contemplaron en el Código procesal la etapa de ejecución y quienes, como el Estado de Hidalgo, dejaron para legislar aparte dicha etapa del proceso.

de corte acusatorio y adversarial, es una obligada necesidad⁶, aunque se debe dejar bien claro que atendiendo a sus fines, no es lo mismo sistema penal (de imputación penal) que sistema penitenciario⁷ (de ejecución penal).

La segunda de estas es que, acorde con la nueva política criminal de respeto irrestricto a los derechos humanos, la etapa procesal de ejecución de sanciones penales deja de ser la “zona de olvido” de la persona humana, ya es de todos conocida la frase “los derechos humanos de las personas terminan en donde comienzan las puertas de la prisión”, ofreciendo y garantizando a las personas sometidas a una sentencia de carácter condenatorio en el ámbito del Derecho penal, la posibilidad de un ejercicio íntegro y efectivo de los derechos constitucionales con que cuenta y que no hayan sido afectados por la sentencia⁸.

De lo anterior podemos decir que por ejecución penal debemos entender: “la actividad mediante la cual los órganos jurisdiccionales buscan el cumplimiento de las sentencias condenatorias firmes emitidas por jueces del orden penal en irrestricto apego a los derechos humanos de las personas”.

Se debe puntualizar que, tras esta reforma, el órgano jurisdiccional no asume el sistema penitenciario, sino que vigila el cumplimiento de las sentencias condenatorias penales firmes, sin que se vean afectados los derechos humanos de los sentenciados, evitando con ello convertirse en una suerte de superjueces que abarcarían, sin éxito, todo el sistema penitenciario y sus implicaciones⁹.

Derivado de esta reforma, la reinserción social del sentenciado toma el carácter de garantía constitucional que toda autoridad esta obligada a respetar¹⁰.

Sin embargo, debemos dejar claro que no debemos incurrir en un “optimismo resocializador” en los que se confíe en el efecto beneficioso de la prisión para el delincuente y que este no volverá a delinquir, ya que las penas no pueden garantizar la no reincidencia del condenado¹¹. Todo esto lo resume López Peregrín en una pregunta que enmarca la

⁶ En el Dictamen de la Cámara de Diputados sobre la Reforma Constitucional en México, misma que fuera publicada el 18 de junio del año 2008, se refiere que se procurará dar a cada ámbito de poder lo que corresponde, al Poder Ejecutivo la administración de las prisiones y al Judicial la de ejecutar las sentencias.

⁷ El Derecho penitenciario es el “conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad”, en JUANATEY, cit. (n. 5), p. 25.

⁸ Tema de estudio aparte merece la reforma en materia de derechos humanos del mes de junio del presente año a la Constitución Mexicana, de la que se desprende la posibilidad de la realización de un Control Difuso y/o Convencional a realizarse por parte de los Jueces mexicanos, *vid.* Art. 1º y 133 de la Constitución Mexicana. Para una introducción al tema se sugiere la lectura de: CASTILLEJOS CERVANTES, Humberto, *¿Estamos ante los estertores de la prisión preventiva?*, y ROJAS AMANDI, Víctor M., *La aplicación de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos*, ambos consultables en la versión electrónica de la revista *El Mundo del Abogado*, <http://elmundodelabogado.com/posiciones>, consultados con fecha 26 de octubre de 2011 a las 15:00 horas.

⁹ Rivera, mucho antes de la reforma constitucional de 2008, decía refiriéndose a la figura de los jueces de ejecución penal: “dos tareas que se complementan formarían el todo de la actividad del juez. La primera es relativa al control de la ejecución de la pena y las medidas de seguridad y a la salvaguarda de los derechos del sentenciado, pero quedaría fuera de su competencia todo aquello que se relaciona con la organización y el desarrollo de los servicios penitenciarios”, en RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de Ejecución de Penas. La Reforma Penitenciaria Mexicana para el Siglo XXI*, Editorial Porrúa, segunda edición (México, 2008), Prólogo, p. XXI.

¹⁰ *Vid.* LÓPEZ PEREGRÍN, cit. (n. 4).

pesimista realidad: ¿Cómo puede pretenderse la educación para la libertad en condiciones de no libertad, en un ambiente separado de la sociedad que rige por sus propias pautas de comportamiento, calificado de subcultura carcelaria?

Zaffaroni es claro al decir que: “En nuestro continente nadie podría afirmar seriamente que la prisión cumple cualquier función *re* (resocializadora, reeducativa, rehabilitadora, reinsertiva, repersonalizante, etc.). / Solo una alteración grave de la sensopercepción permitiría afirmar alguna de esas funciones en la realidad, dado que no la cumplen ni los campos de concentración tradicionalmente llamados prisiones en nuestra región...”¹²

I. PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE REINSERCIÓN SOCIAL EN EL ESTADO DE HIDALGO

De la lectura de la Ley Procesal de Sanciones Penales y Medidas para Adolescentes del Estado de Hidalgo, publicada en el Periódico Oficial del Estado de Hidalgo (POEH) con fecha 17 de junio del año 2011¹³, tenemos que los principios básicos sobre los que se construye el sistema de Reinserción Social en el Estado de Hidalgo, México, son:

- I. *Seguridad jurídica y debido proceso.* En la ejecución de las sanciones penales, se respetarán los principios y normas consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales, la Constitución Política del Estado de Hidalgo y las Leyes correspondientes para alcanzar dicho objetivo; sobre la seguridad jurídica nos refiere López Peregrín que en concreto esta es, de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2003, española, el “derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta”¹⁴.
- II. *Dignidad e igualdad.* La ejecución de sanciones y medidas de seguridad se desarrollarán respetando la dignidad humana de los sentenciados y sus derechos e intereses jurídicos no afectados por la sentencias, ni establecer diferencia alguna por ningún motivo.
- III. *Trato humano.* La persona sometida al cumplimiento de una sanción o medida de seguridad, debe ser tratada como ser humano, respetando su dignidad, seguridad e integridad física, psíquica y moral, debiendo estar exenta de sufrir incomunicación u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- IV. *Ejercicio de derechos.* Cualquier persona que se encuentre cumpliendo una sanción podrá ejercer sus derechos, salvo los que fueren incompatibles con el objeto del cumplimiento de la sentencia o fueran restringidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes, podemos decir que la judicialización de la ejecución de sanciones penales implica la real potenciación de la tutela del respeto y efectividad de los derechos humanos de las personas sometidas a una pena o medida de seguridad.

¹¹ Prologo de ZAFFARONI, Eugenio Raúl, a la versión castellana de MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la Prisión, una evaluación crítica*, Editorial Ediar (Buenos Aires, 2003), p. 12, cursivas en el original.

¹² Consultable en: <http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/Contenido/Leyes/110.doc>, consultado el día 18 de octubre de 2011 a las 13:50 hrs.

¹³ En LÓPEZ PEREGRÍN, cit. (n. 4).

- V. *Judicialización de la Ejecución Penal.* El control de la legalidad en la ejecución de las sanciones corresponde a los órganos judiciales;
- VI. *Legalidad.* Toda pena o medida de seguridad debe ejecutarse en la forma prescrita por la Ley, la cual debe ser anterior al hecho que motiva la condena impuesta; (en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal en México, se confunde el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*) con el principio de fundamentación y motivación, ya que se basaron en el Art. 16 Constitucional, mientras que el 14 párrafo III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece en realidad el principio de legalidad conocido bajo el aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine lex previa*¹⁵).
- VII. *Celeridad y oportunidad.* Las audiencias y actos procesales deben celebrarse en los tiempos marcados por la Ley pero privilegiando íntegramente los derechos fundamentales de los procesados y sentenciados;
- VIII. *Inmediación.* Exige que los actos procesales se practiquen en presencia directa del Juez de Ejecución, evitando intromisión de factores ajenos a la valoración o incorporación de información no ajustados a la realidad;
- IX. *Reinserción.* Representa un proceso de introducción del individuo en la sociedad, favoreciendo directamente el contacto activo recluso - comunidad;
- X. *Gobernabilidad.* En tanto que las autoridades son responsables de preservar el estado de derecho en el interior de los Centros;
- XI. *Racionalidad.* Proporcionalidad y equidad de los actos de las autoridades; y
- XII. *Transparencia que permita el escrutinio público.* El acceso a la información y las condiciones de vida digna en reclusión de conformidad con las leyes de la materia.

Estos denominados principios, corresponden en su mayoría a los propuestos por la Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en México (SETEC), de la Secretaría de Gobernación del Gobierno Federal¹⁶, a excepción de los de Confidencialidad, que desde nuestra perspectiva no es un principio sino un derecho del sentenciado, es decir, el Derecho a que su expediente tenga trato de confidencial y solo él y las autoridades competentes en esta etapa del proceso pueden conocer de dicho expediente.

Omitiendo de igual manera la referencia al principio de Resocialización (que no es lo mismo que reinserción), mediante el cual se establece que la finalidad del sistema penitenciario es lograr que el sentenciado adquiera la capacidad de comprender y respetar la Ley, procurando su adecuada reinserción social.

Acordes con estos principios las funciones de los Jueces de Ejecución asignadas por la ley son las siguientes, siguiendo el modelo español de actuación de los Jueces de Vigilancia:

- a) Garantizar la legalidad y la seguridad jurídica en el efectivo cumplimiento de las sanciones penales;

¹⁴ Siguiendo a BENAVENTE e HIDALGO, cit. (n. 5), p. 16, y en lo que estamos totalmente de acuerdo; Sobre los principios del derecho penal en relación a la Constitución Mexicana, Vid. URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René, *Principios Rectores del Derecho Penal*, en el Blog: <http://dppphgo.blogspot.com/search?updated-min=2011-01-01T00%3A00%3A00-08%3A00&updated-max=2012-01-01T00%3A00%3A00-8%3A00&max-results=1>

¹⁵ http://www.setec.gob.mx/docs/PROYECTO_LINEAMIENTOS_SANCIONES_PENALES.pdf

- b) Controlar la aplicación de los substitutivos de prisión impuestos por el Juez de la causa y resolver sobre los reductivos de la pena privativa de libertad y, en su caso, sobre la libertad condicionada;
- c) Ejecutar el pago de la reparación del daño, las multas y cauciones impuestas en la sentencia;
- d) La solución de las controversias que se susciten entre las autoridades penitenciarias y los internos;
- e) Conocer de los demás procedimientos previstos en la ley;
- f) Conocer de los asuntos de su competencia en los casos de internos que acogidos por el mandato del artículo 18 constitucional extingan sus penas en otros establecimientos penitenciarios, respecto a la modificación y duración de su pena, en estos casos las autoridades penitenciarias del lugar en el que compurguen serán considerados auxiliares del Juez de Ejecución competente;
- g) Decidir el cumplimiento de la pena impuesta;
- h) Resolver los recursos que se le presenten;
- i) Salvaguardar los derechos de los internos;
- j) Corregir los abusos, excesos y desviaciones que en el cumplimiento de las disposiciones penitenciarias puedan producirse;
- k) Resolver sobre la modificación y duración de las penas y medidas de seguridad impuestas por el Juez de la causa;
- l) Resolver las controversias que se susciten entre las autoridades penitenciarias y los internos y terceros con motivo de la ejecución de la sanción;
- m) Resolver los recursos de revocación que formulen los internos en contra de las determinaciones de los directivos en materia de sanciones disciplinarias, medidas de seguridad y vigilancia especial;
- n) Garantizar el acceso a la justicia penitenciaria en la fase administrativa ante la falta o indebida sustanciación de las quejas e inconformidades de los internos, pudiendo decretar las medidas cautelares que fueren necesarias para proteger su integridad y evitar cualquier tipo de represalias con motivo del ejercicio de los derechos establecidos en la Ley;
- o) Ordenar a las autoridades penitenciarias para que adopten las acciones necesarias para proteger los derechos de los internos y visitantes;
- p) Resolver en definitiva sobre los traslados de los internos;
- q) Dirimir toda controversia que se suscite entre las autoridades penitenciarias y los internos, visitantes y otros terceros interesados;
- r) Establecer el cómputo correspondientes cuando existan dos o más penas privativas de libertad impuestas en sentencias diferentes respecto de un mismo interno;
- s) Resolver los incidentes de ejecución de la reparación del daño que promueva alguna de las partes y ordenar su ejecución material;
- t) Resolver los incidentes sobre la reducción de las penas, ineficacia o necesidad de la misma cuando surjan factores que conforme a la ley se haga innecesaria su aplicación;
- u) Librar las órdenes de reprehensión que procedan en ejecución de sentencias;
- v) Controlar la legalidad en la ejecución de las sanciones penales;
- w) Inspeccionar o disponer de medidas de inspección de los Centros de reinserción y de Internamiento para Adolescentes;

- x) Hacer comparecer ante sí a los sentenciados con fines de vigilancia y control;
- y) Resolver sobre la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, cuando ante el mismo se otorgue el perdón del ofendido en los términos establecidos en el Código penal;
- z) Dictar la resolución mediante la cual se dé por cumplida la sanción impuesta y por extinción;
- aa) Conocer sobre los substitutivos y conmutación de las sanciones, de la libertad condicionada, así como la ejecución de las sanciones que no consistan en prisión ni trabajo a favor de la comunidad, o en la aplicación de medidas de seguridad;
- bb) La adecuación y modificación de la sanción de prisión en la fase de ejecución, en los términos que la legislación penal y esta ley establecen, así como sobre las peticiones de traslado que formulen internos o autoridades de otras entidades federativas;
- cc) La declaración de la extinción de las sanciones de prisión y de trabajo a favor de la comunidad, así como de las medidas de seguridad;
- dd) Los incidentes y medios de impugnación que surjan con motivo de la privación de la libertad por parte de las autoridades penitenciarias, así como con motivo de la ejecución de las sanciones de prisión y de trabajo a favor de la comunidad, y de la aplicación de las medidas de seguridad;
- ee) La resolución de los conflictos que se puedan presentar, en la tramitación de la restitución de los derechos del sentenciado;
- ff) La ejecución de las sanciones pecuniarias, cuando no las haya ejecutado el juez de la causa, y
- gg) El otorgamiento de la condena condicional cuando el juez de la causa no lo hubiere hecho.

Estas funciones se regirán en los procedimientos judiciales que se lleven a cabo ante los jueces de ejecución a los siguientes principios, mismos que son propios de un sistema acusatorio de corte adversarial, como lo son:

- *Inmediación*: Entendiendo de acuerdo al Código Procesal Penal del Estado de Hidalgo (Art. 362) que este principio consiste en que la audiencia se debe realizar con la presencia ininterrumpida del Juez y de las demás partes en el proceso, de sus defensores y de sus representantes.
- *Publicidad*: Entendiendo este principio como la posibilidad de que a las audiencias llevadas ante los Jueces de Ejecución podrán asistir personas o medios de comunicación, estos últimos con autorización judicial, interesados en el desarrollo de la misma, excepto cuando se ponga en peligro la integridad de alguno de los participantes, que el orden o la seguridad pública puedan verse gravemente afectados, cuando se prevea específicamente en la Ley o cuando el órgano jurisdiccional estime que existen razones fundadas para justificar el no llevar a cabo la audiencia bajo este principio, mismas que se ven contempladas por el artículo 359 del Código Procesal Penal para el Estado de Hidalgo.
- *Concentración*: Como el hecho de que la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate se desarrollarán ante un Juez competente

y las partes, en una audiencia continua, sucesiva y secuencial, salvo aquellos casos excepcionales previstos en la Ley.

- *Continuidad*: El artículo 365 del Código procesal arriba referido nos dice: “La audiencia del juicio se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Para estos efectos, constituirán sesiones sucesivas aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del Tribunal”.
- *Contradicción*: Entendida como la posibilidad de que las partes podrán debatir los hechos, argumentos jurídicos, normativos y jurisprudenciales de la contraparte y controvertir cualquier medio de prueba, para lo cual podrán hacer comparecer, interrogar o en su caso reinterrogar o contrainterrogar a los testigos y peritos pertinentes.
- *Presunción de inocencia*: Derivado del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que implica que mientras no se obtenga prueba de que se ha cometido un delito, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario en juicio”.
- *Legalidad*: Al que en el marco de este trabajo se ha hecho referencia, y
- *Audiencia y defensa*: Los cuales nos significan que toda persona tiene derecho a ser oído y vencido en juicio, así como que el derecho a la defensa es una garantía que comprende el derecho de toda persona involucrada como responsable de la comisión de un delito en un proceso penal a la información en torno a los propios derechos, a la defensa material y a contar con asistencia técnica de un abogado titulado.

Un problema surgido a raíz de la asunción de estos principios por la Ley, es que aún no se ha realizado la declaratoria referida en el transitorio segundo de la misma, la cual se encuentra en vigor desde el 19 del mes de junio del año 2011¹⁷, con lo que de facto ya se incumple con las finalidades de dicha Ley.

Lo anterior aunado a una Ley de Ejecución de Penas del Estado de Hidalgo, que data del año 1971, año en el que se planteó una reforma penitenciaria nacional, basándose en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente, la cual se encuentra aún en vigor¹⁸.

¹⁶ Refiriéndose a esto mismo Benavente e Hidalgo dicen respecto a la Ley de Ejecución del Distrito Federal que: “la ejecución de las sanciones y medidas hará referencia (a) un código penal y a un código de procedimientos penales que obedece a un sistema distinto al que se implementa con la reforma constitucional, con lo cual, es lógico que, ya de principio contravenga las disposiciones de esta ley y por ende que no pueda ser legislación supletoria”, cit. (n. 5), p. 4, entre paréntesis agregado por el autor.

¹⁷ Al respecto *vid.* RIVERA MONTES DE OCA, cit. (n. 9), pp. 27 y ss.

II. BREVE RESEÑA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES PARA EL ESTADO DE HIDALGO, MÉXICO

De acuerdo al contenido de la Ley se realiza una breve reseña en lo esencial, presentando al final un esquema del desarrollo de la Audiencia de Ejecución según el contenido de la misma:

Las partes.- Las partes en esta última fase del proceso penal son:

1.- *Actor:* Quien será la persona sujeta a una sanción penal o el Ministerio Público en aquellos casos de incumplimiento de las sanciones de las penas;

2.- *Demandado:* En este caso será la autoridad que hubiere pronunciado el acto objeto de controversia o la persona sujeta a una sanción penal en caso que incumpla las sanciones o penas impuestas;

3.- *Tercero interesado:* Son las víctimas u ofendidos del delito, únicamente por lo que refiere a la reparación del daño, y

4.- *El Ministerio Público:* El que intervendrá en los procesos de ejecución velando por el respeto de los derechos fundamentales y de las disposiciones de la sentencia y podrá solicitar la aplicación de medios alternativos de solución de controversias.

Cabe referir que la persona sujeta a una sanción penal siempre deberá contar con una defensa técnica adecuada, ya sea señalada por sí o en su defecto le sea designado un defensor público.

CAUSAS DE IMPROCEDENCIA Y SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

Los casos de improcedencia de la acción intentada por el actor son las siguientes de acuerdo a la Ley de Ejecución del Estado:

- Que la demanda sea interpuesta contra actos que no sean competencia del juez de ejecución;
- Cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del conflicto (principio de definitividad en materia de ejecución penal);
- Cuando la demanda sea presentada fuera del plazo de 10 días siguientes a que se tenga conocimiento del hecho o acto que origina la demanda, y
- Cuando se haya extinguido la sanción.

Las causas de sobreseimiento son las que a continuación se describen:

- La muerte de la persona sujeta a la sanción penal, cuando se trate de una pena privativa de libertad.
- Cuando apareciere o sobreviniere una causa de improcedencia.
- Cuando no existiera el acto impugnado o no se probara su existencia, y
- Por la aplicación o cumplimiento de un mecanismo alternativo de solución de controversia, mismo que puede ser solicitado por cualquiera de las partes o el Ministerio Público de no tener carácter de parte en el proceso de ejecución.

La demanda. Esta se debe presentar dentro de los 10 días siguientes a que se tenga conocimiento del hecho que la origina y debe contener los siguientes datos y requisitos:

- Nombre y domicilio para notificar al actor;
- La autoridad señalada como responsable;
- Referir nombre y domicilio del tercero interesado si lo hubiere;
- Referir los preceptos legales que sustenten la demanda;
- Manifestación de los hechos en los que se expresa la causa de pedir;
- Ofrecimiento de pruebas o la protesta de exhibirlas en la audiencia del proceso, y
- Firma autógrafa o huella del actor.

La contestación. La contestación a la demanda se debe presentar dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la misma y debe contener los siguientes requisitos:

- Relación precisa de cada uno de los hechos narrados por la parte actora, afirmándolos, negándolos o exponiendo como ocurrieron, y
- Las razones o fundamentos jurídicos que el demandado estime pertinentes para sostener la validez del acto impugnado.

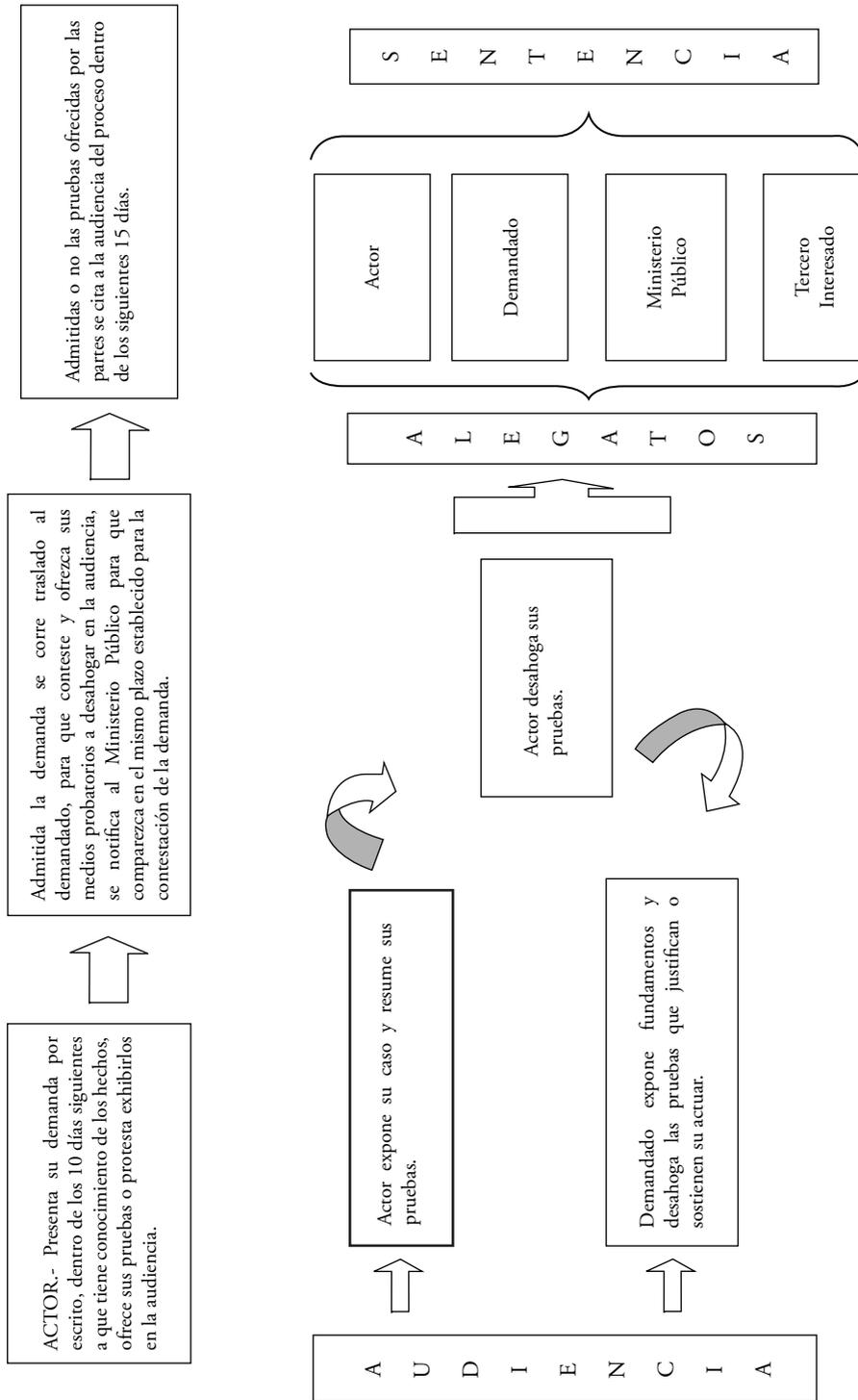
La sentencia. La sentencia se emitirá 24 hrs. después de que sea clausurada la audiencia y contendrá los siguientes datos:

- Mención del Tribunal y fecha de emisión;
- Identificación de las partes e intervinientes;
- Enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda, pretensiones y contestación;
- Fundamento jurídico de sustento;
- Razones jurídicas de los hechos y circunstancias así como para fundar la sentencia;
- Los puntos resolutivos, sus alcances, y
- Firma del Juez emisor.

En esta se determinará si fueron violados derechos del interno y en su caso el Juez de Ejecución podrá ordenar:

- La restitución al agraviado en el goce de su derecho;
- La adopción de medidas para evitar la repetición de los actos u omisiones impugnadas, para lo cual se prevendrá a las autoridades penitenciarias, y
- La adopción de medidas para evitar que se continúe con el incumplimiento de la sanción penal.

ESQUEMA PROCESO DE EJECUCIÓN



LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS DROGAS COMO POLÍTICA CRIMINAL DE LA EXCLUSIÓN*

THE CRIMINALIZATION OF CRIMINAL DRUG POLICY AS OF EXCLUSION

JACSON LUIZ ZILIO**

Centro Universitário Franciscano do Paraná
 (Curitiba, Brasil)

RESUMEN

Este artículo intenta retomar las críticas que desde los años setenta se realizan a la criminalización de las drogas. En un momento en que se intensifica la masacre por medio de la ocupación de los barrios pobres (favelas) en la ciudad de Río de Janeiro, por ejemplo, parece fundamental que la base teórico-crítica, que se ha producido principalmente en Latinoamérica, vuelva a ser el camino de resistencia democrática. Aquí se comienza esclareciendo las funciones declaradas y ocultas de la actual política criminal de las drogas, sobre todo después del declive del Estado social. Por fin, se indica una posible y distinta política criminal más humana en relación al comercio y uso de drogas, de contenido liberalizador, que busca frenar los abusos de la actual sociedad de control.

PALABRAS CLAVE. Drogas, criminalización, política criminal oficial, política criminal alternativa, funciones declaradas da política criminal de drogas, funciones ocultas de la política criminal de drogas, efectos primarios y efectos secundarios.

ABSTRACT

This article attempts to resume the criticism from the seventies are made to the criminalization of drugs. At a time when the slaughter intensifies through the occupation of the slums (favelas) in Rio de Janeiro, for example, seems essential that the theoretical criticism that has been produced mainly in Latin America, again to be the path of democratic resistance. Here we start by clarifying the functions declared and covert criminal policies of the current drugs, especially after the decline of the welfare state. Finally, it indicates a potentially more humane criminal policy differently in relation to trade and drug use, liberalizing content, which seeks to curb abuses of the current holding company.

KEY WORDS: *Drugs, criminalization, criminal policy officer, criminal policy alternative, declared functions gives criminal drug policy, hidden features of criminal drug policy, primary effects and side effects.*

* Artículo presentado en el "Congreso internacional sobre políticas de drogas: estrategias en un contexto globalizado", organizado por UNAD y ENLACE, en Torremolinos, Málaga, España, de 31 de marzo a 1 de abril de 2011. Agradezco profundamente la invitación, observaciones y correcciones de mi compañera abogada Carmen Martínez Perza, de Sevilla, España.

** Fiscal del Ministerio Público de Paraná, Brasil y doctor en Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

ÍNDICE. 1. Los cinco elementos que caracterizan la imagen inicial de las drogas que sustenta la política criminal oficial; 2. Funciones declaradas y ocultas de la política criminal de las drogas; 3. Los efectos de las drogas y los efectos de la criminalización de las drogas; 4. Hacia una política criminal alternativa de las drogas; 5. Bibliografía.

1.- LOS CINCO ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LA IMAGEN INICIAL DE LAS DROGAS QUE SUSTENTA LA POLÍTICA CRIMINAL OFICIAL

Las investigaciones científicas identifican una serie de elementos en relación a la imagen inicial de las drogas que sustenta la política criminal oficial: a) que existe un vínculo necesario entre consumo y dependencia; b) que el consumidor siempre integra una subcultura distinta de la mayoría normal; c) que el comportamiento asocial de los adictos los aísla de la vida productiva y los inserta en carreras criminales; d) que el estado de salud de los dependientes es, en general, irreversible; e) que las medidas preventivas y represoras conforman una respuesta normal y necesaria de defensa de la salud pública, en el marco del Estado de Derecho¹.

Así, pues, la política criminal actual parte del miedo de la sociedad de junkyzados, intensificado por la cultura *mass media*. Si se parte del hecho de que esta imagen inicial sea real, entonces también es posible que sea real en las consecuencias, es decir, si es verdad que hay dependencia, subcultura, carreras criminales y aislamiento social, entonces también hay peligro para la salud pública. Luego, el estigma inicialmente proyectado se realiza. La satanización de las drogas conduce a la satanización del consumidor, del productor y del comerciante de las drogas, tal como el conocido Teorema de Thomas: “*Situations defined as real are real in their consequences*”².

A partir de esta imagen inicial de la realidad, la política criminal actual se fundamenta abiertamente en la idea de tutela del bien jurídico salud pública. Esta finalidad, en general, se pretende alcanzar por medio de la pena de prisión. En América Latina, aproximadamente tres cuartas partes de los presos están sometidos a medidas de contención por peligrosidad presunta, es decir, sin sentencia condenatoria formal (prisión preventiva)³. El número de

¹ Vid., en este sentido, por todos, el artículo de BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, Mauricio Martínez (Trad.), en *Criminología y Sistema penal*, IBDeF (Montevideo/Buenos Aires, 2006), p. 113.

² THOMAS, William Isaac, THOMAS, Dorothy Swaine, *Situations defined as real are real in their consequences*, en STONE, Gregory P., FABERMAN, Harvey A., *Social Psychology through symbolic interactions*, 2ª ed., Wiley (New York, 1981). El teorema sociológico ha sido mencionado en THOMAS, William Isaac, *The child in America: behavior problems and programs*, A. A. Knopf (New York, 1928). En este sentido también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, cit. (n. 3), pp. 112-138.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 69. En Brasil, por ejemplo, el derecho procesal penal del enemigo en los delitos de drogas es tan claro que el artículo 44 de la Ley 11.343/2006 (Ley de Drogas) ha creado una prisión preventiva obligatoria. Además, el § 4º del artículo 33 de la Ley 11.343/06 ha impedido la aplicación de penas alternativas a la prisión en los casos de tráfico de drogas. Por suerte, en este caso, la Corte Constitucional de Brasil ha declarado la inconstitucionalidad (*habeas corpus* Nº 97.256/RS, Ministro Ayres Britto). Sin embargo, la prisión preventiva obligatoria en los delitos de drogas sigue siendo una vergüenza que la Corte Constitucional de Brasil poco hace por cambiar. Esto contribuye a que miles de personas sigan en las cárceles inhumanas de Brasil sin que exista una sentencia condenatoria formal. Solamente la insensibilidad y la ceguera de los jueces y fiscales brasileños puede explicar la falta de pensamiento crítico del autoritarismo del derecho penal de drogas latinoamericano.

presos sin sentencia condenatoria formal por delitos de drogas es muy significativo en nuestro margen latinoamericano. Por desgracia, también la política criminal oficial cumple la pena de prisión de forma selectiva. Una triste coincidencia hace que las personas privadas de libertad sean jóvenes y mujeres transportadoras de drogas (mulas) y la gran mayoría integren las capas sociales económicamente desfavorecidas.

Cambiar esta dura realidad no es tarea fácil y requiere costos personales y sociales. Sin embargo, a pesar de estas dificultades, es importante retomar las críticas que desde los setenta se realizan a la criminalización de las drogas. Este camino puede comenzar esclareciendo las funciones declaradas y ocultas de la actual política criminal de las drogas, sobre todo después del declive del Estado social. Así es posible construir otra política criminal de las drogas de naturaleza liberalizadora, pese a los difíciles momentos neoliberales que estamos viviendo y que están íntimamente relacionados con lo que se denomina sociedad de control⁴.

2.- FUNCIONES DECLARADAS Y OCULTAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE LAS DROGAS

Desde los esfuerzos iniciales de Foucault realizados en el siglo pasado, es bien conocido que las funciones declaradas del Derecho penal no son cumplidas y que otras finalidades ocultas laten en el seno del sistema penal⁵. Desgraciadamente, eso suele suceder también en el ámbito del Derecho penal de las drogas.

En la sociedad tardocapitalista actual, creada por el modelo de globalización del proyecto colonialista neoliberal, la función declarada de protección de la salud pública es cada vez menos creíble, aunque la perspectiva ideológica del fracaso se funcionalice en una historia de éxito. Pero en mi opinión, esta función declarada se revela problemática en la dogmática penal, en la sociología, en la política y en la economía.

⁴ Sobre este modelo de sociedad, véase GARLAND, David, *La sociedad del control*, Gedisa (Barcelona, 2005). Una visión general sobre el tránsito de la sociedad disciplinaria de Foucault a la sociedad de control de la actualidad, se puede ver en BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*, Comares (Granada, 2007).

⁵ Vid. FOUCAULT, Michael, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Gallimard (Paris, 1975). En este clásico libro, Foucault vinculaba el interés económico de la burguesía a los mecanismos por los cuales el delincuente es controlado, perseguido, punido y reformado. El interés económico de la clase dominante y la disciplina de la cárcel son las dos caras de la misma moneda, que es el sistema penal. A partir de la noción acuñada de "economía de la ilegalidad", Foucault prueba definitivamente que el desarrollo de la sociedad capitalista se estructuró a partir de un doble derecho penal, la "ilegalidad de bienes" (el derecho penal de clases bajas) y la "ilegalidad de derechos" (derecho penal de clases altas). En la Criminología, este ocultamiento de los fines clasistas del derecho penal son revelados en la crítica severa de BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica e crítica del diritto penale. Introduzione alla Sociologia giuridico-penale*, II Mulino (Bologna, 1982). Antes de todo eso, sigue fundamental la obra *Punishment and Social Structure*, de RUSCHE y KIRCHHEIMER, publicada en 1939 por la Columbia University Press de New York. Hay versión en español (*Pena y estructura social*, Emilio García Méndez (Trad.), Temis (Bogotá, 1984)) y tardíamente en portugués (*Pena e estrutura social*, 2ª ed., Gizlene Neder (Trad.), Revan/Instituto Carioca de Criminologia (Río de Janeiro, 2004)). En Brasil, estos fines ocultos del sistema penal fueron revelados principalmente por la tesis doctoral de CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *A criminologia radical*, Forense (Río de Janeiro, 1981).

En la dogmática penal, el concepto de salud pública es poco claro para concretar el contenido del bien jurídico⁶. El concepto de bien jurídico debe ser expresivo de su contenido y, a la vez, servir de límite del propio Derecho penal. Un concepto abstracto y vacío de contenido como el de salud pública es expresión de un funcionalismo extremo en Derecho penal, que no cumple con la importante encomienda de contención del poder punitivo. Además, un concepto colectivista en extremo desprecia la necesaria retrorreferencia a intereses individuales, como manda el Derecho penal liberal. Schönemann ha acuñado la expresión bien jurídico intermedio para definir esta hipostasia de aparentes bienes jurídicos colectivos en los casos que más bien se trata de bienes jurídicos individuales⁷.

En realidad, en el Estado democrático de Derecho solo el concepto personal de bien jurídico, como entidad real, puede servir para asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica. Los bienes jurídicos de la comunidad solo son legítimos cuando sirven al ciudadano. Roxin ha enseñado que “la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico”. En concreto, dice que “el bien jurídico sociedad sin drogas no es suficiente para legitimar el precepto. La razón está en que con ello solo se indica lo que quería el legislador. Lo importante es, sin embargo, si se ve perjudicada la coexistencia libre y pacífica de las personas, y esto es algo que ha de negarse cuando los excesos puedan evitarse mediante controles estatales”⁸.

⁶ En este sentido, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, t. I, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Trads.), Civitas, reimpresión (Madrid, 2003), p. 61. La justificación de la criminalización, según Roxin, estaría en la incontrolabilidad de la difusión y el peligro de las drogas para consumidores no responsables. De todos modos, Roxin anota que “una investigación más exacta debería conducir a una restricción sustancial del actual Derecho penal en materia de estupefacientes” (p. 59).

⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann (Trads.), en HEFENDEHL, Roland (Edit.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons (Madrid/Barcelona, 2007), p. 223.

⁸ ROXIN, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal*, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Trad.), en HEFENDEHL, Roland (Edit.), cit. (n. 9), p. 449. También HASSEMER ha acuñado un concepto crítico de bien jurídico que impide “generalizaciones nebulosas: una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería un terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho “fin” es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico. La intervención en la libertad de conducta no tendría algo que la legitimara, algo de lo que pudiera extraerse su sentido”. Cfr. HASSEMER, Winfried, *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, en HEFENDEHL, Roland, cit. (n. 9), p. 103. Muy crítico con la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán, sobre el cannabis, es Schönemann: ‘la salud humana, tanto de los individuos como de la población’, no representa otra cosa que el bien jurídico individual de cada uno de los ciudadanos, es decir, que en modo alguno constituye un bien jurídico colectivo susceptible de ser protegido autónomamente, porque carece de sentido hipostasiar la suma de todos y cada uno de los bienes jurídicos individuales singulares en un bien jurídico colectivo”. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, cit. (n. 9), p. 214. Lo que parece suceder en el caso de las drogas, es una confusión entre función (política pública) y bien jurídico (salud individual). Como ha dicho Tavares, “la función no existe en sí misma, sino que depende de una relación y de sus variables, posibilitando únicamente cálculos de predicados que no pueden ser considerados valores”. Véase TAVARES, Juárez, E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Mónica Cuñarro (Trad.), Hammurabi (Buenos Aires, 2004), p. 65: “Si no se puede reducir la acción a situaciones concretas de peligro o de daño a la salud, no se estará delante de un bien jurídico, sino de una función”.

También es contradictorio que siendo toda droga nociva para la salud pública, solo se sancionen los actos relacionados con algunas y no con todas. Con razón, Bustos Ramírez ha dicho que no hay argumento para justificar la función declarada (protección de la salud pública) de la ley penal, pues no se protege la salud pública frente a toda droga y, por otra parte, tampoco las drogas ilegalizadas aparecen como aquellas con una mayor dañosidad social, sino todo lo contrario⁹. De hecho, comparativamente baste pensar que 0,4 g de nicotina tiene efectos mortales, mientras que la morfina y la cocaína tienen, al contrario, un efecto tóxico menor (0,3 g o 1-2 g actúan mortalmente)¹⁰. Además, hay más enfermos por drogas lícitas que ilícitas (tabaco y alcohol, por ejemplo).

En la sociología de las drogas, las imágenes iniciales de las drogas tampoco corresponden a la realidad.

En primer lugar, no se debe asumir como verdad absoluta la existencia de una relación necesaria entre consumo y dependencia. Este vínculo hasta ahora se basa en una creencia sin base científica. Por eso también es posible partir de la idea contraria de que la mayoría de las personas que consumen drogas no son, necesariamente, dependientes. Por ejemplo, la mayoría de las personas que consumen alcohol no padecen alcoholismo. La relación de causa y efecto depende de múltiples factores, tanto en las drogas lícitas, como en las ilícitas.

En segundo lugar, el consumidor de drogas no integra una subcultura¹¹. No se trata de que quienes consumen drogas sean otra gente. Es idéntico problema al que se da respecto al delincuente cuando se piensa que existe una distancia entre ellos (delincuentes) y nosotros (personas honradas). El consumo, el comercio y la producción de drogas está presente en todas las capas sociales, aunque la criminalización opere en las clases subalternas. Esto se explica porque los más privilegiados socialmente son invisibles a los estereotipos creados por la comunicación de masas y, además, por mantener la identidad social intacta, son inmunes al proceso de criminalización secundaria, que se mueve siempre por etiquetas y perjuicios¹².

En tercer lugar, no es cierto que las drogas creen un comportamiento asocial que provoque aislamiento de la vida productiva, ni que los drogodependientes estén insertos en verdaderas carreras criminales. Tampoco existe aquí un dato científico real que fundamente tal argumento. Evidentemente, los consumidores son más vulnerables que las personas no consumidoras, pero también es cierto que gran parte de las personas que consumen drogas están integradas plenamente en la dinámica de producción capitalista. Esto último puede

⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*, 2ª ed. (Santa Fe de Bogotá, 1996), p. 93.

¹⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, *Criminología: uma fundamentação para o Direito Penal*, Juarez Cirino dos Santos y Helena Schiessl Cardoso (Trad.), ICPC/Lumen Juris (Curitiba/Río de Janeiro, 2010), p. 512.

¹¹ En el caso de Brasil, véase PROCÓPIO, Argemiro, *O Brasil no mundo das drogas*, 2ª ed., Vozes (Petrópolis, 1999), p. 26. En este libro se muestra como la estructura de las empresas que operan en el negocio de la droga ha nacido vinculada al contrabando, a la evasión de las riquezas nacionales y a la corrupción estatal.

¹² Después del libro de MALAGUTI BATISTA, Vera, *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, 2ª ed., Revan (Río de Janeiro, 2003), ya no es más posible negar la selectividad histórica del poder punitivo en temas de drogas en Brasil. Este libro analiza la criminalización de las drogas por el derecho penal juvenil en Río de Janeiro entre los años 1968 y 1988. Ahí es posible entender cómo el proceso de demonización de las drogas ha fortalecido los sistemas de control social y reforzado el carácter genocida del poder punitivo de la periferia contra las clases populares.

explicar por qué el consumo de estas sustancias es mayor en las grandes ciudades que en zonas rurales. En realidad, las carreras criminales se explican mejor por la existencia de la prohibición penal, que eleva el precio de la droga (si la represión penal es mayor, el precio también es mayor) y fomenta la relación personal entre consumidores y delincuentes en el proceso de compra de la droga. Si los precios aumentan por la naturaleza del mercado, los consumidores no pueden adquirir las drogas por las vías legales, de modo que se ven envueltos en actividades ilegales. Esto ha sido calificado por Hulsman como “problemas secundarios para el consumidor”¹³.

Por último, el estado de salud de los drogodependientes no es algo irreversible. El proceso de tratamiento de los dependientes de drogas responde a variantes distintas, tanto personales, como sociales. No es posible definir la irreversibilidad general del daño a la salud, incluso porque los efectos primarios son distintos en relación a las diversas sustancias. Además, los éxitos dependen siempre de la disposición personal del adicto y de la calidad del tratamiento. Pero la política de salud pública debería buscar antes de la represión la efectividad del principio la ayuda para sobrevivir en busca de la reducción de daños a la salud, sea buscando espacios reservados para el consumo responsable de drogas, auxilios de emergencias, etc., sea mediante la entrega controlada de la droga por indicación médica¹⁴.

Con independencia de estos problemas dogmáticos y sociológicos, políticamente también la criminalización de las drogas destruye las bases del Estado de Derecho. La política actual de control de las drogas es un avance hacia condiciones totalitarias, como ha señalado Christie al describir las similitudes de estos modelos de Estado en sus metas, en la forma de comunicación, en el poder y en los tipos de control (objetivos, volumen y formas)¹⁵. Las metas son únicas y corresponden a la producción, el dinero y el consumo. Domina el libre mercado y los éxitos en la vida son recompensados con dinero y el consecuente consumo de bienes¹⁶. La comunicación depende de la selección de las informaciones que alimentan la venta del sueño americano. Es impresionante cómo la comunicación en masa vende informaciones que intentan legitimar la masacre. La imagen del excluido es la imagen del delincuente y del fracasado en el sistema de capital. El control rompe los límites entre las áreas pública y privada: escuchas telefónicas, policías espías, agentes encubiertos, calles vigiladas por cámaras, etc., son los nuevos instrumentos de las democracias para el control. El control de las personas ahora ya no es por lo que estas hacen, sino por lo que son. Los dictadores del siglo XX se quedarían fascinados ante nuestros actuales aparatos de control. Tiene toda la razón Christie cuando pone de manifiesto las similitudes de las democracias actuales con los regímenes totalitarios de ayer: la guerra contra las drogas ha funcionado como un tranquilizante social, la miseria ha sido justificada como resultado del uso de las drogas y la debilidad interna de las sociedades altamente industrializadas ha quedado sin cuestionar¹⁷.

¹³ HULSMAN, Louk, *Consecuencias negativas de la penalización de las drogas*, en *La política de las drogas, fuente de colonización y represión*, en *Nuevo Foro Penal* 35 (1987).

¹⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis, cit. (n. 12), pp. 520-522.

¹⁵ CHRISTIE, Nils, *El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias*, en *El poder punitivo del Estado*, Editorial Juris (Rosario, 1993), pp. 147-161.

¹⁶ *Ibidem*, p. 149.

¹⁷ *Ibidem*, p. 155.

Por su parte, la criminalización de las drogas ha cumplido siempre finalidades ocultas. La criminóloga venezolana Rosa del Olmo las reveló hace más de veinte años. Así, en los años cincuenta, en el discurso jurídico de las drogas predominaba la idea de peligrosidad expresada por el estereotipo moral del consumidor. En la postguerra, el problema era la sobreproducción del opio, que convertido en morfina y heroína, constituía la esencia de los negocios de organizaciones mafiosas. En los años sesenta las drogas, especialmente la marihuana, forman parte de la llamada contracultura, lo que fundamentaba el discurso médico-jurídico: la no participación de los jóvenes consumidores en el ideal de vida americana justificaba la necesidad de tratamiento médico de la enfermedad. Se crea la idea de enemigo interno y el discurso se politiza en defensa de la seguridad nacional. En los setenta el consumo de heroína mantiene al consumidor como enemigo interno, mientras que los productores ahora aparecen como enemigos externos. En los últimos años de la década de los setenta surge el estereotipo de la cocaína y, más tarde, en los años ochenta se internacionaliza el discurso de la criminalización¹⁸.

En los años siguientes la situación empeora de manera considerable: se mantiene el discurso médico de tratamiento de los consumidores y se refuerza la internacionalización la lucha contra algunas drogas (fármacos, cocaína, marihuana, etc.) por medio de la guerra: militarización de la lucha en los países periféricos productores y punibilidad extrema en los países centrales consumidores. Tras la caída del muro de Berlín, el enemigo subversivo consumidor de drogas, identificado como guerrillero, desaparece y entonces era necesario justificar la alucinación de una nueva guerra y mantener niveles más represivos. Ahí se reforzó, como ha dicho Zaffaroni, la “guerra contra la droga”¹⁹.

En mi opinión, en todas estas etapas de la historia, la política criminal oficial oculta el vínculo entre la criminalización de las drogas y las estructuras económica y religiosa de las sociedades capitalistas. El mercado libre crea economías complementarias que sin la criminalización de las drogas no evitaría la recesión, mientras que las religiones necesitan del moralismo para cegar a la gente.

Desde un realismo jurídico-penal, ya no es posible negar las relaciones funcionales de la criminalización de las drogas y los objetivos del capital. Como ha puesto de relieve Baratta, “el consumo de la droga está ya afectado negativamente por la estructura misma de su economía de mercado, como es la economía capitalista, en la cual la producción no está fundamentalmente determinada por las necesidades del hombre productor y consumidor, sino que son potencial o actualmente manipulados y el hombre convertido en un instrumento de magnificación del beneficio y de acumulación del capital en el interés de la reproducción del sistema económico global”²⁰. En otras palabras, la criminalización de las drogas eleva el precio de las drogas, coloca a los consumidores, productores y comerciantes en los ámbitos criminales, genera un aumento de la violencia social y, principalmente, perpetúa el proceso de producción de grandes beneficios y de acumulación del capital²¹.

¹⁸ Vid., por ejemplo, el problema de la criminalización de las drogas en las décadas de los cincuenta, sesenta, setenta y ochenta en el clásico libro de DEL OLMO, Rosa, *La cara oculta de la droga*, Temis, reimpresión de la primera edición (Santa Fe de Bogotá, 1998).

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, cit. (n. 5), p. 50.

²⁰ BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, cit. (n. 3), pp. 132-133.

²¹ *Ibidem*, p. 133.

En el neoliberalismo excluyente, caracterizado por la subsunción real de la sociedad bajo el capital, en que los individuos se relacionan siempre como propietarios del capital y como poseedores de la fuerza de trabajo, la criminalización de las drogas representa lo que Negri ha llamado el “complemento de la idea de mercado, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento social y ampliar los términos del mercado”²².

Naturalmente, la criminalización de las drogas produce lo que pretende el capital neoliberal: la distinción de las personas, la separación inevitable del trigo de la paja. La exclusión social es, por lo tanto, la mayor marca de la política actual de lucha contra las drogas.

El resurgimiento de la guerra como instrumento de gobierno y de solución de los problemas y controversias relacionados con las drogas, también contribuye a la exclusión social y genocidio de las clases populares. Esta política criminal forma parte esencial del proceso de unificación de los objetivos del capital mundial neoliberal, que consiste (a) en la definición de la homogeneidad de los valores dominantes por parte del poder soberano e imperialista (valores establecidos por los países del norte en clara destrucción de los pueblos del sur del mundo), (b) en la predominancia de la especificidad sobre la generalidad a través del viejo racismo y, finalmente, (c) en el equívoco de la aproximación real entre la teoría política de la guerra y el Derecho penal de la lucha.

En la definición de la homogeneidad de los valores, los pueblos del sur son los que más sufren los efectos de la criminalización de las drogas. Los campesinos productores de drogas son arrestados en muchos países latinoamericanos y sus propiedades confiscadas. Los trabajadores son encerrados en la prisión. La coca, que domina culturalmente los países andinos, ha sido sustituida por la cultura del terror y de la cárcel, como forma de adiestramiento.

Por otro lado, el viejo racismo sigue determinando el proceso de criminalización: las agencias del control penal siguen orientadas por estereotipos racistas. En Estados Unidos la población de color es mayoría en las cárceles y el tráfico siempre se vincula con el estereotipo de latinoamericano y extranjero. También en España se relaciona con personas latinoamericanas, africanas o gitanas²³. En nordeste de Brasil, por ejemplo, numerosas mujeres africanas, mulas del tráfico de drogas, cumplen penas privativas de libertad de duración excesiva. En general, las prisiones están pobladas de negros y pobres, que buscan en las drogas la última posibilidad de salir de la exclusión social; salen de la calle y van directamente a la cárcel.

Finalmente, la aproximación real entre la teoría política de la guerra y el Derecho penal de la lucha encuentra su punto alto en la criminalización de las drogas. En el panorama actual, de subsunción real de la sociedad bajo el capital, el Derecho penal de la lucha contra las drogas emplea sin escrúpulos la violencia de los medios ilegítimos al servicio de fines injustos. La militarización de la política criminal de la droga difuminó las fronteras que existían entre la guerra y el Derecho penal²⁴. La dureza de las penas privativas

²² NEGRI, ANTONIO, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, Susana Lauro (Trad.), Paidós (Barcelona, 2008), p. 69.

²³ Por ejemplo, PROCÓPIO, Argemiro, cit. (n. 13), p. 29, afirma que la manía de culpar las minorías étnicas, en España, es una herencia del franquismo.

²⁴ Críticamente, también PROCÓPIO, Argemiro, cit. (n. 13), p. 83.

de libertad nos recuerdan tiempos sombríos de irracionalidad y barbarie. En los países periféricos dependientes del capital externo, miles de personas son asesinadas por las fuerzas estatales o por milicias que disputan los lucros del capital ilícito de las drogas. Colombia, Brasil y México representan la estupidez de una política criminal bélica determinada por Estados Unidos de América. La administración norteamericana, integrada por demócratas o republicanos, presionó a las dictaduras latinoamericanas para que declararan la guerra a la droga. Ahora ellos presionan a las democracias inestables del continente. Son como vampiros en busca de la sangre. Por cobardía, la élite latinoamericana que domina la política, permite que su propio pueblo sea asesinado por empresarios de la moral yanqui. No es necesario mucho esfuerzo para saber que la gran mayoría, si no la totalidad, de las víctimas pertenecen a las capas sociales más vulnerables de los países de la periferia. No es una triste coincidencia de la vida. Es la finalidad buscada por el capital y su maquinaria de criminalización: mantener la división social por medio de la criminalización de las clases subalternas. Por ende, la razón está con Negri cuando dice que el Derecho penal –y creo que la criminalización de las drogas es un ejemplo claro– reproduce los mecanismos de la reproducción del despotismo capitalista sobre la sociedad, cada vez más irracional e inhumano, más allá de un *faux frais* (gastos adicionales)²⁵. Triste realidad de nuestra triste periferia en las manos del autoritarismo penal del capital.

3.- LOS EFECTOS DE LAS DROGAS Y LOS EFECTOS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS DROGAS

Baratta recuerda Marx: te sacas siempre, como la mujer del médico, de la ceguera blanca de que hablaba Saramago. En el Derecho penal de las drogas, también pasa lo mismo.

Baratta ha descrito los efectos de las drogas primarios y secundarios²⁶. Los primarios son los efectos relacionados con la naturaleza misma de la droga y sirven para desarrollar estudios, estrategias y procedimientos preventivos, educativos, asistenciales y terapéuticos. Son efectos que definen el grado de dañosidad y riesgo que provoca en la salud de las personas. No se confunde el consumo con el problema de la droga. El efecto de la droga depende también de la situación personal y condiciones en que la droga es consumida²⁷.

Sin embargo, los efectos secundarios son mayores e inciden sobre el consumidor, el ámbito social, el sistema penal, el sistema terapéutico, asistencial y educacional y, finalmente, sobre la economía de mercado. Estos efectos de la criminalización de la droga pueden clasificarse en efectos secundarios individuales concretos y efectos secundarios sociales. Los costos individuales son el aislamiento, la estigmatización, el riesgo de marginalización, el elevado precio de la droga, el sufrimiento familiar y el daño a la salud derivado de la mala

²⁵ NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, Raúl Sánchez Cedillo (Trad.), Akal (Madrid, 2003), p. 408.

²⁶ BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, cit. (n. 3), pp. 122-133. Esta importante distinción entre problemas de drogas primarios y secundarios ya aparece en HULSMAN, Louk, RANSBEEK, Hilde Van, *Evaluation critique de la politique des drogues*, en *Déviance et société*, vol. VII, n.º 3 (Géneve, 1983).

²⁷ Así, por ejemplo, ALBRECHT, Peter-Alexis, cit. (n. 12), p. 511.

calidad de las sustancias consumidas y de las malas condiciones higiénicas en las que el consumo se realiza²⁸.

Por otro lado, los efectos secundarios sociales inciden sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal, el funcionamiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educacional y sobre la economía. El potencial problema social no es algo exclusivo de las drogas ilícitas. Baste pensar en las muertes o gastos por drogas culturalmente establecidas, como el alcohol y tabaco. Por una cuestión de tiempo, aquí interesan los efectos de la criminalización de las drogas sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal²⁹. Estos efectos son: a) aumento de la población carcelaria; b) aumento de la corrupción; c) erosión de la dogmática jurídico-penal.

a) El aumento de la población carcelaria está conectado con el aumento de la represión en el ámbito de las drogas. Brasil es un ejemplo claro: en 2006 eran 401.236 personas presas; en 2007, 422.590 personas; en 2008, 451.429 personas; en 2009, 473.626 personas; en 2010, 496.251 personas. En 2008, eran 66.604 hombres presos por delitos de drogas (19%); en 2009, eran 78.725 hombres presos por delitos de drogas (20%). La situación de las mujeres es aún más dramática: en 2008, había en prisión 10.767 mujeres por delitos de drogas (59%); en 2009, 12.312 (59%). El tasa de encarcelamiento (el número de presos por cada 100.000 habitantes) ha aumentado: en 2008, 237,97 presos por cada 100.000 habitantes; en 2009, 247,35 presos por cada 100.000 habitantes³⁰. En 1994, los presos en Brasil eran 129.000 y la tasa era de 88 presos por cada 100.000 habitantes. No se precisa mucho esfuerzo para ver la consagración de la cultura punitiva.

b) La criminalización de las drogas fomenta la corrupción generalizada³¹. La prohibición del comercio de las drogas hace que el precio dependa de variantes como la eficacia de la represión. Así, el precio de las drogas se relaciona con la oferta existente en

²⁸ En este sentido, también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, cit. (n. 3), pp. 123-124: "En realidad, la mayor parte de los efectos más graves de la droga sobre la salud y el *status* social del drogadicto dependen de las condiciones en las que el consumo de la droga ilícita se realiza en un régimen de prohibición; la calidad de las sustancias que llegan a la calle, no controladas, por el hecho de ser una mercancía ilícita; las condiciones higiénicas y de vida en las que el consumo se realiza y que añaden muchos nuevos riesgos a los efectos primarios".

²⁹ Las consecuencias sobre el funcionamiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educacional son evidentes: los millones que se usan para hacer funcionar la máquina genocida del sistema penal, podría servir para algo preventivo y educacional a respecto de los efectos primarios y secundarios individuales de las drogas. En la economía, los daños causados por la ilegalidad de las drogas son terribles: gastos de la persecución, gastos terapéuticos, gastos de la criminalidad secundaria, dismunición de los impuestos, etc. Cfr. ALBRECHT, Peter-Alexis, cit. (n. 12), p. 510. Además, la criminalización de las drogas provoca la huida del capital para otros sitios para ser "limpio", fomentando la economía capitalista sobre todo en tiempos de recesión.

³⁰ Estos datos son oficiales del Departamento Penitenciario Nacional de Brasil/DEPEN, del Ministerio de Justicia de Brasil.

³¹ Sobre este problema en Brasil, véase PROCÓPIO, Argemiro, cit. (n. 13), p. 58: "O grande número de excluídos na sociedade, a pobreza e o alto nível de desemprego e subemprego cercam as ilhas sociais com altíssimo poder de consumo. Isso mais a vizinhança com os principais centros produtores de cocaína e a existência de infraestrutura de transportes e de comunicações colocaram inicialmente o Brasil em posição privilegiada nos negócios dos entorpecentes. Hoje, o que principalmente ajuda o país no negócio das drogas é a corrupção generalizada, o sistema judiciário que funciona muitíssimo mal e o sistema financeiro que absorve dinheiro sem mecanismos de controle eficaz".

el mercado, siendo muy elevado el lucro de los traficantes: el valor agregado al producto hace que el lucro del proveedor sea exorbitante. El poder económico de los productores y vendedores de las drogas fomenta la economía capitalista, en un sistema de magia en que el dinero sucio es enviado a paraísos fiscales, donde se limpia y regresa como inversiones. El sistema financiero es ciego a los intereses de los comerciantes de las drogas, pues necesita del dinero y por ello presta poca atención a la procedencia. En efecto, la fuerza de la estructura económica de los productores y comerciantes de las drogas hace que algunas agencias del sistema penal sean contaminadas por la corrupción, para evitar daños a la economía “informal”. La policía, que integra la punta del sistema de represión penal, es la que más sufre los efectos de la corrupción: a los traficantes les interesan la circulación de las drogas más que la libertad de una u otra persona detenida por la justicia. Esto explica, además de otras variantes, por qué la corrupción de esta agencia del sistema penal es mayor que otras.

c) Ya he descrito cómo la criminalización destruye una de las bases fundamentales del Derecho penal democrático, que es el principio de lesividad o de protección al bien jurídico. Pero la política criminal actual (mundial) de las drogas afronta un principio político-dogmático mayor: la idoneidad de la criminalización como método útil proteger el bien jurídico-penal y controlar determinado problema social. En el Derecho penal del Estado democrático de Derecho, este principio está vinculado con la idea de intervención mínima.

Ya en 1975, mi maestro, Muñoz Conde, afirmaba que la “norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos que se abstengan de dañar esas condiciones elementales”³². A partir de ahí se plantea el problema de los límites al poder punitivo estatal y crea, desde el principio de dignidad humana y Justicia, el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. El principio de intervención mínima consiste en que el Derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes y únicamente en cuanto fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho (principio de subsidiariedad)³³. Siguen vigentes, por tanto, la triple cualidad del bien mencionada por Mayer: “merecedor de protección”, “necesitado de protección” y “capaz de protección”³⁴. Además, el principio de intervención mínima se refiere, como consecuencia, también a la gravedad de la penas, en el sentido de que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave. Por ello, el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad son consecuencias del principio de intervención mínima³⁵. Por otro lado, el principio de intervención legalizada quiere decir que la intervención punitiva debe estar regida, en todos sus aspectos, por el “imperio de la ley”, entendida esta como expresión de la “voluntad general”³⁶.

³² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch (Barcelona, 1975), p. 47.

³³ *Ibidem*, p. 60.

³⁴ *Ibidem*, p. 72.

³⁵ *Ibidem*, p. 77.

³⁶ *Ibidem*, p. 80.

En sentido similar, en 1985 Ferrajoli afirmaba que el utilitarismo penal en la versión “*minima sofferenza necessaria da infliggere alla minoranza dei devianti*” es una doctrina de limitación del Derecho penal al mínimo necesario³⁷. El máximo beneficio posible a los no desviados y también el mínimo mal necesario a los desviados. Ahí se funda un utilitarismo penal reformado en que el Derecho penal cumple dos fines: la prevención del delito y la prevención de la pena informal³⁸. La prevención sería un aspecto de doble minimización de la violencia, por un lado de la violencia del sistema penal, y por otro de la violencia informal existente en la sociedad.

De hecho, la legitimidad del sistema penal existe siempre y cuando la suma de las violencias (delitos, venganzas y puciones arbitrarias) que pretende prevenir sea superior a la violencia constituida por los delitos no prevenidos y de las penas por estos conminadas³⁹. Benjamin ya definía esa dialéctica de la violencia: “toda violencia es, como medio, poder que funda o conserva el derecho”⁴⁰. La violencia que establece el derecho (la licitud de un acto que de otra forma sería ilícito) al mismo tiempo lo conserva, ya que el contenido del nuevo derecho es la conservación del antiguo. Así, pues, la guerra ilegítima se convierte en legítima, de modo que en esta nueva guerra legal se conserva la misma violencia de la antigua. En efecto, el poder queda garantizado por la violencia creadora de derecho⁴¹. A partir de ello, Benjamin parece encontrar el significado de esa problemática, que es el origen del dogma de la sacralidad de la vida, especialmente la relación entre la sacralidad de la vida y el poder del derecho, entre el carácter sacro de la vida y el poder soberano⁴².

La dialéctica de la violencia, que permite la justificación de la existencia del sistema penal en los casos en que la violencia que el Derecho crea es menor que la violencia que se intenta prevenir, encuentra en la pena la idea de un mal menor (y solo está justificada si es menor y menos arbitraria que la violencia privada) en relación a la reacción no jurídica. En otras palabras, la pena y el propio Derecho penal solamente están justificados cuando causan un mal menor respecto a la violencia que pretenden prevenir, pues el monopolio estatal del poder punitivo es tanto más justificado cuanto más bajo es el costo del Derecho penal respecto al costo de la *anarquía punitiva*⁴³.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo*, en *Dei Delitti e Delle Pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale* 1, Edizioni Scientifiche Italiane (Napoli, 1985), p. 504.

³⁸ *Ibidem*, p. 507.

³⁹ *Ibidem*, p. 512.

⁴⁰ BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Leviatán (Buenos Aires, 1995), p. 27.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² En sentido diferente, pero partiendo del planteamiento de BENJAMIN, el filósofo italiano AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Antonio Gimeno Cuspinera (Trad.), Pre-Textos (Valencia, 2006), p. 31, afirma que la dialéctica de la doble violencia es un poco diferente, pese a partir de los mismos fundamentos. Porque la violencia del estado de excepción, esa tierra de nadie y ese espacio biopolítico del poder soberano, no sustrae la regla, sino que la regla, suspendiéndose, da lugar a la excepción y, solo de este modo, se constituye como regla, manteniéndose en relación con aquella. Es decir, p. 86, “la violencia que se ejerce en el estado de excepción no conserva ni tampoco establece simplemente el derecho, sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él”. Por eso, concluye AGAMBEN, p. 85, “la violencia no establece ni conserva el derecho, sino que lo revoca”.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo*, cit. (n. 39), p. 512. Esta anarquía punitiva, evidentemente, es derivada de la ausencia de control social penal, como ha dicho FERRAJOLI, Luigi, *Ibidem*, p. 514: “libero abbandono del sistema social al *bellum omnium* e alla reazione selvaggia e incontrollata alle offese, con inevitabile prevalenza del più forte”.

En la defensa de un Derecho penal como instrumento de minimización de la violencia, Ferrajoli también analiza cuatro conocidas posibilidades de sistemas de control social: *a) el sistema de control social-salvaje (sociale-selvaggio)*, del derecho penal arcaico, como expresión de la venganza; *b) el sistema de control estatal-salvaje (statale-selvaggio)*, el ordenamiento primitivo del poder despótico, como expresión autoritaria y arbitraria de la pena, sin garantías para el condenado; *c) el sistema de control social-disciplinar (sociale-disciplinare)*, de la comunidad primitiva de fuerte sentimiento ético e ideológico, como expresión de una policía social moralizante; *d) el sistema de control estatal-disciplinar (statale-disciplinare)*, producto moderno del Estado totalitario, caracterizado por el desarrollo de una función preventiva de policía mediante el espionaje del ciudadano⁴⁴.

Estos sistemas (sociedad salvaje, Estado salvaje, sociedad disciplinar y estado disciplinar), como la actual expansión del Derecho penal (estado preventivo extremo), provocan la actual crisis del Derecho penal y los nuevos y justificados intentos abolicionistas. Los dos últimos sistemas (el del estado disciplinar y el del estado preventivo extremo) son efectivamente los más alarmantes, no solamente por el simbolismo penal, sino también por la capacidad de manipulación para alcanzar fines distintos del Derecho penal y, como ha dicho Ferrajoli, de convivir ocultamente en la moderna democracia⁴⁵.

En mi opinión, la política penal de lucha contra las drogas representa un medio idóneo de protección a la salud pública y un medio idóneo de aumento de la violencia social: exterminios, muertes, cárcel, sangre, tortura y organizaciones criminales son las consecuencias de esta política. Esta política criminal de drogas es la renovada función de gestión de la creciente exclusión social por parte del sistema penal de que habla el joven penalista gallego Brandariz García⁴⁶. Es, en definitiva, una política criminal que expresa una fuerte visión autoritaria y arbitraria de la pena, moralizante y altamente totalitaria⁴⁷.

La política criminal de la exclusión en el ámbito de las drogas no puede ser legitimada por el discurso penal democrático. La legitimidad del Derecho penal se encuentra en la racionalidad del actuar del sistema penal. Legítimo es el ejercicio de un poder planificado racionalmente cuando existe coherencia interna y un grado de verdad en su operatividad (los fines declarados y reales deben ser coincidentes). Zaffaroni apunta como características la existencia de “coherencia interna del discurso jurídico-penal” y “valor de verdad en cuanto a la operatividad social”⁴⁸. Concreta la coherencia interna del discurso jurídico penal no solo con la ausencia de contradicción o lógica, sino precisamente con la existencia de una fundamentación antropológica: si el Derecho sirve al hombre, la planificación del ejercicio del poder del sistema penal debe presuponer una antropología filosófica básica⁴⁹.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 514-515.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 515.

⁴⁶ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, cit. (n. 6), pp. 39-52.

⁴⁷ Muy crítico a la actual política criminal de drogas en Brasil, véase CARVALHO, Salo de, *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)*, 5ª ed., Lumen Juris (Río de Janeiro, 2010); BATISTA, Nilo, *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje* (Río de Janeiro, 1990), pp. 59-69; KARAM, Maria Lúcia, *Revisitando a sociologia das drogas*, en PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*, Boiteux (Florianópolis, 2002), pp. 133-145.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar (Buenos Aires, 2003), p. 20.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

En efecto, la presencia del ser humano en el centro del Derecho es una premisa básica fundamental para legitimar el ejercicio del poder del sistema penal. *A sensu contrario*, la desconsideración del ser humano como persona, como hace actualmente el llamado “derecho penal del enemigo en el ámbito de las drogas”, por ejemplo, nunca puede construir un saber legitimado. La legitimidad del poder del sistema penal, como vemos, depende del grado de verdad operacional. El discurso penal no puede elaborarse mediante la declaración de fines que son imposibles o abstractos, sin contacto con la realidad del ser. El Derecho penal es un eterno “deber ser” que encuentra en la realidad del ser la materia necesaria para la contrucción del delito. Por tanto, la verdad operacional consiste en la simetría de hecho y norma, entre realidad e idealismo. La legitimidad del saber exige entonces que el Derecho penal sea un medio adecuado para cumplir los fines propuestos (la defensa de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad). De ahí que el saber debe ser capaz de influenciar la realidad. Si el Derecho penal quiere proteger la salud pública contra los males causados por las drogas, su legitimación existirá siempre que pueda reducir estos efectos indeseados. Pero si la intervención penal causa más muertes que el propio consumo de drogas, entonces es evidente que se trata de un medio inadecuado para tal fin y, por tanto, deslegitimado.

También me parece un equívoco confundir los vocablos legitimidad con legalidad. La legitimidad depende del grado de coherencia interna del discurso y de adecuación para la obtención de los fines propuestos. En cambio, la legalidad exige solo que el discurso penal obedezca al proceso de producción de normas jurídicas, como determina el Estado de Derecho. Pero el cumplimiento de las exigencias formales del principio de legalidad no implica necesariamente la afirmación de la legitimidad. El ejemplo de la criminalización de las drogas es claro: la política de lucha contra las drogas cumple muy mal la legalidad penal y está hace años deslegitimada por la realidad de los hechos (por la violencia que genera).

4.- HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA DE LAS DROGAS

La legitimidad del poder del sistema penal de las drogas requiere la reconstrucción del discurso penal a partir de la ética universal de los derechos humanos y el único camino posible en este sentido es la propuesta de minimización, es decir, el Derecho penal mínimo.

El Derecho penal mínimo está legitimado porque consiste en un modelo de discurso penal que se estructura en una dogmática jurídico-penal con un alto grado de coherencia interna y con grandes posibilidades de cumplir las finalidades que expresamente declara. Internamente evita contradicciones lógicas porque está regido por principios de limitación del poder: legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y humanidad. Materialmente también se legitima porque minimaliza la intervención específicamente para la protección de la persona, evitando, por tanto, los riesgos de las doctrinas organicistas o funcionales. Finalmente se muestra como un modelo adecuado porque es modesto en los fines que propone: quiere defender los bienes jurídicos más relevantes de la sociedad y solo en los casos en que las otras ramas de control social son insuficientes. Por estas razones, otra política criminal de las drogas debe imponerse. Debe imponerse ahora *de lege lata* y mañana de *lege ferenda*.

A corto plazo, la política penal alternativa debe intentar reducir el ejercicio del poder punitivo que opera por medio de las agencias del sistema penal. Esta contención se puede realizar, en la práctica, mediante las siguientes medidas: 1. Declarar la inconstitucionalidad

de la criminalización del consumidor poseedor de drogas, con fundamento en el principio del bien jurídico, que impide la criminalización de autolesiones; 2. Reforzar las penas alternativas a la cárcel a los traficantes que no dominen las estructuras de poder del tráfico; 3. Reducir la prisión preventiva a los casos de extrema necesidad para protección exclusiva del proceso y no para satisfacer los intereses materiales de la criminalización; 4. Desmilitarizar las acciones de las policías que ejecutan la política criminal de combate a las drogas; 5. Restringir el uso de instrumentos totalitarios como el agente encubierto, escuchas telefónicas y buscas domiciliarias; 6. Por fin, humanizar la cárcel!

A largo plazo, la política penal alternativa de las drogas, la única respetuosa del Estado democrático de Derecho, debe seguir este camino: descriminalización completa del uso, de la producción y del comercio de las drogas⁵⁰.

Estoy seguro de que tal planteamiento todavía puede resultar impopular, pero impopular también debería ser el fracaso de la actual política criminal de las drogas. Quizá esta satanización de las drogas desaparezca si desaparece la confusión que se promueve entre descriminalización y desreglamentación. El control de la producción y tráfico debe seguir en las manos del Estado, pero no a través del Derecho penal sino de un derecho administrativo sancionador eficiente, que entiendo puede solucionar mejor los problemas que las drogas pueden generar.

Paralelamente, el refuerzo de los sistemas terapéutico, asistencial y educativo puede ayudar sensiblemente en la decisión sobre el consumo. Los gastos para mantener el sistema penal genocida de las drogas podrían muy bien ser utilizados para reforzar otros sistemas de control. Naturalmente, las medidas administrativas sancionadoras y fiscales podrían controlar los suministros de las sustancias a menores y drogodependientes, así como también en espacios públicos, en la conducción de vehículos y en ciertos trabajos⁵¹. También pienso que el aumento de la oferta y no necesariamente de la demanda –por cuenta del fortalecimiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educativo– quizás evitaría la creación de una nueva criminalidad organizada. De todos modos, siempre sería conveniente implementar políticas públicas de incentivo a la producción agrícola alternativa, precisamente porque la ausencia de prohibición rebajaría el precio de las sustancias y no sería económicamente viable para los campesinos, al contrario de lo que sucede en la actualidad⁵².

Para concluir, soy consciente de la impopularidad de este planteamiento en tiempos de pensamiento único. Sin embargo, el debate democrático en torno de la cuestión de las drogas no puede ser aniquilado por un discurso fracasado en la realidad de la vida. Vivimos ahora con los mismos problemas de que ya hablaba Ortega y Gasset en 1929: “Hoy, en cambio, el hombre medio tiene las ‘ideas’ más taxativas sobre cuanto acontece

⁵⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, cit. (n. 12), pp. 521/525-526, habla de un refuerzo a la prevención y conservación de la salud y renuncia amplia a la prohibición penal. Esta reforma de la política de las drogas que sostiene Albrecht –correcta desde todos los puntos de vista– tendría las siguientes premisas: (a) el principio de prevención y el principio de intervención política de salud como finalidad del Estado Social; (b) en el Estado de Derecho la autolesión debe ser enfrentada, precipuamente, por medios de control no represivos; (c) combate a la desgracia de la droga por intervención económica.

⁵¹ En este sentido, también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, cit. (n. 3), p. 138.

⁵² PROCÓPIO, Argemiro, cit. (n. 13), p. 115

y debe acontecer en el universo. Por eso ha perdido el uso de la audición. ¿Para qué oír, si ya tiene dentro cuanto hace falta? Ya no es sazón de escuchar, sino, al contrario, de juzgar, de sentenciar, de decidir. No hay cuestión de la vida pública donde no intervenga, ciego y sordo como es, imponiendo sus ‘opiniones’⁵³. Ya llegó la hora de hacer pensar al “hombre-masa” y para eso sería importante que los políticos escuchasen lo que dicen los criminólogos, sociólogos y penalistas. Quizá así la política criminal de las drogas sería fruto de un pensamiento científico y no del simbolismo que usa la imagen del problema social para alcanzar otros objetivos.

⁵³ ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, 21ª ed., Alianza (Madrid, 2009), pp. 96-97.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Peter-Alexis, *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*, Juarez Cirino dos Santos y Helena Schiessl Cardoso (Trads.), ICPC/Lumen Juris (Curitiba/Rio de Janeiro, 2010).
- AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Antonio Gimeno Cuspinera (Trad.), Pre-Textos (Valencia, 2006).
- BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, Mauricio Martínez (Trad.), en *Criminología y Sistema penal*, IBdeF (Montevideo/Buenos Aires, 2006).
- _____, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla Sociologia giuridico-penale*, II Mulino (Bologna, 1982).
- BATISTA, Nilo, *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje* (Rio de Janeiro, 1990).
- BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Leviatán (Buenos Aires, 1995).
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*, Comares (Granada, 2007).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*, 2ª ed. (Santa Fe de Bogotá, 1996).
- CARVALHO, Salo de, *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)*, 5ª ed., Lumen Juris (Rio de Janeiro, 2010).
- CHRISTIE, Nils, *El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias*, en *El poder punitivo del Estado*, Editorial Juris (Rosario, 1993).
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *A criminologia radical*, Forense (Rio de Janeiro, 1981).
- DEL OLMO, Rosa, *La cara oculta de la droga*, Temis, reimpresión de la primera edición (Santa Fe de Bogotá, 1998).
- FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo*, en *Dei Delitti e Delle Pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale* 1, Edizioni Scientifiche Italiane (Napoli, 1985).
- FOUCAULT, Michael, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Gallimard (Paris, 1975).
- HASSEMER, Winfried, *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, en HEFENDEHL, Roland (ed.), en *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons (Madrid/Barcelona, 2007).
- HULSMAN, Louk, *Consecuencias negativas de la penalización de las drogas*, en *La política de las drogas, fuente de colonización y represión*, en *Nuevo Foro Penal* 35 (1987).
- HULSMAN, Louk, RANSBEEK, Hilde Van, *Evaluation critique de la politique des drogues*, en *Déviance et société* 3 vol. VII (Géneve, 1983).

- KARAM, Maria Lúcia, *Revisitando a sociologia das drogas*, en PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*, Boiteux (Florianópolis, 2002).
- MALAGUTI BATISTA, Vera, *Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, 2ª ed., Revan (Rio de Janeiro, 2003).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch (Barcelona, 1975).
- NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, Raúl Sánchez Cedillo (Trad.), Akal (Madrid, 2003).
- _____, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, Susana Lauro (Trad.), Paidós (Barcelona, 2008).
- ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, 21ª ed., Alianza (Madrid, 2009).
- PROCÓPIO, Argemiro, *O Brasil no mundo das drogas*, 2ª ed., Vozes (Petrópolis, 1999).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, t. I, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Trads.), Civitas, reimpresión (Madrid, 2003).
- _____, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Trad.), en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons (Madrid/Barcelona, 2007).
- RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Emilio García Méndez (Trad.), Temis (Bogotá, 1984).
- SCHÜNEMANN, Bernd, *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann (Trads.), en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons (Madrid/Barcelona, 2007).
- TAVARES, Juárez E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Mónica Cuñarro (Trad.), Hammurabi (Buenos Aires, 2004).
- THOMAS, William Isaac, THOMAS, Dorothy Swaine, *Situations defined as real are real in their consequences*, en STONE, Gregory P., FABERMAN, Harvey A., *Social Psychology through symbolic interactions*, 2ª ed., Wiley (New York, 1981).
- THOMAS, William Isaac, *The child in America: behavior problems and programs*, A. A. Knopf (New York, 1928).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, 1ª ed., Ediar (Buenos Aires, 2006).
- _____, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar (Buenos Aires, 2003).

DO DIREITO PENAL DE CLASSES AO DIREITO PENAL DO ESTADO SOCIAL E
DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

DEL DERECHO PENAL DE CLASE AL DERECHO PENAL DEL ESTADO
SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

CRIMINAL LAW CLASS OF THE CRIMINAL LAW OF SOCIAL DEMOCRATIC
STATE LAW

JACSON LUIZ ZILIO**

Centro Universitário Franciscano do Paraná
(Curitiba, Brasil)

RESUMO

O presente trabalho busca esclarecer que o único saber penal que decorre do Estado social e democrático de Direito é de caráter minimalista, que parte da concepção de ato e não de autor. Desse modelo de Estado saem os postulados necessários para o desenvolvimento dum direito penal mínimo de conteúdo preventivo, que contribui tanto para a proteção de bens jurídicos mais relevantes, como para reduzir significativamente a violência social que o sistema penal cria e mantém encapsulado. A investigação percorre, para tanto, as bases do direito penal de classes retratadas na oposição política entre amigo e inimigo de Carl Schmitt, na oposição entre “homo sacer” (a vida nua) e existência política (a vida qualificada) de que fala Agamben e no controle e dominação burguesa do projeto neoliberal. A partir dessa identificação da deslegitimação do saber penal, busca-se fundar um direito penal mínimo, de ato e decorrente da ética universal dos direitos humanos, que estrutura o Estado social e democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE. Direito penal de classes; amigo e inimigo; vida nua e vida qualificada; dominação e projeto neoliberal; saber penal; direito penal mínimo; legitimação e deslegitimação; Estado social e democrático de Direito; dogmática penal; política criminal.

RESUMEN

El presente trabajo busca esclarecer que el único saber penal que deriva del Estado social y democrático de Derecho es de carácter minimalista, que parte de la concepción de acto y no de autor. De ese modelo de Estado salen los postulados necesarios para el desarrollo de un derecho penal mínimo de contenido preventivo, que contribuye tanto para la protección de bienes jurídicos más relevantes, como para reducir significativamente la violencia social que el sistema penal crea y mantiene encapsulado. La investigación sigue las bases del derecho penal de clases retratadas en la oposición política entre amigo y enemigo de Carl Schmitt, en la oposición entre “homo sacer” (la vida nuda) y existencia política (la vida calificada) de que habla Agamben y en el control y dominación burguesa del proyecto neoliberal. Desde la identificación de la deslegitimación del saber penal, intentase fundar un derecho penal mínimo, de acto y derivado de ética universal de los derechos humanos, que estructura el Estado social y democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE. Derecho penal de clases; amigo y enemigo; vida nuda y vida calificada; dominación y proyecto neoliberal; saber penal; derecho penal mínimo; legitimación y deslegitimación; Estado social y democrático de Derecho; dogmática penal; política criminal.

* Promotor de Justiça do Estado do Paraná e doutor em “Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología”, pela “Universidad Pablo de Olavide”, de Sevilha, Espanha. Pesquisador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal, do Centro Universitário Franciscano do Paraná/FAE, Curitiba/PR.

** O presente texto contém partes das idéias discutidas e apresentadas no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no dia 8 de outubro de 2010. Agradeço, desde já, o convite feito pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, especialmente ao Procurador de Justiça e sempre solícito amigo, Jacson Rafael Campomizzi, inclusive pela sugestão do tema.

SUMARIOS

ÍNDICE. I. Um saber penal deslegitimado: as teorias políticas ocultadas pelo direito penal de classes: 1. A oposição política entre amigo e inimigo de Carl Schmitt; 2. A oposição entre “homo sacer” (a vida nua) e existência política (a vida qualificada): a tese crítica de Giorgio Agamben; 3. O controle e a dominação burguesa do projeto neoliberal; II. Um saber penal legitimado: a reconstrução do discurso penal a partir do minimalismo penal; III. As vinculações entre direito penal mínimo (de ato) e Estado social e democrático de Direito; IV. Breves conclusões. V. Referências bibliográficas.

ÍNDICE. I. Un saber penal deslegitimado: las teorías políticas ocultadas por el derecho penal de clases: 1. La oposición política entre amigo y enemigo de Carl Schmitt; 2. La oposición entre “homo sacer” (la vida nuda) y existencia política (la vida calificada): la tese crítica de Giorgio Agamben; 3. El control y la dominación burguesa del proyecto neoliberal; II. Un saber penal legitimado: la reconstrucción del discurso penal desde el minimalismo penal; III. La vinculaciones entre derecho penal mínimo (de acto) y Estado social y democrático de Derecho; IV. Breves conclusiones. V. Bibliografía.

I. UM SABER PENAL DESLEGITIMADO: AS TEORIAS POLÍTICAS OCULTADAS PELO DIREITO PENAL DE CLASSES

O direito penal tradicional pretende legitimar-se -e legitimar a pena de prisão- entre outros princípios, por meio da defesa do princípio da igualdade: o direito penal protege todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais e todos os cidadãos que violam as normas jurídicas penais são sancionados. Entretanto, a realidade mostra que o *direito penal é o direito desigual por excelência*, porque o sistema penal é a reprodução do sistema social. O direito penal não defende os bens essenciais de todos os cidadãos e o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual. O grau de tutela dos bens jurídicos penais depende de fatores típicos da “sociedade dividida” e da *vulnerabilidade* do cidadão. A distribuição do *status* de criminoso também responde ao padrão da sociedade de classes, porque o processo de seleção se dirige a comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes subalternas, em virtude da contradição nas relações de produção e distribuição capitalista. Esses interesses do poder de punir, não declarados pelo saber penal que o legitima, podem ser resumidos nos seguintes:

1. *A oposição política entre amigo e inimigo de Carl Schmitt*: “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”. Esta conhecida definição de soberania que inaugura a obra *Teologia política* de Carl Schmitt também marca o desenvolvimento da teoria política baseada no significado autônomo da decisão.³ O soberano, para Schmitt, é quem “decide se existe um caso de exceção extrema e também o que se deve fazer para remediá-lo. Está fora da ordem jurídica normal e forma parte dela, porque lhe corresponde a decisão sobre se a Constituição pode suspender-se *in toto*”⁴.

³ SCHMITT, Carl, *Teologia política*, em ORESTES AGUILAR, Héctor, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica (México, 2001), p. 23.

⁴ *Ibidem*, p. 24.

A idéia central do pensamento de Schmitt não contém maiores complicações e nem grandes dificuldades de compreensão. Segundo afirma Schmitt, a ordem jurídica não pode regulamentar o conteúdo da necessidade extrema que dá causa à declaração do estado de exceção. O estatuto normativo e o Estado de Direito podem instaurar um controle da decisão *a posteriori*, mas não podem regulamentar o conteúdo das faculdades excepcionais. A decisão de regulamentação do conteúdo se outorga ao poder soberano, que é a fonte jurídica que, definitivamente, *realiza politicamente* o Direito, sem responsabilidade ou controle. Significa reconhecer que há situações de extrema necessidade e de perigo para sobrevivência do Estado que não podem ser decididas *a priori* pelo Direito, mas sim por uma *decisão política de autêntica jurisdição*. Porque o Direito, como sistema ordenado de normas, está estruturado não somente por normas jurídicas, mas também e principalmente por *decisões* que essencialmente são *expressões de soberania*, ou seja, *expressões do poder do soberano* de decidir o conflito entorno do Direito. Trata-se, como afirma o próprio Schmitt, de um legislador extraordinário *ratione necessitatis*, porque as “ficcões e nebulosidades normativas” somente valem para situações normais e a normalidade da situação que pressupõe é um elemento básico do seu “valer”.⁵

Schmitt assevera que a ordem legal se origina de uma decisão e não de uma norma. Toda ordem, inclusive no estado de exceção -que não é uma ordem jurídica, mas tampouco é uma anarquia ou caos- repousa em uma decisão e não em uma norma. Nesse sentido, mais importante que a validade do sistema jurídico é sua eficácia em uma situação concreta. Por isso mesmo é que no “estado de exceção”, em que há uma situação anormal (*extremus necessitatis casus*), não há norma para aplicar, mas sim uma decisão do soberano que “se libera de toda atadura normativa e chega a ser neste sentido absoluta”.

Assim, pois, é a decisão do soberano que *cria a ordem jurídica*. O soberano é, em suma, a “autêntica jurisdição” e “o juiz supremo do povo”, imune ao controle *a posteriori*, já que o ato é judicial e está fundamentado no “princípio da primazia da direção política”.⁶ Daí advém a tese nodal de Schmitt de que o conceito de soberania -o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção- é um *conceito limite de conteúdo político*.

Há um exemplo esclarecedor. No caso da antiga República de Weimar, o art. 48 definia o Presidente como autoridade soberana para poder “tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública”, inclusive suspendendo total ou parcialmente os direitos fundamentais. Assim, pois, em estado de exceção passaram-se os últimos anos da República de Weimar, antes da tomada do poder pelo partido nazista, em 1933.

A partir daí, então, Schmitt começa a escrever sobre a legalidade dos atos praticados pelo *Führer*, fundamentados no “princípio da primazia da direção política”, já que ele possuía o direito de atuar como “juiz supremo do povo” e guardião da Constituição, determinando o conteúdo e a extensão. Desse modo, além de criticar abertamente e de forma dura o liberalismo e o parlamentarismo anteriores, Schmitt promove racionalmente uma quebra do princípio da separação de poderes, para propor uma justificação legal para o nascimento do novo estado totalitário, baseado no povo e na raça.

⁵ SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, em ORESTES AGUILAR, Héctor, cit. (n. 3), p. 313.

⁶ SCHMITT, Carl, *El “Führer” defiende el derecho. El discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934*, em ZARKA, Yves-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropros (Barcelona, 2007), p. 89.

Tanto é assim, que dias depois do discurso de Hitler sobre a noite de 30 de junho de 1934, a chamada “Nacht der langen Messer”, ou “Noite das Facas Longas”, em que, por sua própria ordem, foram assassinados e arrestados os principais dirigentes das “Sturmabteilung” (SA), o corpo paramilitar do partido nazista criado em 1921, Schmitt publica o artigo “*O “Führer” defende o direito. O discurso de Hitler perante o Reichstag em 13 de julho de 1934*”, no qual defende os assassinatos e as ações de Hitler, não as justificando como medidas próprias do estado de exceção, mas sim como jurisdição autêntica, sem controle jurisdicional⁷.

No referido estudo, Schmitt ataca fortemente a antiga “postura individualista liberal” do sistema de Weimar, qualificada ali como “cegueira do pensamento jurídico liberal”, em uma “época enferma e decrépita”. Inclusive, segundo argumenta Schmitt, a “*magna carta*” do criminoso de Franz Von Liszt significou deixar o Estado e o Povo “atados sem remédio por uma legalidade supostamente desprovida de resquícios”⁸.

Mas antes disso, já em 1927, no livro “*O conceito de Político*”, quiçá para esclarecer as características de *status* e *povo*, Schmitt define a essência do que é político como o *enfrentamento entre amigo e inimigo*. Escreve que “a distinção política específica, aquela que pode reconduzir-se todas as ações e motivos políticos, é a distinção de *amigo e inimigo*”⁹. A oposição amigo-inimigo é o conteúdo do que é político e, segundo o pensamento de Schmitt, chega a oferecer uma definição conceitual e um critério que permite se referir as ações e aos motivos políticos. Assim assinalou Schmitt: “O significado da distinção de amigo e inimigo é o de indicar o extremo grau de intensidade de uma união ou de uma separação, de uma associação ou de uma dissolução; ela pode subsistir teórica e praticamente sem que, ao mesmo tempo, devam ser empregadas todas as demais distinções morais, estéticas, econômicas ou de outro tipo”¹⁰.

De acordo com Schmitt, o inimigo aqui não é moralmente mal, nem esteticamente feio, mas sim que é o outro, o hostil, o público, isto é, o conjunto de homens que se opõe a outro conjunto análogo, por sua existência distinta e estranha em um sentido particularmente intensivo¹¹. O inimigo, definitivamente, é aquele que ameaça a vida e frente a isso não há neutralidade.

Consequentemente, se o fenômeno político deriva da inimizade potencial e do conflito, então a guerra representa, em Schmitt, a expressão da atividade humana e a negação mais radical dos valores essenciais do mundo burguês: segurança, utilidade e racionalidade. Afinal, toda antítese é uma antítese política, cujo fim “natural” é sempre a guerra, seja externa ou interna. Somente mediante a guerra, dado seu forte sentido político e de decisão, alguém pode desgarrar-se dos valores que criou uma civilização vazia e opressiva, despolitizada e neutral.

Schmitt argumenta que “os conceitos de amigo, inimigo e luta adquirem seu sentido real pelo fato de que estão e se mantêm em conexão com a possibilidade real de

⁷ Vid. MORESO, Josep Joan, *Poder y Derecho*, em GARCÍA SEGURA, Caterina; RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Tecnos (Madrid, 2008), p. 162.

⁸ SCHMITT, Carl, *El “Führer” defiende el derecho. El discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934*, em ZARKYA, Yves-Charles, cit. (n. 6), p. 89.

⁹ SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza (Madrid, 1998), p. 56.

¹⁰ *Ibidem*, p. 57.

¹¹ *Ibidem*.

matar fisicamente. A guerra procede da inimizade, já que esta é a negação ôntica de um ser distinto. A guerra não é nada mais que a realização extrema da inimizade¹². Nesse sentido, o *conceito do que seja político consiste exatamente na distinção entre amigo e inimigos públicos (políticos)*. Não se trata, portanto, de uma definição “belicista, nem militarista, nem imperialista, nem pacifista”, apenas corresponde a “existência prévia de decisão política acerca de quem é o inimigo”¹³.

De toda maneira, a lógica do amigo, inimigo e luta, põe em destaque que o fundamento reside na imposição voluntarista da política, por decisão do poder soberano, no marco do estado de exceção, que define os amigos e os inimigos de forma negativa, junto com a exaltação da força bélica, para *garantir a tranqüilidade, a segurança e a ordem* por meio da *destruição total dos inimigos*, assim como para alcançar uma integração e uma unidade política organizada. A guerra, dessa forma, está clara na concepção do que é político e somente mantém um significado enquanto a distinção entre amigo e inimigo subsiste.

Em outro ponto sobre a unidade política proveniente da guerra, Schmitt aclara: “O Estado, na sua condição de unidade essencialmente política, lhe é atribuição inerente o *ius belli*, isto é, a possibilidade real de, chegado o caso, determinar por própria decisão quem é o inimigo e combatê-lo”¹⁴. Daí porque o “*ius belli* implica a capacidade de disposição: significa a dupla possibilidade de requerer por parte dos membros do próprio povo a disponibilidade para matar e ser mortos, e por outra de matar as pessoas que se encontram do lado do inimigo”¹⁵.

Tudo isso permite extrair que *a essência do que é político reside na possibilidade de dar morte ao inimigo*, em função do perigo interno e externo. Permite compreender, por outro lado, que existe, na doutrina de Schmitt, uma clara aversão a *neutralidade* e a *despolitização* da vida nua, figuras representativas da democracia liberal. Pois não é por outra melhor razão que Schmitt exalta o pensamento do filósofo reacionário Donoso Cortés, para quem mais vale uma *decisão* de defesa de uma ditadura política que uma indecisão liberal e anarquista (como de Proudhon e Bakunin, por exemplo)¹⁶.

Trata-se, ademais, de uma teoria política baseada no *decisionismo* do poder soberano e, portanto, é absolutamente contrária ao liberalismo e ao parlamentarismo, isto é, é contrária a democracia liberal individualista. Definitivamente, é uma doutrina belicista que define a essência do político na possibilidade de luta e morte com o inimigo. Uma doutrina que, em suma, reflexa na decisão do poder soberano -o poder de morte consistente na definição dos amigos e dos inimigos- a essência da jurisdição.

¹² *Ibidem*, p. 63.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 74.

¹⁵ *Ibidem*, p. 75.

¹⁶ A crítica de Schmitt contra a democracia liberal parece derivar da crença de que a História tem determinado a submissão espiritual a partir da compreensão legal do inimigo no destino da Alemanha. Veja-se SCHMITT, Carl, *Estructura del Estado y Derrumbamiento del Segundo Reich. La Lógica de la Sumisión Espiritual*, Réus (Madrid, 2006), p. 100: “Em sua continuidade se desenvolve uma consciente lei: primeiramente, a submissão espiritual na política interior do Estado prussiano do soldado, a partir dos conceitos de direito do Estado constitucional e de direito burguês; logo a submissão a partir da meta de guerra espiritual do inimigo, unido ao empenho subalterno, de dar um boa impressão no estrangeiro e tranqüilizar o inimigo por meio de transigir e “objetividades”; e, finalmente, a submissão por traição e alta, aberta a partir dos ideais do direito e Estado de um inimigo, que por isso é vitorioso e sem piedade. A lógica da submissão espiritual se termina na servidão política, em um estado de desarme e sem resistência”.

De todo modo, a teoria política de Schmitt está relacionada diretamente com as origens do totalitarismo, tanto nos escritos de antes, durante e depois do nazismo. O passado nazista de Schmitt é clarividente e não se trata somente de mero oportunismo. Tanto é assim que dois textos de Schmitt demonstram a tentativa de justificação das três leis de Nuremberg de 15 de setembro de 1935, sobre bandeira, cidadania e sangue¹⁷.

¹⁷ ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus (Madrid, 2001), p. 422, parece não reconhecer a influência da elite intelectual no totalitarismo: “Por outra parte, para ser completamente justos com aqueles membros da elite que, em um momento ou outro, se deixaram seduzir pelos movimentos totalitários e que as vezes, em razão de sua capacidade intelectual, chegaram a ser inclusive acusados de haver inspirado o totalitarismo, é preciso declarar que o que estes homens desesperados do século XX fizeram ou não fizeram não teve influência alguma em nenhum totalitarismo, ainda que desempenharam certo papel nos primeiros e afortunados intentos dos movimentos por obrigar ao mundo exterior a levar a sério suas doutrinas. Ali onde os movimentos totalitários conquistaram o poder, todo este grupo de simpatizantes se desfez inclusive muito antes que os regimes começassem a cometer seus maiores crimes”. Na nota número 65, Arendt destaca a necessidade de estudar “detalhadamente as carreiras de aqueles estudiosos alemães, comparativamente escassos, que foram mais longe da mera cooperação e ofereceram seus serviços porque eram nazistas convencidos”. E acrescenta, como exemplo, o próprio Schmitt, “cuja muitas engenhosas teorias acerca do final da democracia e do governo legal ainda constituem uma leitura interessante”. Assim também é MACEDO JR., Ronaldo Porto, *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, Max Limonad (São Paulo, 2001), p. 31, para quem “Schmitt nunca foi “nazificado” e é certo que os seus textos anti-semitas e panfletários, do período de 1933 até 1936, representam mais o oportunismo político de um intelectual que seduzido pelas falsas avaliações sobre seu poder de influência num Estado Total cujos fundamentos auxiliara a elaborar”. A razão talvez derive do conteúdo do informe ou ditame consultivo elaborado por Schmitt, por volta de 1945, intitulado “*El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’*”. Em tal texto Schmitt aprova o caráter punível dos crimes de lesa humanidade e das atrocidades praticadas pelos nazistas membros do estrato dirigente (Hitler e seus colaboradores), mas nega a possibilidade de penalizar a indivíduos pelo delito de guerra de agressão internacional, entre outros motivos por conta da aplicação do princípio de que não há crime sem pena e sem lei prévia. Aduziu o seguinte: “Essencialmente distinto é o segundo tipo de crime de guerra que tem que ser distinguido. São as *atrocities*, em um sentido específico, matanças planificadas e crueldades inumanas, cujas vítimas foram seres humanos indefensos. Estas crueldades não são ações militares, mas estão em uma determinada conexão com a guerra de 1939, porque foram cometidas na preparação ou durante esta guerra e porque são expressões características de uma determinada mentalidade inumana, que culminou finalmente na Guerra Mundial de 1939. A brutalidade e a bestialidade de estes crimes transcendem a normal capacidade humana de compreensão. Elas são componentes e fenômenos de um monstruoso “*scelus infandum*”, no pleno sentido desta palavra. Elas rompem o marco de todas as medidas consuetudinárias em vigor, do direito internacional e do direito penal. Tais crimes prescrevem que o autor em todo sentido, pondo-o fora do direito e convertendo-o em um *outlaw*”. Cf. essa passagem em SCHMITT, Carl, *El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’*, Hammurabi (Buenos Aires, 2006), pp. 23-84. Depois, na página 35, em relação à analogia em direito penal, declarada admissível pelo regime nacional-socialista, Schmitt diz que “a causa era esta, que, então, em 1938, as pessoas já haviam se acostumado a ver no regime de Hitler todas as normas jurídicas de anormalidade, fora do mundo civilizado”. De qualquer maneira, oportunista ou não, o certo é que Schmitt era completamente nazista, tanto que justificou juridicamente o nazismo e a ideologia racista, em defesa das leis de Nuremberg, que se inscreviam em um programa de “purificação do sangue alemão”. Um exemplo evidente do passado nazista é o discurso de Schmitt proferido no Congresso de professores universitários da Federação nacional-socialista dos defensores do direito, que se celebrou nos dias 3 e 4 de outubro de 1936, intitulado “*La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío*”, em que consta: “Um autor judeu é para nós, no caso de que se lhe cite, um autor judeu. Acrescentar a palavra e a denominação “judeu” não é uma questão de aparência, mas sim de algo essencial, pois ao fim e ao cabo não podemos evitar que o autor judeu se utilize da língua alemã”. E mais: “O judaísmo é, como disse o *Führer* no seu livro *Minha luta*, não somente inimigo de todo o que é inimigo do judeu, mas sim também inimigo íntimo de toda produtividade autêntica de qualquer outro povo”. E conclui sem deixar dúvidas: “Não nos ocupamos do judeu por ele mesmo. O que buscamos, e aquilo pelo que lutamos, é nossa própria natureza não adulterada, a pureza intacta do povo alemão. “Ao defender-me do judeu”, disse nosso *Führer Adolf*

No primeiro artigo, “*A Constituição de liberdade*”, de 1º de outubro de 1935, Schmitt defende que as três leis antes mencionadas “são a Constituição da liberdade” e “o núcleo” do Direito alemão. Novamente afirma que as “liberdades liberais” foram a arma dos inimigos e parasitas da Alemanha, como “típicas formas camufladas de dominação estrangeiras”¹⁸.

Nesse texto Schmitt assevera: “Hoje o povo alemão volta a ser povo alemão também no âmbito do Direito. Depois das leis de 15 de setembro, o sangue e a honra alemãs são outra vez novos conceitos fundamentais do nosso Direito. O Estado, agora, é um instrumento de força e de unidade populares. O Império alemão tem apenas uma bandeira, a bandeira do movimento nacional-socialista, e esta compõe-se não somente de cores, mas também de um símbolo grande e verdadeiro, um símbolo que conjura o povo: a cruz gamada”¹⁹.

No segundo escrito, “*A legislação nacional-socialista e a reserva de “ordre public” no Direito Internacional Privado*”, de 28 de novembro de 1935, Schmitt sustenta que as questões do direito privado internacional devem ser resolvidas a partir da legislação racial nacional-socialista. Analisa, em tal trabalho, o limite da reserva de *ordre public*, principalmente para evitar conflito com as normas raciais do regime nacional-socialista. Assim, pois, argumenta Schmitt que a reserva de *ordre public* compreende-se como um instrumento de resolução de questões conflituosas e que deve ser ativada sempre e quando uma lei estrangeira violar os “*fundamentos do próprio ordenamento*”. Quer dizer, em suma, sempre que atacar as leis Nuremberg de proteção do sangue e da honra alemãs²⁰.

Essas provas da vinculação de Schmitt com o regime autoritário nacional-socialista são importantes para destacar o autoritarismo das concepções de oposição entre amigo e inimigo que hoje ressurgem, como novidade, no direito penal do século XXI. Como se sabe, nos últimos tempos a doutrina penal mais especializada e qualificada -que tem tratado seriamente de analisar criticamente os pressupostos e os fundamentos do atual discurso do inimigo, que é defendido, por exemplo, pelo penalista alemão Gunther Jakobs- sustenta que há aí uma luz reflexa das idéias de Carl Schmitt. Há um reflexo no essencial e nas conseqüências de dita proposta de política criminal apresentada, sobretudo em relação à

Hitler, “luto pela obra do Senhor”. Cf. SCHMITT, Carl, *La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío. Comentario final en el Congreso del Grupo del Reich de Profesores Universitarios de la Unión Nacional-socialista de Juristas de los días 3 y 4 de octubre de 1936*, em ZARKA, Yves-Charles, cit. (n. 6), p. 102. Por isso, com razão ZARKA, Yves-Charles, cit. (n. 6), p. 18, quando assinala: “A adesão de Schmitt ao nazismo foi tão consciente e profunda, que não é possível estudar seus textos jurídico-políticos, inclusive aqueles que foram escritos antes ou depois do nazismo, pondo entre parêntesis seu compromisso a favor dos princípios nazistas e o crédito que acrescentou as piores leis do regime de Hitler. Desde logo, um intelectual pode equivocar-se, um professor universitário pode perder-se durante um tempo ou um jurista deixar-se embriagar pela ascendência ao poder de um homem ou de um partido sem que se tenha que considerar o conjunto do que escreveu como devendo, sem embargo, ser interpretado em função desse período. Não obstante, há que se levar em consideração o fato de que Schmitt nunca criticou suas opções do período nazista e que, ao contrário, trabalhou para proporcionar uma justificação *a posteriori*”.

¹⁸ SCHMITT, Carl, *La Constitución de la libertad*, em ZARKA, Yves-Charles, cit. (n. 6), p. 62.

¹⁹ *Ibidem*, p. 63.

²⁰ SCHMITT, Carl, *La legislación nacionalsocialista y la reserva del “ordre public” en el Derecho Internacional Privado*, em ZARKA, Yves-Charles, cit. (n. 6), p. 86.

necessidade política de tomar uma atitude de *associar e defender aos amigos e de desagregar e combater aos inimigos*, num maniqueísmo evidente: *homem pecador-mau-inimigo* em oposição ao *homem virtuoso-santo-amigo*²¹.

Sem embargo, o próprio Jakobs rechaça tal vinculação com o pensamento de Carl Schmitt. Em uma resposta pouco convincente, Jakobs argumenta que o conceito de inimigo de Schmitt é um conceito teológico e que não se refere especificamente a um delinqüente, mas sim ao *hostil*, ao *outro*, quando há uma espécie de guerra civil. Ou seja, em outras palavras o que Jakobs quer dizer definitivamente é que o inimigo de Schmitt não é penal, mas simplesmente político, motivo pelo qual não se aplica a referida doutrina.²² O inimigo do direito penal do inimigo seria, portanto, o delinqüente perigoso, um *inimicus*.

Jakobs afirma: “Para Carl Schmitt, o conceito do político é um conceito teológico secularizado, que separa mais bem os que temem a Deus dos que não temem Deus aos oponentes políticos no sentido hoje habitual. O conceito de Schmitt não se refere a um delinqüente, mas sim ao *hostil*, ao *outro*; dentro do Estado, somente quando se chega a uma guerra civil existe uma confrontação política no sentido de Schmitt. Ao contrário, o inimigo do Direito penal do inimigo é um delinqüente de aquilo que cabe supor que são permanentemente perigosos, um *inimicus*. Não é *outro*, mas sim que deveria comportar-se como um igual e por isso se atribui culpabilidade jurídico-penal, diferente do *hostil* de Schmitt. Se nas minhas considerações houvesse feito referência a Carl Schmitt isso teria sido uma citação radicalmente falida”²³.

²¹ A vinculação entre as idéias de Schmitt e Jakobs aparecem em diversos trabalhos publicados em CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA Díez, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Editorial BdeF. (Buenos Aires/Montevideo, 2006). A semelhança entre o pensamento de Jakobs e Schmitt também é destacada por MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi (Buenos Aires, 2008), p. 141: “Mas tampouco faltou ao longo da História construções teóricas que tenham dado e dão legitimação e fundamento a este tipo de normas de caráter excepcional. Uma delas, e talvez a mais representativa, foi a do famoso teórico do direito nazista Carl Schmitt, quem com sua famosa distinção entre Freund und Feind, “amigo e inimigo”, criou as bases para o desenvolvimento de uma construção jurídica que permitiria distinguir o Direito para o normal cidadão, de um Direito muito mais duro e excludente que haveria que aplicar aos inimigos”. Recentemente veja-se MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*, Ana por Ana Elisa Liberatore S. Bechara, (Trad.), em *Revista IBCCRIM* 83, Revista dos Tribunais (São Paulo, 2010). E, finalmente, pelo menos nas consequências da lógica amigo-inimigo, veja-se também ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar (Buenos Aires, 2006), p. 159: “Se bem – insistimos – a proposta de Jakobs, não parte nem se apóia na de Schmitt, insensivelmente cai na sua lógica. Quando se afirma que se trata de casos excepcionais em que o estado de direito deve cumprir sua função de proteção e que este está legitimado para isso em razão da *necessidade*, ou seja, que não pode opor-se a estes obstáculos derivados de um conceito abstrato de estado de direito (*abstrakten Begriff des Rechtsstaates*), se está pressupondo que *alguém deve julgar acerca da necessidade e que este não pode ser outro que o soberano*, em análogo sentido ao de Schmitt”.

²² Tal idéia não é compartilhada por MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, cit. (. 21), p. 148: “É importante destacar isso, porque às vezes se quer entender o conceito de “inimigo” que utilizava Schmitt como uma espécie de *hostes* no sentido bélico da palavra, referindo-se somente ao inimigo exterior cidadão de outro país com o que Alemanha esteve em guerra. Mas qualquer um que conheça os escritos de Schmitt da época nazista e a atitude de furioso anti-semita que mostrou naquela época, reflexada na aprovação entusiasmada das Leis de Nuremberg e na organização de um Congresso para erradicar a influência dos juristas judeus da ciência jurídica alemã, pode negar qual era o verdadeiro sentido da expressão do pensamento de Carl Schmitt”.

²³ JAKOBS, Günther, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, em *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Thomson Civitas (Madrid, 2008), p. 50.

Nada obstante, a objeção levada a cabo por Jakobs realmente não convence. Indubitavelmente, se é falso que, por um lado, os fundamentos de direito e políticos das duas doutrinas são exatamente iguais, é verdade, por outro lado, a afirmação de que a consequência final da proposta é idêntica: consiste na exclusão e eliminação completa, social e jurídica, do ser humano, como objeto sem valor, mediante a definição da qualidade de inimigo por parte do poder soberano.

Em primeiro lugar, não desentendam os dois pensamentos na medida em que a decisão político-criminal é sempre uma decisão materialmente política, independentemente da pessoa ou instituição que detenha o poder de definição ou concentração. Ora, falar de Direito é sempre e, sobretudo, falar de política e violência, máxime quando o ramo do ordenamento é o direito penal. Pense-se na aplicação da pena privativa de liberdade, na existência da prisão, na forma de luta contra o delito, na exclusão que, de uma maneira ou outra, sempre é provocada pelo sistema penal. Afinal, afirmar a separação de amigos e inimigos é sempre uma *decisão política* que independe da pessoa do autor (jurista, filósofo, político, etc.), pois o direito penal é o reflexo da política criminal e esta, por sua vez, da política geral.

Em segundo lugar, o *decisionismo* das duas correntes de pensamento é evidente por um único e grande motivo: um direito penal fundamentado a partir da oposição entre amigo e inimigo sempre instala um direito penal de exceção, de luta e de guerra, no qual o ordenamento jurídico, principalmente na parte dos direitos fundamentais, para os inimigos, é suspenso. O *decisionismo* consiste justamente em subordinar a normatividade a uma decisão que cria a ordem jurídica. Um decisionismo que, *grosso modo, cria e mantém* a violência institucionalizada.

A presença do decisionismo no pensamento funcionalista de Jakobs, inclusive em relação ao direito penal do cidadão, também parece ser a conclusão que chega Schünemann: “Uma formação de conceitos puramente normativos, ou seja, livre de empirismo no sentido de Jakobs, deve trabalhar forçosamente com conceitos vazios, que em realidade não resolvem o problema jurídico, mas sim somente o interpretam com outras palavras e, por isso, os atos posteriores são novamente cheios de conteúdo de modo puramente decisionista”²⁴.

Definitivamente, trata-se de uma teoria em que se destaca uma clarividente *centralização do poder na autoridade soberana* para a definição dos valores dominantes. Por outro lado, observa-se nitidamente a *imposição de situações de exceção* como anormalidade do estado de emergência que, lamentavelmente, converte-se em regra. A *suspensão do ordenamento jurídico* -principalmente dos direitos e garantias individuais dos inimigos- mantém a unidade nacional e a coesão política, instalando, assim mesmo, um estado de exceção penal que se converte também em regra.

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, Mariana Sacher (Trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia de derecho penal y en la criminología*, UNED (Madrid, 2001), p. 649. O decisionismo está também no critério da oposição amigo e inimigo, segundo afirma KERVÉGAN, Jean-François, *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, Manole (Barueri, 2006), p. 347: “A definição, mais exatamente, a caracterização do político com o auxílio do simples critério que é a discriminação entre amigo e inimigo é, não sem razão, aliás, a expressão do decisionismo schmittiano, o qual por vezes até tentou-se reduzir a essa fórmula; ela não se esgota, entretanto, o seu sentido”.

Além do mais, se no ponto de partida o pensamento decisionista de Schmitt não corresponde ao discurso de Jakobs ou a qualquer outro discurso de corte classista, de exclusão e autoritário, não resta dúvida que nas conseqüências, ou seja, no resultado final e prático da teoria, não é possível negar a igualdade de posições teóricas, pelo menos em um ponto central: justifica a morte ou neutralização do inimigo do poder estabelecido, como estratégia normal e final de toda guerra (justa ou injusta, se é que alguma guerra pode ser justa).

Evidentemente, a idéia central da proposta do direito penal de exceção -o direito penal busca uma pacificação e identidade normativa da sociedade, no caso dos delitos praticados pelos cidadãos, mas em outros casos, como dos inimigos, necessita de força pura para combater fontes de perigo- reporta-se ao pensamento schmittiano, pois no centro está o pensamento de que “toda norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter vigência numa situação totalmente anômala com referencia a ela”. Aliás, também nas principais conseqüências, derivadas do fato de que o poder “está capacitado para determinar por si mesmo também o “inimigo interno”, ou seja, “formas de proscricção, desterro, ostracismo, de colocar fora da lei”²⁵. Afinal, um repasso histórico comprova que sempre que o direito penal parte, para buscar a proteção do bem jurídico ou de qualquer outra finalidade legal, de uma lógica imposta pela separação entre amigos e inimigos, coincide, independentemente da época ou vontade do teórico, na fundamentação política sustentada por Schmitt. Pior: será similar a teoria que, juntamente com outros motivos significativos mais além de jurídicos, foi parte responsável ou talvez de legitimação da matança planejada e legalizada de milhões de seres humanos, como aconteceu no regime do nacional-socialista.

Enfim, esses argumentos permitem dizer que na lógica e na consequência -que são declaradas expressamente por Schmitt e que somente nesta última parte são assumidas pelo moderno discurso penal de exceção- são absolutamente iguais. Mais ainda: uma rápida leitura dos escritos dos dois autores mencionados, sem muitos detalhes específicos, pode inclusive confundir o leitor, pois fica impossível definir, sem notas posteriores esclarecedoras, quem é ou não o autor do discurso. A mescla dos dois pensamentos pode ser extraída das palavras de Schmitt, que poderiam muito bem ser utilizada pelo penalista alemão Jakobs.

Veja-se: “Segundo seja o comportamento de quem há sido declarado inimigo do Estado, tal declaração será um sinal de guerra civil, isto é, da dissolução do Estado como unidade política organizada, internamente apaziguada, territorialmente cerrada sobre si e impermeável para estranhos. A guerra civil decidirá então sobre o destino ulterior dessa unidade. E a despeito de todas as ataduras constitucionais que vinculam o Estado de direito burguês constitucional, tal coisa vale para ele na mesma medida, senão em medida ainda maior, que para qualquer outro Estado. Pois, seguindo uma expressão de Lorenz Von Stein, “no Estado constitucional” a constituição é “a expressão da ordem social, a existência mesma da sociedade cidadã. Mas quando é atacada, a luta então deve ser decidida fora da constituição e do direito, em consequência pela força das armas”²⁶.

²⁵ SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, cit. (n. 9), p. 75.

²⁶ *Ibidem*, pp. 75-76.

De qualquer maneira, o político está no conteúdo da oposição amigo e inimigo, concretizado pela possibilidade de morte real. O político está na definição do inimigo, ou seja, o político está tanto na lógica de Schmitt como em qualquer discurso penal que tenha a pretensão de fundamentar um sistema a partir de uma divisão, exclusão ou luta.

O pensamento schmittiano derivado do enfrentamento amigo e inimigo -que possibilita ao Estado definir amigos e inimigos e, depois, dispor da vida humana- está contido, ainda que de forma aberta ou oculta, em todo e qualquer discurso de luta, de exceção, numa sociedade marcada pela divisão social. Desde aí surge o problema atual que diz respeito à compatibilidade dessa lógica amigo-inimigo dentro do moderno Estado de Direito: o direito penal do Estado social e democrático de Direito tem a função de neutralizar o político e não de legitimar a função autoritária traduzida na separação de amigos e inimigos. Como é sabido, desde os tempos da Ilustração, embora não raras vezes se esqueçam, os ideais humanitários e pacifistas do direito penal existem para a contenção da criminalização do inimigo e não para legitimar as atrocidades cometidas pelo poder punitivo. Qualquer direito penal que tenha como missão algo distinto da função de contenção do poder punitivo é um direito penal eminentemente autoritário, de clara característica antiliberal e, portanto, sempre incompatível com os avançados sistemas constitucionais adotados pelo ideal modelo de Estado social e democrático de Direito.

2. *A oposição entre “homo sacer” (a vida nua) e existência política (a vida qualificada): a tese crítica de Giorgio Agamben.*- Muito mais original que a antiga oposição schmittiana entre amigo e inimigo, que marca definitivamente a tendência da política criminal contemporânea, a relação entre o *homo sacer* (a vida nua, a existência livre de valor político) e a existência política (a vida qualificada) revela como atua a ideologia dentro de qualquer sistema político.

De fato, o ingresso do simples fato de viver (vida natural) na vida qualificada, em outras palavras, a politização total da vida nua, realmente parece ser, como mostra a tese de Giorgio Agamben, o fenômeno decisivo da modernidade, inclusive no que diz respeito ao sistema penal.

A politização da vida nua, segundo afirma Agamben, constitui o acontecimento decisivo da modernidade porque marca uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico, pois somente quando se questiona a relação entre a vida nua e política, que rege de forma encoberta as ideologias da modernidade, é possível sacar a política de sua ocultação e restituir o pensamento a sua vocação prática.²⁷

Na verdade, nos últimos anos uma nova análise mostra que vida nua começa a ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder. A partir daí, a política se transforma em biopolítica, cuja consequência principal é a *animalização do homem*, mediante técnicas políticas refinadas, tais como os dois modelos tradicionais nos quais o poder penetra no corpo dos sujeitos, como argumenta corretamente Agamben, seguindo Michel Foucault. Por uma parte, por *técnicas políticas* (como a ciência de policiamento) por meio das quais o Estado assume e integra no seu interior o cuidado da vida natural dos indivíduos; e, por outra parte, por *tecnologias do eu*, mediante as quais se efetua o processo de subjetivação que

²⁷ AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos (Valencia, 2006), p. 13.

conduz o indivíduo a vincular-se à própria identidade e à própria consciência e, ao mesmo tempo, ao poder de controle exterior.²⁸

A antiga idéia de politização da vida nua, cuja conseqüência como visto é o próprio processo de animalização do homem, foi descrita por Agamben em uma enigmática figura do arcaico direito romano: “Homem sagrado é, sem embargo, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribúncia se adverte que “se alguém mata aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida”²⁹. Assim, pois, a figura do direito romano do *homo sacer* (homem sacro), que é sacro, mas que se pode sacrificar impunemente, é um exemplo claro da vida nua que se pode dar morte de maneira lícita (antes do sacrifício, antes da pena, por exemplo), porque está numa “zona originária de indiferença” e sujeita, por isso mesmo, ao poder punitivo do soberano, sem qualquer controle. É uma vida sacrificável, uma “vida exposta à morte e, portanto, objeto de uma violência que excede a esfera do direito e do sacrifício”³⁰. Em outras palavras, a vida natural é sempre objeto de cálculos e previsões do poder estatal e, por isso, ingressa progressivamente no espaço público, como exclusão e inclusão.

De outro lado, a zona de indiferença pode ser caracterizada como um espaço biopolítico, no qual a vida nua é o campo de atuação do poder soberano, sem limites ou compromissos de resistência, já que aí repousa o fundamento oculto de todo sistema político e, inclusive, do sistema penal. Trata-se de um estado de natureza, de um estado de exceção, de um espaço biopolítico no qual o poder estatal administra a liberdade e a vida nua, excluindo-as. Enfim, é um espaço biopolítico porquanto o soberano tem o poder e a faculdade de dispor da vida nua, seja para suprimir-la, seja para deixar-la fora do Direito, sem responsabilidade.

Deste modo, pode-se dizer que o poder soberano -hoje definitivamente o poder imperialista- faz da vida natural, da vida nua, uma estrutura fundamental de referência, para suprimir-la ou deixar-la fora do ordenamento jurídico, sem responsabilidade de qualquer espécie ou natureza. Daí porque se diz, desde as lições de Foucault, que se trata de um biopoder.

Walter Benjamin define esta dialética da violência: “toda violência é, como meio, poder que funda ou conserva o direito”³¹. Tanto é assim, que a violência que estabelece o direito -a licitude de um ato que de outra forma seria ilícito- conjuntamente o conserva, já que o conteúdo do novo direito é a conservação do antigo. Assim, a guerra ilegítima se converte em legítima, de modo que em essa nova guerra legal se conserva a mesma violência da antiga. Com efeito, o poder estará garantido pela violência criadora do direito³². A partir disso, Benjamin parece encontrar então o significado da problemática, que é a origem do dogma da sacralidade da vida, especialmente a relação entre a sacralidade da vida e o poder do direito, entre o caráter sacro da vida e o poder soberano.

²⁸ *Ibidem*, p. 14.

²⁹ *Ibidem*, p. 94.

³⁰ *Ibidem*, p. 112.

³¹ BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Leviatán (Buenos Aires, 1995), p. 27.

³² *Ibidem*.

Em Agamben, a dialética da dupla violência é um pouco diferente, em que pese partir dos mesmos fundamentos, porque a violência do estado de exceção -essa terra de ninguém e esse espaço biopolítico do poder soberano- não subtrai a regra, mas sim é a regra que, suspendendo-se, dá lugar a exceção e, somente de este modo, se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela³³. Sem dúvida, disse Agamben, “a violência que se exerce no estado de exceção não conserva nem tampouco estabelece simplesmente o direito, apenas que o conserva suspendendo-se e o estabelece excluindo-se dele”³⁴. Ou seja, “a violência não estabelece nem conserva o direito, apenas o revoga”³⁵. Dessa maneira, a estrutura descrita do poder soberano cria um espaço de natureza e de exceção em que é possível dar morte de forma impune, semelhante à situação do *homo sacer*. O soberano é o poder de matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, enquanto que sagrada (exposta ao poder de morte, mas não sacrificável) é a vida que está abarcada nesta esfera³⁶.

Por outro lado, não somente a morte da vida nua do *homo sacer* é importante, mas também a separação do bando da cidade cumpre uma função capital. Afinal, isso não é apenas a vida natural exposta à morte, mas também a vida privada de direitos. O abandono caracteriza-se pela indiferença e pela relação de exceção que se instala entre a vida nua e a vida qualificada.

Na História, o processo de animalização do homem remete ao antigo direito germânico e anglo-saxão, numa aproximação do *homo sacer* com a figura do *wargus* (homem lobo) e o *Friedlos* (“sem paz”). Isso vem fundamentado, principalmente, no conceito de paz (*Fried*) e na correspondente exclusão da comunidade do delinqüente habitual, que se convertia, por isso, em *Friedlos*, de modo que qualquer um poderia dar morte sem cometer homicídio³⁷. Assim, pois, ficava no inconsciente coletivo como um monstro híbrido, entre homem e animal, dividido entre a selva e a cidade, como figura *banida*, desterrada da comunidade. A vida do *banido* -como a do homem sacro- está no umbral da indiferença e se encontra no caminho entre o animal e o homem, a exclusão e a inclusão, uma figura que “habita de forma paradoxal ambos os mundos sem pertencer a nenhum deles”³⁸.

No caso do direito penal, o processo de animalização do homem e de desterro é ainda mais evidente quando se analisa, separadamente, a debatida proposta de existência de uma dupla política criminal, para os cidadãos e para os inimigos, assim como num direito penal de classes típico de sociedade de marcada desigualdade social. Um direito penal assim posto, de maneira paralela, na parte de luta contra inimigos ou de classes, redundando em uma completa animalização do homem mediante a politização completa da vida nua. Mais além de definir cidadãos e estrangeiros, define também amigos e inimigos, ricos e pobres, homens e animais. Daí porque a suspensão ou exclusão da norma jurídica constitucional de igualdade já é suficiente para que a vida nua ingresse automaticamente no espaço de exceção.

³³ AGAMBEN, Giorgio, cit. (n. 27), p. 31.

³⁴ *Ibidem*, p. 86.

³⁵ *Ibidem*, p. 85.

³⁶ *Ibidem*, p. 109.

³⁷ *Ibidem*, p. 136.

³⁸ *Ibidem*, p. 137.

Com efeito, o estado de natureza em que vivem os afetados por uma política criminal de tamanha envergadura transmuda-se a uma situação de exceção, um espaço biopolítico, em que a vida natural, a liberdade e a dignidade podem desaparecer de forma impune.

A exposição de um programa criminal com essas características -infelizmente é a realidade nos casos de imigração clandestina, drogas e o terrorismo- suscita outros inconvenientes graves e perigosos para o Estado social e democrático de Direito.

Em primeiro lugar, o estado de exceção, se é verdade que se constitui como uma estrutura política fundamentalmente livre e juridicamente vazia, então tende sempre a converter-se em regra geral³⁹. Isso agora parece que estar claro quando se sabe que as situações provisórias de emergência, expressadas pelo poder para justificar a ausência de direito, geram confusão com a própria norma e, definitivamente, convergência em regra. Ora, pois, um bom exemplo que atualmente prova de isso pode ser estudar a política estadunidense de luta contra o terrorismo internacional, contida nas conhecidas “leis patrióticas”. Ali, não somente o estado de emergência permanente foi e é uma criação voluntária, injusta e mentirosa do poder, senão também se pode visualizar a instauração de um verdadeiro estado de exceção. Pior: um estado de exceção que se converte em regra geral, como se pode ver na “*indefinite detention*” e nos processos penais perante as denominadas “*military commissions*”, dirigidos contra milhares de não-cidadãos (*homo sacer*) suspeitosos de praticarem atos terroristas.

De todo modo, é interessante observar como o estado de exceção e o estado de direito mesclam-se e, finalmente, quando a exceção tende a converte-se em regra, aparecem sem distinção. A princípio, o estado de natureza e o estado de direito são diferentes. Depois, o estado de direito e o estado de exceção estão um dentro do outro. Por fim, a exceção tende a converter-se em regra, sem nenhum tipo de distinção, como afirma Agamben: “O estado de exceção não é, pois, tanto uma suspensão do espaço temporal, quanto uma figura topológica complexa, na qual não somente a exceção é a regra, mas sim em que também o estado de natureza e o direito, o fora e o dentro, transitam entre eles”.⁴⁰

Muito semelhante também parece ser o pensamento de Zaffaroni, Slokar e Alagia, quando demonstram a eterna dialética entre o estado de direito e o estado de polícia: “O estado de direito é um produto da modernidade, que se estendeu por uma parte limitada do planeta, mas que não fez desaparecer o poder exercido conforme o modelo do estado de polícia. A luta entre o modelo de estado de direito e estado de polícia continua em todo o mundo, mas não somente frente aos autoritarismos instalados, mas sim também dentro das democracias. O estado de direito *ideal* é justamente *ideal*, ou seja, que *não há estados de direito perfeitos na realidade*, mas sim que todos os estados reais de direito (por óbvio que também os estados latino-americanos) são de direito até certo grau de perfeição”⁴¹.

Isso explica também o motivo pelo qual a teorização do novo discurso contra o inimigo, de luta e de exceção, que caracteriza o discurso de classe, advém de países centrais e imperialistas, muitos dos quais são de razoável tradição democrática (interna) e

³⁹ *Ibidem*, pp. 32-33.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 55.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar (Buenos Aires, 2005), p. 21.

considerados sólidos estados de direito. Naturalmente, o estado de direito não é estático e sempre haverá uma dialética entre o estado de polícia e o próprio estado de direito. O coração do estado de polícia, entendido como governo submetido a comando dos que mandam e sem igualdade perante a lei, como é o caso do estado de exceção, sempre pulsa dentro do estado de direito.

Em segundo lugar, a situação de emergência determinada pelo poder estatal, que cria voluntariamente o estado de exceção e que acaba infelizmente convertendo-se em regra geral, tampouco é objeto de delimitação constitucional. Não se trata mais que um “*état de siège*” ou de um “*martial law*” devidamente regulamentados por normas constitucionais e com responsabilidade por excessos na defesa de um estado de necessidade. Ao contrário, há uma situação jurídica de normalidade e um combate aos conflitos sociais naturais da sociedade capitalista de maneira anormal. A guerra, agora, como modelo típico do estado de exceção e procedimento dirigido a necessidade de alcançar determinados objetivos, converte-se na *prima ratio* da política da modernidade, sem possibilidade jurídica de contenção e de responsabilidade.

Como consequência, o direito penal -quando não se confunde com a guerra mesma- converte-se também na *prima ratio* da política, ainda que exista consenso doutrinário, em todos os países civilizados, sobre a existência do princípio de intervenção mínima.

A questão remete, indubitavelmente, à natureza jurídica do estado de exceção. Por um lado, parte da doutrina que tem se dedicado ao tema entende que o estado de exceção é parte integrante do direito positivo e, portanto, fundamenta-se na necessidade delimitada e controlada juridicamente, de maneira autônoma. Por outro lado, outros autores sustentam que o estado de exceção é esclarecido pela teoria subjetiva do poder estatal, de conteúdo político que, para definir as situações de necessidades úteis para preservar da própria existência, importaria na análise de dados extrajurídicos, sem controle.

Em Agamben, por exemplo, o estado de exceção parece constituir algo mesmo fora do direito: “Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem inteiro ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica”⁴².

No direito público, segundo a conhecida doutrina de Schmitt, a linha de rechaço concentra-se na possibilidade de disciplinar juridicamente o estado de exceção, porque a existência da suspensão do direito ou do não-direito seria uma situação política incontrollável, inclusive no que tange à legitimidade. Assim, então, se a norma está suspensa e não pode ser aplicada adequadamente à situação anormal, é sinal de que a relevância reside na decisão, porque há que se diferenciar normas de direito e normas de realização do direito, norma e decisão. Por isso, é possível compreender que na teoria o soberano é aquele a quem a ordem jurídica reconhece o poder de proclamar o estado de exceção. Daí também o paradoxo da soberania, porquanto o soberano, ao suspender a validade da lei, situa-se legalmente fora dela, ainda que, ao mesmo tempo, declare que não há alguém fora da lei.⁴³ Em suma, estar fora e, ao mesmo tempo, pertencer à estrutura do estado de exceção.

⁴² AGAMBEN, Giorgio, *Estado de exceção*, Boitempo (São Paulo, 2004), p. 39.

⁴³ AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, cit. (n. 27), p. 27.

Por outro lado, Agamben recorda que o instituto do direito romano conhecido como *iustitium*, como modelo original da moderna concepção de estado de exceção, capaz de explicar as dificuldades teóricas enfrentadas pelo direito público no geral. Assim, o *iustitium*, como suspensão e interrupção do direito, traduz-se bem em um espaço juridicamente vazio e, portanto, como um paradigma do moderno estado de exceção. O estado de exceção não aparece como uma ditadura, mas sim como um espaço vazio, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas estão desativadas.⁴⁴ O estado de necessidade, por isso, não é uma situação de direito, mas apenas um espaço sem direito.

Luigi Ferrajoli sustenta a incompatibilidade entre o princípio da razão de estado, que legitima o estado de exceção, e, no direito penal da legislação de emergência, com a essência da jurisdição e do estado de direito. Apoiado na doutrina de Hobbes, afirma que a ruptura das regras do jogo, ditadas pela necessidade, somente cabe no caso do estado de guerra⁴⁵. Assim, pois, Ferrajoli admite que pouca importância tem a existência do estado de exceção no estado de guerra, seja interna ou externa. Mas, particularmente, agrega que a guerra interna “não é nunca justificável pela existência de qualquer ameaça a segurança do governo ou das formas de poder estabelecidas, apenas que somente por um perigo para a sobrevivência do estado e de suas leis fundamentais não afrontáveis de outro modo”⁴⁶. Daí porque esclarece que, caso se considere o terrorismo, por exemplo, como um fenômeno de guerra, por atacar o fundamento do estado, então as práticas de emergência são politicamente legítimas e não são matéria de direito penal. Afinal, trata-se de um “*não-direito*, ou seja, de defesa de fato, justificada então pela necessidade, ainda que hoje injustificada por haver terminado o terrorismo”⁴⁷. Ao contrário, caso se trate de um fenômeno criminal que não ataca os fundamentos das instituições democráticas, então realmente as práticas de emergência são politicamente ilegítimas e se pode falar de um direito *ilegítimo*⁴⁸.

A verdade é que uma zona vazia de direito ou um *não-direito* caracteriza-se pela prevalência da *razão de estado* (que conhece amigos e inimigos, ricos e pobres) em detrimento do *estado de direito* (que, no âmbito penal, somente conhece culpáveis e inocentes). Como assinalou Ferrajoli, enquanto a *razão de estado* subordina os meios a consecução de fins políticos cuja formulação se confia, realista ou historicamente, a pessoa do soberano, o *estado de direito* subordina tais fins políticos ao emprego de meios juridicamente pré-estabelecidos, isto é, não abertos nem indeterminados, mas sim vinculados a lei⁴⁹. No estado de direito nunca há espaço sem direito que exclua de responsabilidade e de compromisso jurídico com o poder que politiza a vida nua. Isso se deve ao fato de que, mais além dos direitos fundamentais inscritos nas normas constitucionais, as convenções de direitos humanos e outras regulamentações internacionais proíbem e não fazem nenhuma exceção para o caso da defesa ante um perigo. Por tal motivo, a posição de Ferrajoli parece equivocada, como afirma corretamente o penalista italiano Massimo Donini: “Desde logo,

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio, *Estado de exceção*, cit. (n. 42), p. 78.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta (Madrid, 2000), p. 929.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 829.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 830.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 830.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 814.

também o pensamento de Ferrajoli parece-me que é um pouco extremista ali onde, em branco e negro, olha em cada exceção uma exceção de princípios constitucionais, como se a Constituição não admitisse emergências e como se os princípios atuassem sempre e somente de uma maneira, quase que deduzindo da Constituição apenas um Código Penal e um único Código conforme os princípios. Que possam existir disciplinas diferentes, evidentemente, responde a essência do direito e da justiça, tanto que tampouco o ilustre filósofo poderia contestar o objetivo mas novo que é de definir os limites, temporais, estruturais, do ordenamento, de regras especiais constitucionalmente compatíveis, não de rechaçar dito empenho por uma presumível e talvez real ilegitimidade constitucional. Pois se trata de atuar para verificar a constitucionalidade e não se subtrair a ela”⁵⁰.

Especificamente em relação ao pensamento de Agamben sobre o espaço livre de direito derivado do estado de exceção, também há que destacar a crítica levantada por Donini: “Não se comparte aqui, por outra parte, o pensamento que vê no Estado de exceção um espaço livre de direito (e paradigma, entre outros, da mesma soberania). É, muito mais que isso, uma forma jurídica particular, onde se realiza, entre outras coisas, a tentativa de liberar de responsabilidade jurídica os atores que o gestionam. Posto que o estado de exceção existe verdadeiramente, sucede que está juridicamente sujeito a disciplina e limites. Negar tal tarefa ao direito (como parece afirmar Agamben) significa dar realmente espaço aos Estados de exceção juridicamente isentos”⁵¹.

E mais: “Mas agora se trata de direito, não de fato: não eram as torturas de Guantánamo Bay que se analisavam, porque neste caso simplesmente se poderia tratar por uma lei de criminalização. Mas se admitimos que se trata de direito, devemos estabelecer quais são os percursos jurídicos que produzem a invalidez, no lugar de descrever como assunto “fora de lei”. Então, uma posição que produza “espaço sem direito”, sem embargo, deixa livre o poder político de seguir a proclamação, com Schmitt, que se a lei e a Constituição se completam de política, o salvador não pode ser a jurisdição, por meio de uma Corte Constitucional. O direito superior não controlará o poder público, mas sim que seguirá criando uma “norma” juridicamente imune”⁵².

Mas cuidado: quando Agamben descreve o estado de exceção como um espaço neutro de atuação do biopoder, não significa que legitime ou que não objete a necessidade de responsabilidade ou controle. Ao contrário, trata-se aqui de reconhecer que a realidade demonstra que, infelizmente, quando o poder politiza a vida nua, atua de maneira impune, numa zona de indiferença. De todo modo, não há dúvida de que a declaração de estado de exceção deve ser limitada por normas constitucionais que disciplinem os limites temporais, as garantias e os principais efeitos. Afinal, a declaração nunca deve estar isenta de controle jurídico e sempre é suscetível de controle de constitucionalidade, inclusive porque a suspensão do direito e das garantias fundamentais nunca é necessária para o restabelecimento da normalidade perdida. Claro está, portanto, que no estado de direito não há nada e ninguém imune ao controle jurisdicional.

⁵⁰ DONINI, Massimo, *Diritto penale di lotta vs. Direito penal del nemico*, em KOSTORIS, Roberto E., ORLANDI, Renzo, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli (Torino, 2006), pp. 19-73.

⁵¹ DONINI, Massimo, *El derecho penal frente al “enemigo”*, em *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), p. 46.

⁵² DONINI, Massimo, *Diritto penale di lotta vs. Direito penal del nemico*, em KOSTORIS, Roberto E., ORLANDI, Renzo, cit. (n. 50), pp. 19-73.

A existência do exercício do poder punitivo sem controle jurisdicional -uma desgraçada realidade- também se transforma realmente em um estado de exceção, mas aí somente *de facto* e nunca *de jure*. Isso significa que o poder punitivo instalado à margem do Direito, como um direito penal subterrâneo, paralelo e classista, iguala-se aos delitos graves praticados contra os bens mais importantes da comunidade, porque afeta a estrutura do estado de direito, que existe justamente para preservar os direitos e as garantias individuais.

O direito penal subterrâneo, paralelo e classista é incompatível com o estado de direito porque é puro poder punitivo típico de estado de exceção e, ainda que formalmente existente, nunca será materialmente legítimo e justificável, moral e politicamente. A experiência tem demonstrado que sempre que o poder punitivo atua mediante um direito penal dessa natureza, os direitos fundamentais de uma parcela da população são sacrificados. E, por óbvio, o estado de direito não pode dar espaço para a admissão de sacrifícios de vidas humanas, ainda que seja para a proteção de elementos básicos do Estado. Por tal motivo, a concepção de guerra, como expressão máxima do estado de exceção e definida como uso desregulado da força, está proibida pela Carta das Nações Unidas, quando disciplina as “ações coercitivas”.⁵³ Ergo, não há, no Estado social e democrático Direito, qualquer uma cláusula aberta de excepcionalidade que permita utilizar o poder de punir (guerra declarada ou oculta, interna ou externa) para cumprir finalidades distintas da proteção dos bens jurídicos mais relevantes da comunidade.

3. *O controle e a dominação burguesa do projeto neoliberal.* O desenvolvimento capitalista apresenta-se sempre numa relação direta e conflituosa com o direito penal. Por uma parte, o direito penal se vê ligado ao modelo de política criminal estatal porque caminha pela estrada traçada pelo legislador, ainda que possa resistir dentro do marco constitucional interpretativo. Por outra parte, também a política criminal é determinada pela política geral, na forma e no conteúdo, de modo que, em tal círculo vicioso, o direito penal acaba retratando, como um espelho, as ideologias políticas da sociedade. Tanto é assim que, como disse Santiago Mir Puig, “uma rápida olhada na História põe em destaque que a evolução das idéias penais é paralela as concepções políticas”⁵⁴.

Por tal motivo, desde que o projeto neoliberal conquistou o poder político (Tatcher, Reagan e Köhl) nos anos 70 e 80 do século passado em três importantes nações (Inglaterra, Estados Unidos da América e Alemanha), o mundo inteiro -mas principalmente os países periféricos dependentes do capital externo- tem sofrido direta ou indiretamente os efeitos da derrota do Estado social e democrático de Direito. Em tal contexto, a política criminal e o direito penal, por consequência, também experimentaram e experimentam a amargura da política neoliberal desenvolvida pela Escola de Chicago.

Apoiados teoricamente nos ensinamentos de Friedrich Hayek e Milton Friedman, o projeto neoliberal -como reação teórica e política ao Estado Social- começa a desenvolver uma política econômica globalizada fundamentada na liberdade de mercado e no Estado

⁵³ FERRAJOLI, Luigi, *La guerra y el futuro del derecho internacional*, em BIMBI, Linda, *No en mi nombre, Guerra y derecho*, Trotta (Madrid, 2003), p. 214.

⁵⁴ MIR PUIG, Santiago, *Constitución, Derecho Penal y Globalización*, em GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.), em *Política Criminal y Reforma Penal*, BdeF/Edisofer (Madrid/Buenos Aires/Montevidéo, 2007), p. 5.

Mínimo, na qual o direito penal torna-se um importante meio de repressão e de luta. Assim, pois, enquanto que o Estado *neoliberal* exerce o minimalismo na economia e no mercado (a ordem livre por excelência) e no desenvolvimento de políticas sociais fundamentais (saúde, educação, moradia, etc.), o direito penal segue um caminho absolutamente oposto: reforça e amplia a intervenção, inclusive utilizando a pena de morte e a dureza da pena privativa de liberdade, segundo as metas dos novos “gestores da moral coletiva”, na feliz expressão de Silva Sánchez⁵⁵.

A lucidez de Mir Puig descreve a situação atual do direito penal derivada do poder neoliberal: “Junto com a exigência de um Estado mínimo na intervenção econômica, reclama-se uma intervenção cada vez mais intensa na luta do Estado contra o delito. Esta *assimetria* parte da aceitação expressa de uma distinta consideração por parte do Estado de cidadãos *honrados* e de delinqüentes. Se deixa de lado o modelo ilustrado que parte de uma *imagem única de cidadão*, válida para todas as pessoas, que as confere iguais direitos e deveres. Os criminais já não estão entre os cidadãos em que se tem que retroceder a intervenção do Estado. A Justiça penal deixa de ser um sistema de proteção preferencial dos direitos do acusado (aquela *Magna Charta* do delinqüente de que falava von Liszt), para converter-se em um meio de luta contra o delinqüente e de proteção das vítimas. A tendência é desaparecer a simpatia pelo delinqüente e a preocupação pelos condicionamentos sociais da conduta. Agora se admite que os delinqüentes são “os outros”, que “nós” e “eles” não tem nada a ver. O Estado neoliberal não econômico é um Estado *não solidário* tanto com os perdedores do econômico como com os delinqüentes”⁵⁶.

Esse fenômeno complexo explica-se pela eterna relação de enfrentamento entre os valores de segurança e liberdade, onde há um maior sacrifício do valor liberdade (geralmente das pessoas do povo e desprovidas de propriedade) frente ao valor segurança (geralmente das pessoas da nova elite extraterritorial e possuidoras do poder do capital).

Karl Marx e Friedrich Engels já falavam da problemática que é esse conflito: “Somente dentro da comunidade, pois, é possível a liberdade pessoal. Nas outras comunidades, mais que verdadeiras comunidades, que existiram até agora -o Estado, etc.-, a liberdade pessoal não existia para ninguém salvo para os indivíduos que logravam alcançar a classe dominante e somente enquanto pertenciam a ela. Até o presente as comunidades em que se associavam

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas (Madrid, 2001), pp. 66 e ss.

⁵⁶ MIR PUIG, Santiago, *Constitución, Derecho Penal y Globalización*, cit. (n. 54), p. 40. Essa idéia é compartilhada também por não penalistas, entre outros, na essência, por SANTOS, Boaventura de Souza, *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*, Boitempo (São Paulo, 2007), pp. 112-113: “Em relação ao Estado de Exceção, o fascismo social está eliminando os direitos sociais e econômicos, é o resultado do desmoronamento dos direitos sociais, e neste momento há também um ataque aos direitos civis e políticos. Já não são somente os sociais e econômicos, são todos. E nesse novo Estado de Exceção, tal como há política democrática e o fascismo social, não há suspensão das liberdades, a Constituição está em vigor, mas há um novo Estado de emergência que se assenta na idéias de que sua legitimidade se baseia hoje na governabilidade, ou seja, na possibilidade de governar sociedades que são cada vez mais ingovernáveis. Está se criando a idéia que o governo tem que se defender de atores hostis que estão fora e dentro do sistema, e podem ser cidadãos ou organizações – o que se chama de inimigo interno. Surge um direito penal do inimigo (já teorizado na Alemanha) totalmente distinto do direito penal dos cidadãos. Toda a legislação antiterrorista é parte desse processo de atuar contra o inimigo interno”. Veja-se também NEGRI, Antonio, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, Susana Lauro (Trad.), Paidós (Barcelona, 2008), p. 69.

os indivíduos, não tinham nada mais que aparências; se tornam independentes sempre dos indivíduos, chegando a serem entes distintos deles. Ademais, como era a associação de uma classe sobre outra, era para a classe dominante, não somente uma comunidade completamente ilusória, mas sim também uma nova forma de impedir o desenvolvimento humano. Na verdadeira comunidade, pelo contrário, os indivíduos, associando-se, conseguem ao mesmo tempo sua liberdade⁵⁷.

Na verdade, trata-se de conflito entre dois valores -liberdade e segurança- que se intensifica por conta das desigualdades sociais e da separação mundial de ricos e pobres (atualmente espacial e social). Como aduz Zaffaroni: “o certo é que o “navio espacial Terra” leva passageiros de primeira e de segunda classe -e sem dúvida também de terceira e com “bilhete de cão”⁵⁸. Isso converte a “comunidade sonhada” (espaço de livre desenvolvimento humano no marco da plena liberdade) em uma “comunidade realmente existente” (espaço de individualismo, rivalidade, consumismo, etc.), agravando a violência e produzindo reiteradamente novas intervenções penais simbólicas. O problema agora é que a “segurança sacrificada em favor da liberdade tende a ser a segurança *de outra gente*; e a liberdade sacrificada em favor segurança tende a ser a liberdade *de outra gente*”⁵⁹.

Os legisladores parecem seguir quase sem crítica as propostas dos meios de comunicação que, dominados pelo poder econômico das grandes empresas e pela nova elite extraterritorial, ampliam, quando não inventam, a dimensão das desgraças e dos delitos, gerando uma sensação de insegurança e de vulnerabilidade coletiva. A difusão e manipulação dos sentimentos de incerteza e insegurança pela cultura *mass media* do neoliberalismo, leva ao mito do “paraíso perdido ou do paraíso que ainda se tem a esperança de encontrar”⁶⁰. Isso permite, por outro lado, explicar o curioso fato de que a grande massa popular aceita sem resistência as medidas cada vez mais repressivas e racistas impostas contra ela mesma, inclusive nos países de democracia estável. Tudo isso provoca, por desgraça, um movimento popular de massa em sentido contrário ao esperado e, logo, uma nova legislação penal de emergência, implantada por governos conservadores e demagogos que, longe de soluções concretas, buscam benefícios individuais.

Nesse panorama pessimista da atualidade, de *subsunção real da sociedade ao capital*, o direito penal ordinário e o subsistema penal de exceção, tanto no direito interno como externamente por meio da guerra, realizam um dogma fundamental comum: empregam sem escrúpulos a violência dos meios ilegítimos a serviço de fins injustos. Tanto isso é uma verdade indiscutível que, no plano interno, basta citar como exemplos a nova enxurrada expansiva do poder punitivo, com regresso da pena de morte, da tortura e da dureza da pena privativa de liberdade. No plano externo, por sua vez, a situação parece ser ainda muito mais grave, como são significativos os novos exemplos de racismo neoliberal em tema como a imigração, o *lobby* político e econômico e parlamentar dos “petroleiros” nas guerras injustas e na reabilitação da guerra como instrumento de governo e de solução de problemas e controvérsias internacionais. Trata-se, na realidade, de uma parte essencial do

⁵⁷ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, Vida Nueva (Buenos Aires, 1958), pp. 144-145.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Themis (Bogotá, 1988), p. 42.

⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI (Madrid, 2003), p. 27.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 9.

processo de unificação dos objetivos do capital mundial neoliberal, a saber: a) definição de uma homogeneidade de valores dominantes por parte do poder soberano e imperialista, que permite separar cidadãos honestos de criminosos perigosos; b) predominância da idéia de especificidade sobre a de generalidade, mediante a atuação do velho e conhecido racismo; c) finalmente, uma aproximação ou confusão entre a teoria política da guerra e o direito penal de luta.

O equívoco –seguro que intencional– do pensamento neoliberal é tentar ressurgir a morta tese da homogeneidade de valores e interesses protegidos pelo direito, especialmente pelo direito penal, mesmo quando a *sociologia do conflito* tem afirmado que a sociedade capitalista reflexa as características de *câmbio, conflito e domínio*. Ademais, segundo a teoria materialista, os objetos de conflito na sociedade tardo-capitalista não são as relações *materiais* de propriedade, produção e distribuição, mas sim a *política* de domínio de alguns indivíduos sobre outros.⁶¹ Por isso mesmo, parece oportuno destacar que no pensamento de Marx e Engels a superestrutura estatal representa a força necessária para a repressão das classes proletárias, como meio coletivamente aceitado, somente por dois motivos. Por um lado, porque “as idéias dominantes de uma época são sempre e simplesmente as idéias da classe dominante”;⁶² e, por outro lado, porque o modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral⁶³.

No caso do direito penal seria suficiente recordar as lições de Antonio Negri no sentido de que o direito penal racionalmente desempenha um papel essencial nos “mecanismos de reprodução do despotismo capitalista sobre a sociedade – e, por isso, é cada vez mais irracional e inumano”, mais além de um *faux frais* (gastos adicionais do sistema)⁶⁴. Tanto é assim que a história da pena também tem revelado a verdade da instrumentalização classista do direito penal. Como se sabe ou se deveria saber, antes da aparição do sistema de produção capitalista não existia a prisão como lugar de execução da pena privativa de liberdade. Somente quando o trabalho humano é convertido em tempo e, logo, em “riqueza social” (capitalismo), a prisão passa a ter o poder disciplinar necessário para o processo produtivo: se o trabalho assalariado produz uma riqueza social medida pelo tempo de exercício, então o tempo que o preso está na prisão tem um valor econômico negativo, representando uma pena *per se*. Desde aí, a prisão converte-se em um instrumento importante e necessário do poder capitalista para disciplinar *para a fábrica* e, por isso, o homem sem trabalho é um *inimigo de classe*, como destaca Massimo Pavarini: “Somente com a aparição do novo sistema de produção a liberdade adquiriu um valor econômico: com efeito, somente

⁶¹ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal: Introducción à sociología jurídico-penal*, Siglo XXI (Buenos Aires, 2004), p. 127.

⁶² MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifesto del Partido Comunista*, em *Fundamentos II, vol. IV*, Fondo de Cultura Económica (México, 1988), p. 295. Veja-se também MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, cit. (n. 57), pp. 82-83. Sobre os conflitos de classes, veja-se as sempre belas e claras palavras de MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifesto del Partido Comunista, ibidem.*, p. 280: “A história de toda sociedade é, até hoje, a história da luta de classes. Livres e escravos, patrícios e plebeus, barões e servos da gleba, maestros e oficiais dos grêmios, em uma palavra, opressores e oprimidos, sempre antagonicamente enfrentados uns aos outros, empenhados numa luta ininterrupta, ora oculta ora aberta, que conduz sempre a uma transformação revolucionária de toda sociedade ou a desaparecimento conjunta das classes combatentes”.

⁶³ MARX, Karl, *Contribuição para a crítica da economia política*, Estampa (Lisboa, 1973), p. 28.

⁶⁴ NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, Akal (Madrid, 2003), p. 408.

quando todas as formas de riqueza social forem reconhecidas em um denominador comum de trabalho humano medido por tempo, ou seja, de trabalho assalariado, foi concebível uma pena que privasse o culpável de um quantum de liberdade, é dizer, de um quantum de trabalho assalariado. E desde este preciso momento a pena privativa de liberdade, ou seja, a prisão converte-se na sanção penal difundida, a penal por excelência, na sociedade produtora de mercadorias⁶⁵.

Já Eugene B. Pasukanis definia as teorias do direito penal a partir de um interesse coletivo como deformações da realidade, já que na sociedade somente existem classes com interesses opostos e contraditórios⁶⁶. O objetivo ideológico do sistema punitivo, de “proteção da sociedade”, é uma “alegoria jurídica” que encobre o objetivo real de proteção de privilégios derivados da propriedade privada e dos meios de produção. A neutralidade e generalidade da declaração ocultam o objetivo classista de dominação da luta de classes, na qual o direito, por consequência, garante. O direito, como superestrutura, é um instrumento da classe dominante, racionalmente ajustado à produção e reprodução das relações sociais. A pena, por um determinado período de tempo, é uma forma específica pela qual o direito penal, burguês-capitalista, realiza o princípio da reparação equivalente, isto é, a representação do homem abstrato e do trabalho valorado em tempo⁶⁷.

Na moderna criminologia, o fenômeno que oculta a ideologia de classe foi também descoberto. Por um lado, pelas indagações da teoria do *labeling approach* sobre os efeitos produzidos pela aplicação da etiqueta de criminoso (a dimensão do sujeito) e sobre a definição do desvio como qualidade atribuída pelas instâncias oficiais de controle de comportamentos e de pessoas (dimensão da definição e do poder de definição). Assim é que o crime, o criminoso e a criminalidade não aparecem como “entidades ontológicas-naturais” (positivismo), mas sim “realidades construídas” pela atuação das agências de controle social penal (construcionismo). O conhecido teorema proposto por W. I. Thomas explicava bem: “se algumas situações são definidas como reais, então elas são reais nas consequências”. E também a modificação levada a cabo por Schur: “se tratamos como criminoso uma pessoa, é provável que ela se converta nisso mesmo”.

Por outro lado, pelas questões sobre os pontos de distribuição do poder de definição (a quem é conferido o poder de definição) e as formas de distribuição das possibilidades de encontrar-se etiquetado (a quem é conferido o *status* de criminoso). Assim, o delito aparece como um comportamento da maioria das pessoas da sociedade capitalista, enquanto que

⁶⁵ PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI (México, 1983), pp. 36-37. Veja-se, entre outros, RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto, *Punição e estrutura social*, Revan/Instituto Carioca de Criminologia (Rio de Janeiro, 2004); MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Siglo XXI (México, 1979); GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Máximo Sozzo (Trad.), Gedisa (Barcelona, 2005), se bem parece confundir o aumento da quantidade de delito com a sensação de aumento do delito, o que é muito distinto. De todo modo, o tema ainda é atual, enquanto existir o modelo neoliberal. Por exemplo, segundo afirma WACQUANT, Loïc, *Punir os pobres*, Revan (Rio de Janeiro, 2003), p. 20, hoje cinco milhões de americanos (2,5 da população adulta) estão nas redes do sistema penal, enquanto que os gastos anuais para controle dos delitos nos EUA chegam a 210 bilhões de dólares. Cf. también sobre os EUA, CHRISTIE, Nils, *Un sensata cantidad de delito*, Cecilia Espeleta y Juan Iosa (Trads.), Editores del Puerto (Buenos Aires, 2004), pp. 171-175.

⁶⁶ PASUKANIS, Eugene B., *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, Renovar (Rio de Janeiro, 1989), p. 150.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 158.

a criminalização se traduz num processo atribuído e concentrado apenas nos estratos vulneráveis, mormente quando estão em jogo interesses do poder dominante, ligados sempre a exploração, pelo capital, do trabalho assalariado. Por isso, o processo de criminalização deve ser objeto de estudo no contexto da sociedade capitalista moderna, da estrutura social e do contexto sócio-econômico no qual se produz um conflito social⁶⁸. A partir disso, a criminologia radical conseguiu comprovar que na sociedade capitalista a característica de fragmentariedade do direito penal, definido como idoneidade técnica de certas matérias e, não de outras, para a criminalização, oculta a proteção de interesses de classes e de grupos sociais de poder econômico e político e a criminalização de condutas típicas das classes subalternas, especialmente quando marginadas do mercado de trabalho⁶⁹.

Em suma, significa que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e imunizar o processo de criminalização de comportamentos socialmente mais danosos, ligados funcionalmente a existência da acumulação capitalista, enquanto que, por outro lado, tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente em direção a formas de desvios típicos das classes subalternas, como afirmou Baratta⁷⁰.

Partindo de outra perspectiva, fundamentada no poder disciplinar do direito penal, a genialidade de Foucault afirmava o interesse econômico da burguesia, derivado de todos os mecanismos pelos quais o delinqüente é controlado, perseguido, punido e reformado.⁷¹ A partir dessa noção definida como “economia de ilegalidades”, Foucault pode esclarecer que o desenvolvimento da sociedade capitalista estruturou-se também a partir de um duplo direito penal: a “ilegalidade de bens” (o direito penal das classes baixas) e a “ilegalidade de direitos” (o direito penal das classes altas)⁷².

⁶⁸ BARATTA, Alessandro, *Che cosa è la criminologia critica?*, em *Dei Delitti e delle Pene*, n.º 3, 1985, p. 56.

⁶⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *A criminologia radical*, Lumen Juris/ICPC (Curitiba, 2008), p. 45/126: “O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto, administra a posição de classe do autor, a *variável independente* que determina a *imunidade* das elites de poder econômico e político e a *repressão* das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas, especialmente as camadas marginalizadas do mercado de trabalho, complementada pelas *variáveis intervinientes* da posição precária no mercado de trabalho e da subsocialização – fenômeno definido como administração diferencial da criminalidade”.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal: Introducción à sociología jurídico-penal*, cit. (n. 61), p. 172.

⁷¹ FOUCAULT, Michel, *É preciso defender a sociedade*, Livros do Brasil (Lisboa, 2006), p. 47.

⁷² FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, Vozes (Petrópolis, 2006), p. 74: “Para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc. A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos. E ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirmação a necessidade de vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens”. Assim também a descrição de CIRINO DOS SANTOS, Juarez, cit. (n. 69), pp. 74-75: “Na formação do capitalismo, a criminalidade é estruturada a nível de prática criminal, de definição legal e de repressão penal, pela *posição de classe* do autor: a) as *massas populares*, especialmente *lumpens*, circunscritas à criminalidade patrimonial, são submetidas a tribunais ordinários e castigos rigorosos; b) a *burguesia*, circulando nos espaços da lei, permeados de silêncios, omissões e tolerâncias, move-se no mundo protegido da “ilegalidade dos direitos”, composto de fraudes, evasões fiscais, comércio irregular etc. -na gênese histórica da futura criminalidade de “colarinho branco”-, com os privilégios de tribunais especiais, multas e transações que transformam essa criminalidade em investimento lucrativo”.

Seja qual seja a melhor razão, o certo é que o poder penal e a instituição do seqüestro denominada prisão, como instrumentos e aparatos necessários para a manutenção do *status quo*, sempre facilitaram a exploração e o aniquilamento dos “ineficientes” ou supérfluos do mercado de trabalho (o conhecido exército industrial de reserva de que já muito antes de tudo isso falava o grande Marx protegendo, ao contrário, os sentimentos egoístas e ambiciosos do capitalismo moderno e de elite daí advinda.

Por isso tudo, o maior erro do direito penal – e agora do subsistema penal de exceção mais classista ainda – é desconhecer ou não reconhecer que a realidade do sistema penal demonstra que o poder punitivo caminha sempre contra as classes subalternas, porque nelas encontra facilidades para detectar os estereótipos orientadores do processo de seleção, representados por deficiências de socialização que, por sua vez, apontam para o fracasso de qualquer tentativa de interiorizar normas jurídicas⁷³.

Esse reconhecimento se faz essencial para revelar a ideologia do poder punitivo, seja do atual direito penal ordinário, seja daquele que promove a guerra por meio do uso do subsistema penal de exceção. Trata-se, na realidade, de destacar uma vez mais que qualquer proposta de criação de um direito penal de exceção, fundamentado ou não de forma aberta na oposição entre amigo e inimigo, conduz sempre ao fim de utilização forte do direito penal como instrumento de dominação, disciplina e neutralização das classes excluídas do processo de produção capitalista. Isso também se deve a predominância de um direito penal específico sobre a generalidade e que, ao contrário de que se possa crer, somente unifica os objetivos do capital com a teoria política dos estados autoritários⁷⁴.

Hoje, *per se*, as prisões provam que o sistema penal é a imagem dos excluídos da economia global, o lupemproletariado, isto é, esta putrefação passiva das capas mais baixas da velha sociedade,⁷⁵ que funciona como uma espécie de espelho invertido da sociedade capitalista e excludente: o direito penal é um reflexo invertido do espelho do sistema social desigual⁷⁶.

⁷³ Esse fracasso explica-se pela noção marxista de “alienação legal” que descreve muito bem GARGARELLA, Roberto, *Mano dura contra el castigo (I). Igualdad y comunidad*, en *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes (Bogotá, 2008), p. 27: “situaciones extremas donde los ciudadanos no pueden identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar razonablemente, y frente a la cual sólo quedan ocupando el papel de víctimas”. Nessas situações de severa e sistemática desigualdade e privações, disse Gargarella, é que a cidadania obtém motivos para desconfiar da lei e começar a separar-se dela.

⁷⁴ Vid. CIRINO DOS SANTOS, Juárez, cit. (n. 69), p. 68-69: “A predominância da *especificidade* sobre a *generalidade* da forma legal, através de leis emergenciais, casuísticas e autoritárias, é parte do processo de unificação dos objetivos do capital monopolista com a política do Estado fascista, para o domínio totalitário do poder econômico sobre as classes trabalhadoras -reduzidas à escravidão social-, mediante um controle social terrorista: os campos de concentração são a forma massificada da prisão e o genocídio (judeus, negros, e outras “raças inferiores”) é a forma coletiva do extermínio. A ditadura terrorista do capital monopolista existe como repressão massificada da força de trabalho social: pela disciplina, pela força e pelo extermínio”.

⁷⁵ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifesto del Partido Comunista*, cit. (n. 62), p. 288.

⁷⁶ Vid. HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), pp. 134-135: “A crítica ao sistema social e aos processos de criminalização que fazem surgir dito sistema não é, portanto, como pensam e dizem alguns (provavelmente com ânimo de desacreditar-la), ociosa ou um simples panfleto político de revolucionários e descontentes; é algo mais profundo que tem destacado que, com base nos dados empíricos atualmente existentes acrescentados pelas diversas teorias criminológicas, a atual forma de definir e sancionar algumas formas de criminalidade não é mais que o reflexo das próprias injustiças sociais do sistema que produz e elabora a criminalidade como uma forma de controle e de perpetuação das atuais estruturas sociais”.

Essa realidade e essa tragédia, que marcam definitivamente a nova sociedade neoliberal vigente, estão muito bem retratadas nas palavras de Bauman: “As prisões são guetos com muros e os guetos são prisões sem muros”⁷⁷. Nesse contexto neoliberal excludente, é possível concluir que o direito penal é uma estratégia *excludente de cidadania e eficiente* de controle social de massas desfavorecidas, dentro de estados caracterizados pela *subsunção real da sociedade ao capital*, em que indivíduos relacionam-se sempre, agora mundialmente, como *proprietários de capital* e como *possuidores da força de trabalho* (incluindo aí, por evidente, também o trabalho cognitivo e não apenas o físico, como se pensava antes). Em outras palavras, a violência do sistema penal, segundo Negri, não representa mais que o complemento da idéia de mercado, “com o fim de garantir o correto funcionamento social e ampliar os termos do mercado”⁷⁸.

Mas pode existir uma luz: um direito penal afinado com os postulados do verdadeiro e real estado de direito –e, portanto, que não admite um direito penal de exceção– deve seguir uma teoria de libertação do homem e assumir realmente uma papel crítico do sistema penal total, mediante uma relação entre o processo subjetivo de construção social da criminalidade (enfoque interacionista) e as estruturas objetivas das relações econômico-política (enfoque materialista). Aí parece residir uma maneira de rechaçar um direito penal de exceção e tentar a construção de um direito penal igualitário compatível com o real Estado social e democrático de Direito. Afinal, a política criminal não deve olvidar a luta de classes existentes na sociedade capitalista, porque, como já escreveram Marx e Engels, todos os conflitos da história possuem origem no contraste entre as forças produtivas e o regime social vigente⁷⁹. Portanto, o fenômeno do delito ou desvio, dentro do sistema capitalista, somente explica-se quando o foco de atenção do delito e do delinqüente passa aos “mecanismos sociais e institucionais que definem, criam e sancionam a delinqüência”⁸⁰. Assim, pois, esclarecendo melhor os processos de criminalização, talvez se possa revelar a ideologia do direito penal e, dessa forma, intentar adequá-lo ao ideal do Estado democrático e social de Direito.

II. UM SABER PENAL LEGITIMADO: A RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO PENAL A PARTIR DO MINIMALISMO PENAL

A função oculta desempenhada pelo sistema penal na sociedade capitalista e, conseqüentemente, o aumento da violência social daí decorrente, tanto pelas agências formais como pelas informais, impõe a obrigação de renovar o saber penal e a dogmática jurídico-penal. A ausência de legitimidade do direito penal abre dois apenas caminhos possíveis: um radical, que é a abolição do sistema penal; um moderado, que é a minimização do direito penal.

A opção abolicionista mostra-se coerente na causa e na consequência: se o sistema penal nunca pode legitimar-se, então é melhor que deixe de existir. Algo melhor que o direito penal é a desapareção do próprio direito penal. Contudo, essa proposta abolicionista esquece o fato de que a desapareção do direito penal não significa, necessariamente, a desapareção

⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt, cit. (n. 59), p. 143.

⁷⁸ NEGRI, Antonio, *La fábrica de porcelana...*, cit. (n. 56), p. 69.

⁷⁹ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, cit. (n. 57), p. 143.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, cit. (n. 76), p. 151.

do poder punitivo. A destruição do saber penal imprime concomitantemente o fim do controle formal sobre o poder punitivo. A violência seguirá existindo independentemente da existência do direito penal, ainda que sua supressão possa diminuir-la em certa medida.

A outra opção menos utópica é o direito penal mínimo e consiste na redução do direito penal ao mínimo necessário para a proteção da sociedade. Nesse sentido, a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade desenvolve-se num sistema gradual e dependente: o direito penal é a última forma (*ultima ratio*) de controle social da violência⁸¹.

Mas por que somente o direito penal mínimo é suscetível de legitimação? Afinal de contas, qual é o significado da palavra *legitimidade*? Legitimidade quer dizer o mesmo que legalidade? Essas são questões cruciais para legitimar o discurso penal e legitimar a própria dogmática jurídico-penal.

A legitimidade do direito penal está estruturada na *racionalidade* do atuar do sistema penal. Legítimo é o exercício do poder planejado racionalmente quando existe *coerência interna* e um *grau de verdade na sua operatividade* (os fins declarados e reais devem ser coincidentes). Zaffaroni aponta como características a existência de “coerência interna do discurso jurídico-penal” e “valor de verdade quanto à operatividade social”⁸².

Com razão Zaffaroni concreta a coerência interna do discurso jurídico-penal não só com a ausência de contradição ou lógica, mas precisamente com uma *fundamentação antropológica*: se o Direito serve ao homem, a planificação do exercício do poder do sistema penal deve pressupor uma antropologia filosófica básica.⁸³

Com efeito, a presença do ser humano no centro do Direito é uma premissa básica fundamental para legitimar o exercício do poder do sistema penal. *A contrario sensu*, a desconsideração do ser humano como *pessoa*, como faz atualmente o chamado “direito penal do inimigo” ou os postulados classistas do direito penal, por exemplo, nunca pode construir um saber legitimado.

Ademais, a legitimidade do poder do sistema penal depende do grau de verdade operacional. O discurso penal não pode elaborar-se mediante a declaração de fins que são impossíveis ou abstratos (sem contato com a realidade do ser). O direito penal é um eterno “dever ser” que encontra na realidade do ser a matéria necessária para a construção do delito. Portanto, a verdade operacional consiste na simetria de fato e norma, entre realidade e idealismo.

⁸¹ Em sentido contrário ao “direito penal mínimo”, Gargarella afirma que o objetivo do “republicanismo penal”, fundamentado nos princípios essenciais da inclusão, integração social e vida comunitária, não deveria ser a “minimização da violência ou retirada do Estado, mas sim contribuir à integração social e fortalecimento dos vínculos interpessoais” (p. 39). Assim, pois, a resposta do “direito penal mínimo” seria o mesmo que aceitar a aplicação de doses moderadas de direito contaminadas por “barbárica injustícia” (p. 42). Contudo, o pensamento de Gargarella, de forte influência liberal norte-americana, desvirtua a missão do direito penal e o confunde com os ideais políticos da sociedade, que sim são importantes para mudar a desigualdade social. Não é o direito penal que muda a opressão social existente na sociedade, mas sim a política como projeto de sociedade na qual o cidadão, não os políticos, são partes. Não a política como administração da realidade social, mas a política como projeto de sociedade (Pietro Barcellona). Por isso, a tese do republicanismo penal padece de um paternalismo extremo incompatível com a idéia de limitação do poder. Cf. GARGARELLA, Roberto, cit. (n. 73), pp. 39-42. Críticamente, ANITUA, Gabriel I., GAITÁN, Mariano, ¿Penas Republicanas? en GARGARELLA, ROBERTO, cit. (n. 73), pp. 309-320.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar (Buenos Aires, 2003), p. 20.

⁸³ *Ibidem*, p. 21.

A legitimidade do saber exige entao que o direito penal seja um *meio adequado* para cumprir os fins propostos (a defesa dos bens jurídicos mais importantes da sociedade). Daí que o saber deve ser capaz de influenciar diretamente na realidade social. Por exemplo, se o direito penal quer proteger a saúde pública contra os males causados pelas drogas, sua legitimação existirá sempre que possa reduzir esses efeitos indesejados. Mas se a intervenção penal causa mais mortes que o próprio consumo de drogas, então é evidente que constitui um meio inadequado para tal fim e, portanto, constitui um saber deslegitimado.

É equívoco confundir os vocábulos *legitimidade* e *legalidade*. A *legitimidade* depende do grau de coerência interna do discurso e da adequação para a obtenção dos fins propostos. Ao contrário, a *legalidade* exige apenas que o discurso penal obedeça o processo de produção de normas jurídicas, como determina o Estado de Direito. Mas o el cumprimento das exigências formais do principio de legalidade não implica necessariamente na afirmação da legitimidade. O exemplo da criminalização das drogas é claro: a política de luta contra as drogas cumpre a legalidade penal, mas há anos que está deslegitimada pela realidade dos fatos. Enfim, a legitimidade do poder do sistema penal requer a reconstrução do discurso penal a partir de uma ética “universal” dos direitos humanos e o único caminho possível nesse sentido é a proposta de minimização penal.

O direito penal mínimo está legitimado porque consiste num modelo de discurso penal que se estrutura numa dogmática jurídico-penal de alto grado de coerência interna e com grandes possibilidades de cumprir com as finalidades que expressamente declara. Internamente evita contradições lógicas porque está regido por princípios de limitação do poder: legalidade, lesividade, intervenção mínima, culpabilidade e humanidade. Materialmente também legitima-se porque minimaliza a intervenção especificamente para a proteção da pessoa, evitando, portanto, os riscos das doutrinas organicistas ou funcionais extremas. Finalmente mostra-se como um modelo adequado porque é modesto nos fins para que propõe: quer defender os bens jurídicos mais relevantes da sociedade e somente nos casos em que outras formas de controle social são insuficientes.

De mais a mais, também a legitimidade do modelo de direito penal mínimo deriva principalmente do duplo sentido já revelado por Ferrajoli: como sistema de limite da liberdade selvagem e como sistema de limite do poder punitivo exercido pelo próprio Estado⁸⁴.

O paradigma minimalista correto deve seguir uma teoria de liberação do homem e assumir realmente uma teoria crítica do sistema penal total, já seja desde o ponto de vista da relação entre o processo subjetivo de construção social da criminalidade (enfoque interacionista), já seja desde as estruturas objetivas das relaciones econômico-políticas (enfoque materialista). Porque efetivamente essa é a única maneira de rechaçar a existência de um direito penal deslegitimado e tentar a construção dum direito penal igualitário compatível com o Estado social e democrático de Direito.

⁸⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Editori Laterza (Bari, 2007), p. 356: “come sistema di limiti alla libertà selvaggia dei consociati, tramite la proibizione, l’accertamento e la punizione come reati delle offese ai diritti altrui o ad altri beni o interessi stipulati come fondamentali; e come sistema di limiti alla potestà punitiva dello Stato, tramite le garanzie penali e processuali, le quali precludono la proibizione delle azioni inoffensive o incolpevoli e la punizione di quelle offensive e colpevoli senza un loro corretto accertamento”.

Em tal contexto, a política criminal que reconhece a necessidade do direito penal mínimo não deve olvidar a luta de classes existente na sociedade capitalista, porque, como afirmam Marx e Engels, todos os conflitos das História têm sua origem, pois, “no contraste entre as forças produtivas e o regime social vigente”⁸⁵. O fenômeno do delito ou desviu dentro do sistema capitalista apenas se explica quando se gira o foco de atenção do delito e do delinquente aos “mecanismos sociais e institucionais que definem, criam e sancionam a delinquência”⁸⁶. Do contrário a legitimação necessária do direito penal torna-se uma meta dificilmente alcançável. É mais ainda: somente discernindo os processos de criminalização é possível revelar a ideologia do direito penal tradicional (a proteção de grupos hegemônicos) e tentar adequar-lo ao Estado social e democrático de Direito, em um modelo minimalista que controle a violência informal (toda forma de violência selvagem entre cidadãos) e a violência formal (toda violência seletiva que exercem as agências policiais institucionalizadas contra os vulneráveis).

III. AS VINCULAÇÕES ENTRE DIREITO PENAL MÍNIMO (DE ATO) E ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Depois da traumatizante experiência da Segunda Grande Guerra Mundial, o direito penal do sistema continental europeu abandonou o positivismo jurídico e o modelo de sistema penal fundamentado na idéia de autor ou atitude interna. No campo filosófico, o caminho foi o retorno aos postulados naturalistas, como única barreira possível de limitação do poder punitivo estatal totalitário⁸⁷. Por outro lado, dentro do espaço jurídico-penal dominante, o resgate da vinculação entre direito penal e teoria política impulsionou o desenvolvimento de um sistema baseado *principalmente na ação*.

Um exemplo desta reconstrução dogmática jurídico-penal ofereceu Muñoz Conde já no ano de 1975, quando fundou e desenvolveu as primeiras noções do princípio de intervenção mínima⁸⁸. E também Mir Puig quando, em meados dos anos setenta, derivava dos fundamentos do Estado social e democrático de Direito um razoável número de limitações formais e materiais ao poder legislativo, ao poder judicial e ao poder de execução de penas⁸⁹.

Sem embargo dessas construções teóricas democráticas, os resquícios da política criminal totalitária parecem sobreviver protegidos por uma capa quase imperceptível inclusive dentro do Estado social e democrático de Direito. Porque essas sobras totalitárias ainda são derivadas da política criminal do Estado Social: por um lado, na seara penal, pela sobrevivência da escola positivista surgida na última terceira parte do século passado, que se baseava na idéia de que prevenção extrema para acabar com a ineficácia do sistema liberal;

⁸⁵ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Ideología Alemana*, cit. (n. 57), p. 143.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, cit. (n. 76), p. 151.

⁸⁷ Cf. RADBRUCH, Gustav, SCHMIDT, Eberhard, WELZEL, Hans, *Derecho injusto y Derecho nulo*, José María Rodríguez Paniagua (Trad.), Aguilar (Madrid, 1971).

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch (Barcelona, 1975), pp. 58-97.

⁸⁹ Cf. MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch (Barcelona, 1982). Veja-se, do mesmo autor, o clássico de 1976, intitulado *Introducción a las bases del Derecho pena: Concepto y método*, 2ª ed., BdeF (Buenos Aires/Montevideo, 2007), pp. 108-148.

por outro lado, pela persistência de modelos de polícia totalitários, similares aos modelos antigos do século XX, ainda violentos, mas agora ocultos e silenciosos.

De toda forma, esses pedaços autoritários que ainda permeiam o núcleo do direito penal atual são cristalizados numa *concepção comum* que se conhece como “direito penal de autor”: a aplicação de uma pena vinculada à personalidade ou ao caráter anti-social do autor⁹⁰.

Mas por que o direito penal de autor é incompatível com o Estado social e democrático de Direito? Por que uma política criminal fundamentada na idéia de criminalizar o “ser” e não o “fazer ou não fazer do ser” é inconstitucional desde os postulados do Estado social e democrático de Direito? Afinal, se é eficaz para proteção preventiva de bens jurídicos não seria também legítima? Pois absolutamente, não. O direito penal que advém do Estado social e democrático de Direito é um direito penal que se vincula à natureza dessa concepção política. Este modelo de Estado imprime um modelo assentado em três alicerces: primeiro, o Estado Liberal -integrado pela idéia de Estado de Direito e, portanto, fundamentado também no princípio de legalidade, soberania popular, publicidade e separação de poderes- fixa uma orientação vinculante no sentido de que *é preciso defender os cidadãos contra os poderes do Estado*; segundo, o Estado Social, que agrupado com os postulados do Estado Liberal, deve impor ao direito penal um dever de atuação ativa nas relações sociais, para possibilitar que *todos os cidadãos possam participar do sistema social*; por fim, um Estado Democrático, em sentido formal, não como expressão da maioria popular, mas sim como *instrumento de proteção efetiva de direitos individuais fundamentais*.

Não bastasse isso, a própria noção de prevenção especial e geral da pena, nas vertentes positivas e negativas, demonstra que o direito penal do Estado social e democrático de Direito deve ser um direito penal de ato e não de autor. Não existe nenhuma função socializante da pena quando se criminaliza pelo ser e não pelo fazer ou não fazer. Um direito penal que pretenda fazer com que a pena cumpra uma função de reinserção social, não pode aceitar um sistema que idealisticamente seja seletivo e estigmatizante e, portanto, violador da dignidade da pessoa humana. Num sistema democrático de proteção geral -inclusive de minorias contra maiorias- a política criminal deve adotar um caminho para fortalecer da integração social, o que somente é possível quando a pena realiza suas funções legítimas: uma, quando o condenado tem disponível um aparato destinado à interiorização de normas constitucionais ligados à qualidade de cidadão (pena como prevenção especial ou, pelo menos, como diria Muñoz Conde, como não dessocialização);⁹¹ duas, quando a pena reforça a consciência jurídica geral dos valores constitucionais importantes para a vida numa sociedade democrática. Portanto, quando se cria uma política criminal baseada em critérios pessoais negativos, não retratados externamente numa ação típica, antijurídica e culpável, nunca se poderá cumprir as funções preventivas em sentido positivo da pena (reintegração e reafirmação do Direito). E quando não se realizam essas funções preventivas da pena, o direito penal não porta qualquer tipo de legitimidade, principalmente no marco

⁹⁰ Cf. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Trad.), Thomson Civitas (Madrid, 2003), pp. 176-177.

⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Temis (Bogotá, 2004), pp. 83-118.

do Estado social e democrático de Direito, pois esta concepção de Estado exige que qualquer restrição de direitos fundamentais -aqui, o direito de liberdade- respeite o (a) princípio de dignidade humana, seja (b) “socialmente útil”, (c) proporcional ao interesse que se pretende proteger e (d) absolutamente necessária para construir uma sociedade igualitária e justa.

Também há que consignar que, ainda fosse legítimo aplicar uma pena com finalidades de retribuição, mesmo assim esta idéia de pena se refere à culpabilidade da ação e não do autor. A retribuição da culpabilidade se funda na realização de um injusto penal, isto é, na ação ou omissão típica e antijurídica, mas não na existência do autor *per se*. De todo modo, este argumento é desnecessário, porque o Estado social e democrático de Direito é incompatível com a idéia de retribuição⁹².

No Estado social e democrático de Direito, que é o acolhido pela Constituição brasileira de 1988, artigo 1º, a idéia de retribuição está descartada. Aqui, nesta concepção de Estado, o poder punitivo só pode ser exercido como *política social* posta a serviços de todos os cidadãos. O direito penal somente pode atuar quando resultar absolutamente necessários para proteger os cidadãos. O direito penal não existe para impor ética, moral ou determinada concepção religiosa. Por isso, o direito penal que brota do Estado social e democrático de Direito é aquele que se reduz ao mínimo o exercício do poder de punir, como garantia individual intransponível. Ao mesmo tempo, protege apenas os bens mais valiosos da comunidade, vinculados diretamente ao cidadão, evitando o exercício de violência fora do Direito. As conseqüências desse direito penal democrático podem ser analisadas tanto na dogmática penal, na teoria da pena e inclusive no processo penal.

Na dogmática penal, o princípio de lesividade impede que o direito penal assuma discursos moralistas. Basta recordar que os princípios básicos do direito penal democráticos atuam no campo da sexualidade, por exemplo, impedindo a intervenção penal quando não se trata de ações cometidas contra menores. Deveria isso também repercutir mais forte nos casos de intervenções em âmbitos como da prostituição, incesto e inclusive nos casos de violência doméstica, porque o direito penal não deve ser prestar ao fundamentalismo de um feminismo radical. Também o direito penal mínimo de ato impede criminalizar atos distantes da verdadeira lesão ao bem jurídico, como acontece na proteção de bens jurídicos abstratos e sem vinculação direta à pessoa humana, pois não é função do direito penal prestar à tutela de complexos funcionais que não respondem aos interesses individuais dos cidadãos.

Na teoria da pena, a circunstância judicial da “retribuição”, prevista no artigo 59 do CP e utilizada para fixação da pena-base, deve considerada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, notadamente pelo modelo de Estado assumido no artigo 1º. Ao contrário da idéia de retribuição que só aparece em leis anteriores à redemocratização do Brasil, vários dispositivos constitucionais encartados na parte dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1998 mostram que a política criminal do Estado brasileiro deve seguir um modelo preventivo limitado. Por exemplo, quando o inciso XLVI do art. 5º da CF adota o princípio da individualização da pena, nada mais pretende do que ajustar a pena à ação do autor, a fim de que, durante o cumprimento, seja realizada a função

⁹² Assim, entre nós, CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª ed., Lumen Juris/ICPC (Curitiba, 2008), p. 455.

de reintegração, pois seria impensável cumprir as propostas do art. 3º da CF mediante a vingança ou sofrimento. Daí também porque o inciso seguinte do art. 5º, XLVII, da CF, veda penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, banimento ou cruéis. A razão é evidente: em todas estas penas se vê um ponto comum, que é a idéia de retribuição. Em suma: do artigo 59 do CP brasileiro não foram recepcionados nenhuma das circunstâncias vinculadas ao direito penal de autor, como antecedentes, conduta social, personalidade.

Na mesma linha, é evidentemente inconstitucional e aberrante violação do direito penal mínimo de ato, que provém do Estado social e democrático de Direito, o agravamento da pena pela reincidência ou mesmo o uso dessa herança maldita agravante -encravada na psique de operadores do direito- para impedir benefícios processuais ou de execução (suspensão do processo, fixação do regime de pena, progressões, etc.). Esse instituto arcaico e o uso de antecedentes penais são posturas autoritárias que não se vinculam ao ato, mas sim ao autor. Logo, não respondem ao padrão democrático que se espera do direito penal do Estado social e democrático de Direito. Vale reproduzir aqui as lições de Fletcher: “Es fundamentalmente injusto condenar a alguien acusado de un delito por el hecho de que haya cometido otros en el pasado. Si la presunción de inocencia significa algo en el actual Derecho penal, es que debemos juzgar el acto delictivo que sea objeto de la acusación con abstracción de la experiencia que se tenga del acusado o del conocimiento de su conducta delictiva anterior. Además, la conducta delictiva no se basa en el quebrantamiento de un deber, sino en la violación de bien jurídico específicamente protegido (*Rechtsgut*)”⁹³.

IV. BREVES CONCLUSÕES

O drama social que provoca o exercício sem controle do poder punitivo deve impulsionar um novo pensar e atuar. A oposição política entre amigo e inimigo de Schmitt, a oposição entre “homo sacer” (a vida nua) e existência política (a vida qualificada) retratada por Agamben e o controle e dominação burguesa do projeto neoliberal revelam os reais objetivos do poder punitivo, que consiste, *grosso modo*, na exclusão e aniquilamento das classes subalternas. Entretanto, o Estado social e democrático de Direito oferece um dique de contenção do poder punitivo que se traduz na assunção dos postulados normativos do direito penal mínimo de conteúdo preventivo.

A legitimidade do direito penal na sociedade democrática depende de instrumentos normativos que protejam os bens jurídicos mais relevantes da comunidade e reduzam significativamente a violência social que o sistema penal cria e mantém encapsulado. Cabe aos operadores do direito fazer essa engrenagem rodar para o lado correto. Utilizando aquele famoso escrito que Marx redigiu na primavera de 1845, é hora de deixar de interpretar o mundo de forma diferente; trata-se porém de modificá-lo⁹⁴.

⁹³ FLETCHER, George P., *Gramática del Derecho penal*, Francisco Muñoz Conde (Trad.), Hammurabi (Buenos Aires, 2008), p. 236.

⁹⁴ MARX, Karl, *Teses sobre Feuerbach*, em MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Obras escolhidas*, vol. 3, Editora Alfa-Omega (São Paulo), p. 210.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos (Valencia, 2006).
- _____, *Estado de exceção*, Boitempo (São Paulo, 2004).
- ANITUA, Gabriel I., GAITÁN, Mariano, *¿Penas Republicanas?* en GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes (Bogotá, 2008).
- ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus (Madrid, 2001).
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal: Introducción à sociología jurídico-penal*, Siglo XXI (Buenos Aires, 2004).
- _____, *Che cosa è la criminologia critica?*, em *Dei Delitti e delle Pene* 3, (1985).
- BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI (Madrid, 2003).
- BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Leviatán (Buenos Aires, 1995).
- BIMBI, Linda, *No en mi nombre, Guerra y derecho*, Trotta (Madrid, 2003).
- CANCIO MELLÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Editorial BdeF. (Buenos Aires/Montevideo, 2006).
- CHRISTIE, Nils, *Un sensata cantidad de delito*, Cecilia Espeleta y Juan Iosa (Trad.), Editores del Puerto (Buenos Aires, 2004).
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *A criminologia radical*, Lumen Juris/ICPC (Curitiba, 2008).
- _____, *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª ed., Lumen Juris/ICPC (Curitiba, 2008).
- DONINI, Massimo, *El derecho penal frente al "enemigo"*, em CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Editorial BdeF. (Buenos Aires/Montevideo, 2006).
- _____, *Diritto penale di lotta vs. Direito penal del nemico*, em KOSTORIS, Roberto E., ORLANDIS, Renzo, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli (Torino, 2006).
- _____, *El derecho penal frente al "enemigo"*, em *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta (Madrid, 2000).
- _____, *La guerra y el futuro del derecho internacional*, em BIMBI, Linda, *No en mi nombre, Guerra y derecho*, Trotta (Madrid, 2003).
- _____, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Editori Laterza (Bari, 2007).
- FLETCHER, George P., *Gramática del Derecho penal*, Francisco Muñoz Conde (Trad.), Hammurabi (Buenos Aires, 2008).
- FOUCAULT, Michel, *É preciso defender a sociedade*, Livros do Brasil (Lisboa, 2006).
- _____, *Vigiar e Punir*, Vozes (Petrópolis, 2006).
- GARCÍA SEGURA, Caterina, RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Tecnos (Madrid, 2008).

- GARGARELLA, Roberto, *Mano dura contra el castigo (I). Igualdad y comunidad*, en *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes (Bogotá, 2008).
- GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Máximo Sozzo (Trad.), Gedisa (Barcelona, 2005).
- HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001).
- JAKOBS, Günther, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, em *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Thomson Civitas (Madrid, 2008).
- MACEDO JR., Ronaldo Porto, *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, Max Limonad (São Paulo, 2001).
- MARX, Karl, *Contribuição para a crítica da economia política*, Estampa (Lisboa, 1973).
- _____, *Teses sobre Feuerbach*, em MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Obras escolhidas*, vol. 3, Editora Alfa-Omega (São Paulo).
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Obras escolhidas*, vol. 3, Editora Alfa-Omega (São Paulo).
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifiesto del Partido Comunista*, em *Fundamentos II, vol. IV*, Fondo de Cultura Económica (México, 1988).
- _____, *Ideología Alemana*, Vida Nueva (Buenos Aires, 1958).
- MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Siglo XXI (México, 1979).
- MIR PUIG, Santiago, *Constitución, Derecho Penal y Globalización*, em GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.), em *Política Criminal y Reforma Penal*, BdeF/Edisofer (Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2007).
- _____, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch (Barcelona, 1982).
- _____, *Introducción a las bases del Derecho pena: Concepto y método*, 2ª ed., BdeF (Buenos Aires/Montevideo, 2007).
- MORESCO, Josep Joan, *Poder y Derecho*, em GARCÍA SEGURA, Caterina, RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Tecnos (Madrid, 2008).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi (Buenos Aires, 2008).
- _____, *As origens ideológicas do direito penal do inimigo*, Ana por Ana Elisa Liberatore S. Bechara (Trad.), em *Revista IBCCRIM 83*, Revista dos Tribunais (São Paulo, 2010).
- _____, *Introducción al Derecho penal*, Bosch (Barcelona, 1975).
- _____, *Derecho penal y control social*, Temis (Bogotá, 2004).

- NEGRI, Antonio, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, Susana Lauro (Trad.), Paidós (Barcelona, 2008).
- _____, *La forma-Estado*, Akal (Madrid, 2003).
- ORESTES AGUILAR, Héctor, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica (México, 2001).
- PASUKANIS, Eugene B., *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, Renovar (Rio de Janeiro, 1989).
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI (México, 1983).
- KERVÉGAN, Jean-François, *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*, Manole (Barueri, 2006).
- RADBRUCH, Gustav, SCHMIDT, Eberhard, WELZEL, Hans, *Derecho injusto y Derecho nulo*, José María Rodríguez Paniagua (Trad.), Aguiar (Madrid, 1971).
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Trads.), Thomson Civitas (Madrid, 2003).
- RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto, *Punição e estrutura social*, Revan/Instituto Carioca de Criminologia (Rio de Janeiro, 2004).
- SANTOS, Boaventura de Souza, *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*, Boitempo (São Paulo, 2007).
- SCHMITT, Carl, *Teología política*, em ORESTES AGUILAR, Héctor, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica (México, 2001).
- _____, *Legalidad y legitimidad*, em ORESTES AGUILAR, Héctor, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica (México, 2001).
- _____, *El "Führer" defiende el derecho. El discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934*, em ZARKA, Yves-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropos (Barcelona, 2007).
- _____, *El concepto de lo político*, Alianza (Madrid, 1998).
- _____, *Estructura del Estado y Derrumbamiento del Segundo Reich. La Lógica de la Sumisión Espiritual*, Reus (Madrid, 2006).
- _____, *El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Hammurabi (Buenos Aires, 2006).
- _____, *La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío. Comentario final en el Congreso del Grupo del Reich de Profesores Universitarios de la Unión Nacionalsocialista de Juristas de los días 3 y 4 de octubre de 1936*, em ZARKA, Yves-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropos (Barcelona, 2007).
- _____, *La Constitución de la libertad*, em ZARKA, Yves-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropos (Barcelona, 2007).

- _____, *La legislación nacionalsocialista y la reserva del "ordre public" en el Derecho Internacional Privado*, em ZARKA, Yves-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropos (Barcelona, 2007).
- SCHÜNEMANN, Bernd, *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, Mariana Sacher (Trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia de derecho penal y en la criminología*, UNED (Madrid, 2001).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas (Madrid, 2001).
- WACQUANT, Loïc, *Punir os pobres*, Revan (Río de Janeiro, 2003).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar (Buenos Aires, 2006).
- _____, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Themis (Bogotá, 1988).
- _____, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar (Buenos Aires, 2003).
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar (Buenos Aires, 2005).
- ZARKA, Yves-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropos (Barcelona, 2007).

PRISIÓN PREVENTIVA Y SENTENCIA ABSOLUTORIA, UN ASUNTO PENDIENTE*

CUSTODY AND ACQUITTED, A CASE PENDING

CRISTIÁN MALEBRÁN EYRAUD**
 Abogado, Defensor penal

RESUMEN

Junto a las normas sustantivas, el Derecho procesal penal juega un rol preponderante en el ejercicio del sistema de justicia criminal, es por ello que creemos debe constituir una preocupación y ocupación permanente de aquellos que participan en la puesta en movimiento de la maquinaria procesal penal, sea como operadores directos en audiencia o como aquellos que forman y son formados en las aulas, la observación y análisis crítico del funcionamiento del sistema antes indicado. Así entonces, el estudio de la situación del acusado que privado de su libertad, es luego declarado absuelto, consideramos es un tópico que resulta interesante de abordar, debido al precario resguardo que actualmente se le dedica. De manera que, sin aspirar a intentar solucionar el problema de fondo, que conlleva la existencia del instituto de la prisión preventiva en el actual ordenamiento jurídico, básicamente la problemática en torno a la cual girarán las ideas que aquí se intentará exponer, tienden a observar si dichas personas, en tales circunstancias, se encuentran o no efectivamente amparadas, en el resguardo de los derechos que durante el tiempo que estuvieron privados de libertad, fueron inobservados.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares, presunción de inocencia, prisión preventiva, mecanismos de restauración.

ABSTRACT

Along with the substantive rules of criminal procedure law plays an important role in exercising the criminal justice system, which is why we should be a concern and permanent occupation of those involved in setting in motion the machinery of criminal procedure either as direct operators in open court or as those that shape and are shaped in the classrooms, observation and critical analysis of the functioning of the above. So then, the study of the situation of the accused deprived of his liberty, is then acquitted, we believe it is a topic that is interesting to address, due to poor shelter currently expended. So, without aspiring to try to solve the underlying problem, which implies the existence of the institute of preventive detention in the current legal system, basically the problem in which revolve around the ideas that try to explain here, tend to look if such persons, in such circumstances are or are not covered effectively in the protection of rights during the time they were prisoners, were unobserved.

KEY WORDS: *Precautionary measures, the presumption of innocence, detention, mechanisms of restoration.*

* Ponencia presentada en el Primer Encuentro Estudiantil de Derecho Penal y Política Criminal, realizado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile el 27, 28 y 29 de abril del año 2011.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat, sede Iquique-Chile. Defensor penal en Iquique. Correo-e: cristian3420@gmail.com

I. UN PAR DE CONCEPTOS TEÓRICOS BÁSICOS

El proceso como lo define Couture, “está compuesto por una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente en el tiempo, con objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión”¹. De manera que generado un conflicto de intereses de relevancia jurídica, hasta que se resuelve por el juez, o redefine como propone Binder², necesariamente transcurre un espacio de tiempo. Tiempo en el cual ciertas conductas del sujeto pasivo de la pretensión hecha valer, pueden frustrar el cumplimiento de la posible sentencia favorable que obtenga el sujeto activo del procedimiento. Piénsese por ejemplo, en la fuga del imputado en el procedimiento penal o en la enajenación de los bienes del ejecutado en el procedimiento ejecutivo civil. En ambos casos, aun cuando el persecutor o el ejecutante, obtuviesen una sentencia acorde a su pretensión, esta resultaría en la práctica –valga la contradicción– impracticable.

Para evitar estas complicaciones, se entiende que a través de las medidas cautelares, el ordenamiento garantiza que las resoluciones judiciales que se adopten, serán efectivamente cumplidas, legitimándose el proceso, como un mecanismo eficaz de resolución de conflictos de relevancia jurídica. Lo anterior sin perjuicio que –como advierte Zaffaroni– las medidas cautelares del Derecho privado, producen una limitación al derecho patrimonial, que, en caso de resultar injustificado, debe repararse en la misma forma, o sea, mediante dinero o bienes, pues se trata de perjuicios y reparaciones de la misma naturaleza. En el caso de la prisión a no condenados, la lesión se produce en la vida misma del sujeto y no hay forma alguna de repararlo en algo de igual naturaleza (sobre este punto nos referiremos más adelante), porque el tiempo de vida que se le quitó al preso, no puede devolverse en tiempo de vida, la existencia no puede devolverse en existencia³.

No obstante lo advertido, se acepta generalmente que las medidas cautelares cumplen por esencia una función de aseguramiento, estando destinadas a evitar el peligro de ineficacia de una resolución judicial, de ahí su denominación, pues cautelan, aseguran o garantizan el cumplimiento efectivo de la sentencia⁴.

Históricamente uno de los primeros exponentes de estas medidas fue Piero Calamandrei, para quien lo que las caracteriza son su provisionalidad y su instrumentalidad. Estando dado su carácter provisional por cuanto los efectos propios de estas medidas tienen una duración limitada en el tiempo, y su naturaleza instrumental, se traduce porque lejos de constituir un fin en sí mismas, están preordenadas a la dictación de una ulterior providencia definitiva, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente. Asimismo, este autor explica que son requisitos necesarios para que sean decretadas, la existencia de

¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 4ª Edición, Editorial B de F (Buenos Aires, 2007), p. 99.

² El autor citado plantea que “... hasta se podría decir que el Derecho nunca soluciona nada: que lo que hace, en realidad, es redefinir los conflictos humanos, a veces de un modo más aceptable para todas las partes involucradas. Otras veces, redefine el conflicto imponiendo esa redefinición a alguno o todos los involucrados apoyándose en la fuerza estatal, Véase: BINDER M., Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, Editorial Ad-Hoc, Segunda edición (Buenos Aires, 2004), p. 29.

³ VITALE, Gustavo, *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, Editorial Hammurabi (Buenos Aires, 2007), p. 17.

⁴ DURÁN FUICA, Rodrigo, *Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal*, Editorial Librotecnia (Santiago, 2003), p. 92.

dos presupuestos: la apariencia o humo del buen derecho (*fumus boni iuris*) y el riesgo derivado del retardo (*periculum in mora*). El primero exige que en el proceso esté notoria la posibilidad de que la resolución final declarará el derecho en el sentido favorable de aquel que solicita la medida cautelar y, el riesgo derivado del retardo, quiere decir que exista un peligro que durante el tiempo que comienza el procedimiento hasta que queda firme la resolución definitiva, pudiera sobrevenir un hecho que frustre o dificulte la eficacia de la resolución jurisdiccional⁵.

En el procedimiento penal es el propio mensaje del Código procesal penal el que indica, en relación a estas medidas, que: "... a partir del reconocimiento de la necesidad de proteger los objetivos del procedimiento respecto de actuaciones del imputado que pudieran afectarlos, se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas, que restringen los derechos del imputado, cuando ello aparezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación, para proteger a las víctimas o para asegurar los resultados pecuniarios del juicio..."⁶.

Como se aprecia, estas medidas se encuentran expresamente reconocidas y atendiendo al objeto inmediato al cual van dirigidas, se clasifican en medidas cautelares personales y reales, según afecten, la libertad personal o impongan limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.

De acuerdo a la opinión de los profesores Horvitz Lennon y López Masle, las medidas cautelares personales importan formas de privación o restricción del derecho fundamental a la libertad personal del imputado, derecho reconocido en el artículo 9.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, séptimo de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y 19 n° 7 de la Constitución Política de la República⁷.

El reconocimiento y aplicación de las providencias cautelares, en particular, la de prisión preventiva, genera un tenso conflicto de intereses, encontrándose por un lado, los derechos del imputado y por el otro, la eficiencia del proceso penal⁸.

La discusión doctrinaria al respecto es vasta y no han sido pocos los autores que han dedicado parte importante de su tiempo al estudio de la prisión preventiva, corriendo ríos de tinta en el intento de dilucidar si la aplicación de esta medida cautelar es o no legítima en un Estado social y democrático de Derecho, alzándose así este tema, como uno de los más candentes del debate jurídico, en el que se conjugan las abstracciones teóricas expuestas por connotados pensadores, con la práctica cotidiana vivenciada por quienes se ven privados de libertad en razón de esta institución.

Precisamente aquí hemos de reiterar que el objeto de este ensayo está centrado en la observación de una situación puntual, cual es la del preso absuelto y las consecuencias de aquello, ya que intentar otorgar un razonamiento definitorio global del denominado "problema de fondo", rebasa con creces, al menos por el momento, el cauce que intentamos navegar y el objetivo que esta investigación persigue. Lo anterior no obstante es

⁵ *Ibidem*, p. 93.

⁶ Mensaje Código procesal penal chileno.

⁷ HORVITZ LENNON, María Inés y MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2007), p. 347.

⁸ DURÁN FUICA, Rodrigo, cit. (n. 4), p. 97.

insoslayable al menos mencionar escuetamente, lo llamativo que resulta el reconocimiento simultáneo, por un lado, de la presunción de inocencia, construido como principio hace ya dos siglos en base a las revoluciones ciudadanas, que intentaron quebrar las atroces prácticas del viejo sistema de justicia penal y fundar un nuevo régimen de gobierno sobre pautas más racionales, igualitarias y justas, levantándose esta presunción como valla frente a la arbitrariedad y a la aplicación de la pena de sospecha del sistema inquisitivo⁹, y por otro, al mismo tiempo, se erige en el ordenamiento esta institución como herramienta aseguradora de los fines del procedimiento penal.

Así entonces, aún resuena lo dicho hace años por Manzini en cuanto a que no habría “nada más injustamente paradójico e irracional”¹⁰ que la llamada presunción de inocencia. De la misma manera y en este mismo sentido valga además mencionar, como elemento aparentemente corrosivo de la citada presunción, lo contenido en el artículo 348 inciso segundo del Código procesal penal, el que plantea entre sus ideas el hecho que al dictarse sentencia condenatoria, se fijará con precisión el día en que aquella comenzare a contarse, abonándose para efectos del cumplimiento de la sentencia, el tiempo que el imputado (ahora condenado) hubiere estado sujeto a prisión preventiva.

Como hemos dicho anteriormente, el discurso doctrinario es extenso, añadiéndose por los autores que al aplicarse como medida cautelar personal la de prisión preventiva, además de verse afectado el derecho a la libertad personal, son vulnerados el derecho al juicio previo y la presunción de inocencia. Pese a ello, se intenta legitimar esta institución, entendiéndose que no se verían transgredidas tales garantías, siempre y cuando sea utilizada esta medida con fines estrictamente adjetivos y no sustantivos. Así entonces, la prisión preventiva sería legítima, siempre que no se hiciera de ella una especie de cumplimiento anticipado de pena, pues si aquello ocurriese, la prisión preventiva abusivamente atentaría contra las garantías antes indicadas y perdería en consecuencia la legitimidad que la sostiene. En relación a lo anterior, Ferrajoli plantea que no solo el abuso de la prisión preventiva, sino tan solo el uso de este instituto, resulta radicalmente ilegítimo e idónea para provocar el desvanecimiento de todas las demás garantías procesales y penales, proponiendo para superar tal problema, la abolición de esta medida cautelar, al menos hasta la conclusión del juicio de primera instancia¹¹.

Como se ve (quizás con extrema superficialidad), el debate no es para nada pacífico, y si bien se reconoce por la doctrina que el nuevo proceso penal logró en base al establecimiento expreso de la presunción de inocencia, etiquetar a esta cautelar como excepcionalísima, lo cierto es que hoy en día el conjunto de políticas que se impulsan en favor de alcanzar la anhelada seguridad ciudadana, tienden más a la generalidad que a la excepcionalidad en la aplicación de esta medida¹². En este sentido valga recordar, lo

⁹ BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto (Buenos Aires, 2006), p.121.

¹⁰ Citado por FALCONE A., Roberto, *Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal*, Editorial Ad-Hoc (Buenos Aires, 2007), p. 13.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 8ª Edición, Editorial Trotta (Madrid, 2006), pp. 549 y ss.

¹² Según las estadísticas de Gendarmería de Chile, actualizadas al 30 de abril de 2011, el total de imputados presos alcanza la suma de 10.564 personas.

señalado hace algunos años por Zaffaroni, quien propugnaba que “la prisión preventiva equivale a la condena y la sentencia definitiva tras el juicio, se asemeja a la revisión del proceso, mediante el cual se resuelve si debe dejarse al imputado en libertad o si, por el contrario, este debe continuar cumpliendo pena”¹³.

Junto con lo anterior, también resulta inevitable señalar dentro de este acápite, que originalmente los objetivos que tuvo la prisión preventiva fueron los de asegurar la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento y asegurar su presencia a la eventual ejecución de la sentencia condenatoria. Siendo la hipótesis de peligrosidad, particularmente la de peligrosidad para la seguridad de la sociedad, la última en incorporarse dentro del catálogo de causales que la hacen procedente, criticándose por parte de la doctrina tal causal, al considerarse que en dichos casos, la prisión preventiva no cumple un objetivo cautelar propiamente tal, sino que más bien, viene a satisfacer un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad, aspirando así esta institución netamente procesal a fines más bien sustantivos, propios de las teorías de la prevención general negativa, que ilustran la naturaleza y fin de la pena¹⁴.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Anexo a las discusiones doctrinarias antes esbozadas, ocurre en ciertos casos, que aquel que durante el procedimiento estuvo sujeto a prisión preventiva, es luego declarado absuelto en la audiencia de juicio oral¹⁵.

Sin siquiera calificar si tal situación resulta o no una problemática, lo cierto es que esta constituye una realidad, de manera que como tal, su estudio y observación ha de interesar a la Ciencia Jurídica.

Decimos que lo anterior constituye una realidad, en base a lo informado por la defensora nacional, quien en su cuenta pública del año recién pasado, advirtió que tal situación se produjo, al menos, en 639 casos a nivel nacional¹⁶, casos que fuera de figurar en ciertos estudios estadísticos o esquivamente en algunos titulares de prensa, creemos no han sido hasta el día de hoy, debidamente reparados por quien corresponda, en base a una política criminal que se haga cargo de esta situación, en la cual existiría por parte del sistema de justicia criminal, una deuda pendiente en favor de aquellos que en pos de la eficacia del procedimiento, no tuvieron más opción que ver limitada su libertad personal, por una imputación que finalmente en la audiencia de juicio oral, es desechada por el Tribunal, al considerarla insuficiente para generar una convicción más allá de toda duda razonable, que permita dictar sentencia condenatoria.

¹³ Citado por Falcone A., Roberto en *Revista procesal penal* 27, noviembre (2004), p. 29.

¹⁴ AGUILAR BAILEY, Marcelo, *La prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal*, Editorial Jurídica La Ley (Santiago, 2004), p. 145.

¹⁵ Similar situación fáctica ocurre respecto de aquellos imputados, que habiendo estado sujetos a la cautelar de prisión preventiva, son posteriormente sobreseídos total y definitivamente, al comunicar el persecutor su decisión de no perseverar.

¹⁶ Cuenta pública año 2010, Defensoría penal pública. En línea, p. 41 (citado el 4 de marzo del 2011). Disponible en World Wide Web: http://www.dpp.cl/Documentos/cuenta_publica/20100528.06050444MEMORIA_2009.PDF:

Esta situación se ha dado desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en forma ascendente. Así en el año 2001, se verificó en once oportunidades y el 2009 en 639 casos. A nivel local, en la Región de Tarapacá, el año 2009 el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, dictó un total de 228 sentencias, de estas 178 fueron condenatorias, 23 absolutorias y 27 mixtas¹⁷. De las absolutorias “puras” en 15 oportunidades estuvo vigente la cautelar en comento y de las mixtas, en 24 casos, ello arroja un total de 39 oportunidades en los que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, dictó sentencia absolutoria para imputados que durante la tramitación del procedimiento penal, estuvieron sujetos a prisión preventiva¹⁸.

En cuanto al origen de esta situación, parece ser que no es posible fijar criterios generales que faciliten la determinación y atribución de responsabilidades en situaciones como las descritas, resultando entonces necesario estudiar casuísticamente cada caso en que lo anterior tenga lugar, para así lograr establecer con claridad el operador procesal, sea el Tribunal, fiscal, abogado defensor o querellante, a quien sea posible imputar, si esto es procedente, los perjuicios sufridos por el imputado al verse privado de libertad durante la tramitación del procedimiento penal que no solo se limitan a una cuestión meramente económica, sino que se traducen a un conjunto inconmensurable de perjudiciales consecuencias.

Superado tal estudio y teniéndose claro el sujeto o interviniente procesal a quien sea posible atribuir tales consecuencias, podrán recién ponerse en movimiento los mecanismos previstos por la ley, para hacer efectivas las responsabilidades que en estas circunstancias en Derecho correspondan. Traduciéndose aquello en la reparación de los perjuicios patrimoniales y morales sufridos por estas personas, que sin perjuicio de lo señalado al inicio de este ensayo, en relación a que—tratándose de los presos no condenados la lesión se produce en la vida misma del sujeto y no hay forma alguna de repararlo en algo de igual naturaleza, por cuanto el tiempo de vida que se le quitó al preso no puede devolverse en tiempo de vida, así como la existencia

¹⁷ Esta categoría obedece a aquellas situaciones en que habiendo un solo imputado aquel es acusado de dos o más delitos, siendo absuelto de uno y condenado por el otro; asimismo se generan este tipo de sentencias en aquellos casos en que habiendo dos o más acusados, uno de ellos es absuelto y el otro condenado

¹⁸ Esta información es fruto de una investigación delimitada temporalmente al año 2009 y espacialmente a la Primera Región de Tarapacá. Su elaboración fue necesaria ya que no se encontraron estadísticas coordinadas entre los distintos operadores del proceso penal. En este sentido valga mencionar como ejemplo de lo anterior, que el Fiscal Nacional informó en su cuenta pública de 2010, que el Ministerio Público participó en 7.608 juicios orales el año 2009 y por otro lado, la Defensora Nacional comunica en la cuenta pública del mismo año, que tal organismo estuvo presente en un total de 11.062 juicios orales, evidenciándose así, una aparente descoordinación en la exposición de estos datos y surgiendo entonces, la necesidad de recopilar con la mayor precisión esta información que por su carácter cuantitativo, permite el análisis de situaciones como estas, mediante mecanismos propios de la sociología jurídica. Entre los datos llamativos de los obtenidos, valga indicar que del total de causas finalizadas por sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, solo en 3 de ellas se entendió por el persecutor, que el delito imputado se encontraba en grado de desarrollo frustrado y en todas las otras investigaciones el imputado es acusado de haber perpetrado el ilícito como autor del mismo. Tomando vida las palabras del profesor Soto Piñeiro, quien en sus ponencias relativas a la intervención criminal, ha sostenido que en la práctica, el sistema procesal penal chileno solo persigue a autores de delitos consumados. Asimismo se observa que esta situación, se produjo en 16 ocasiones al no concurrir los requisitos para dar por configurado el ilícito y en 23, porque habiéndose probado la concurrencia de los elementos del tipo, no existieron antecedentes unívocos suficientes, que vinculen al acusado con tales conductas. Otro dato no menor en el planteamiento del problema aquí propuesto, está dado por el tiempo que los imputados estuvieron sujetos a la medida cautelar personal de prisión preventiva, el que en promedio fue de 321,92 días.

no puede devolverse en existencia— creemos, que aun pese a tal innegable razonamiento, sería adecuado y congruente con el concepto de dignidad, que ha de constituir la piedra angular sobre la cual se edifica el ordenamiento, que el sistema de justicia ofrezca a estas personas, mecanismos eficientes y accesibles, para materializar la restauración del menoscabo causado.

III. MECANISMOS PARA INTENTAR LA RESTAURACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS

a) *Algunas consideraciones relativas al error judicial.* Aquí la pregunta es la que sigue: ¿Puede reclamarse la responsabilidad patrimonial del Estado juzgador, basado en la existencia de un error en la resolución que decretó la prisión preventiva?

Lo anterior lo planteamos advirtiendo sin embargo, que es inadecuado creer que necesariamente la aplicación de la prisión preventiva llevaría al imputado a adquirir posteriormente la calidad de condenado, pues de entender aquello, se desvirtuaría el real contenido de esta medida cautelar y del proceso penal en sí¹⁹.

Al respecto, la Constitución Política de la República prevé en su artículo 19 número siete, letra i), la figura de la indemnización por error judicial, complementado por el Auto Acordado dictado por la Excelentísima Corte Suprema el 24 de mayo de 1996, en los siguientes términos: Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución judicial que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado, de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en proceso breve y sumario y en él, la prueba se apreciará en conciencia.

Esta garantía encuentra su precedente en el artículo 20 de la Constitución del año 1925, que establecía: Todo individuo a favor de quien se declare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización.

Fue sin embargo la Constitución de 1980, la que le dio vida efectiva a esta institución, que hasta ese entonces, figuraba como una mera aspiración²⁰.

En nuestra historia constitucional se observa entonces, que el error judicial en cuanto a su redacción ha pasado de un extremo a otro. Siendo la calificación que la Excelentísima Corte Suprema debe otorgar a esta resolución, aquella que enciende con mayor fulgor, el debate doctrinario y jurisprudencial.

Así los profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira entienden que para que se considere por el Máximo Tribunal de la República, que una resolución tenga tal carácter, es necesario que, además de ser contradictoria con la razón, se haya decretado de manera irregular y caprichosa. Debiendo carecer rotundamente de motivación y racionalidad, puesto que si tal resolución, que posteriormente resulta errónea, se hubiera fundamentado en antecedentes que llevaron al juez a apreciar como hecho punible o como grado de responsabilidad, un

¹⁹ GARRIDO MONTT, Mario, *La indemnización por error judicial en Chile*, en *Ius et Praxis* 1 (Talca, 1999), pp. 473 a 482.

²⁰ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, t. I, 2ª Edición, Editorial Andrés Bello (Santiago, 1997), pp. 246 y ss.

comportamiento que con posterioridad se determinó que no era tal, el error producido sería razonable y por ende, no susceptible de indemnización alguna²¹. Por su parte, el profesor Cea Engaña grafica esta resolución, como aquel fallo cuya dictación equivale al delito de prevaricación o torcida administración de justicia, pues en su opinión no es suficiente para configurar el error judicial una negligencia leve. Debiendo tratarse entonces de un caso en el que el magistrado ha dejado patente la desidia extrema en el estudio de los antecedentes del proceso, su falta de acuciosidad y equilibrio en la evaluación de los autos, la insostenible calificación jurídica que hizo de los hechos y sus secuelas, de todo lo cual se colige, que existe error y que este es, además, inexplicable, inadmisibles o inaceptable, quedando la culpa grave y el dolo como causales únicas para explicar, sin jamás justificar, tan reprochable incumplimiento del ministerio judicial²². En el debate jurisprudencial, se ha considerado que tiene este carácter la resolución que: constituye un error inexplicable, está desprovista de toda medida que la hiciera comprensible, falta de toda racionalidad, adolece de un error grave, exento de toda justificación y aquellas sentencias que aluden al capricho judicial, sugiriendo incluso un comportamiento cercano al dolo.

Tan exigente requisito de admisibilidad, se justificaría, ya que censurar excesivamente la conducta de los jueces del Crimen, importaría eventualmente un debilitamiento de la justicia, porque algún margen de error en la conducción de los procesos criminales es inevitable²³.

Advertidas las complicaciones que se tienen que superar para lograr obtener una reparación de los perjuicios morales y patrimoniales a través de esta institución, cabe además añadir en consideración a la actual redacción de esta garantía, que solo podría ser objeto de este mecanismo procesal, una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, respecto de quien hubiere sido condenado en cualquier instancia que posteriormente la Corte Suprema declara injustificadamente errónea o arbitraria. Lo anterior, ya que en el actual proceso no existe la resolución de sometimiento a proceso o encartatoria de reo. De manera que la resolución que decreta la prisión preventiva, y aquí respondemos la pregunta planteada anteriormente, aun cuando llegase a cumplir los exigentes requisitos ya comentados, no es posible de reparar mediante esta vía. Ese al menos ha sido el razonamiento que la Excelentísima Corte Suprema ha plasmado recientemente en la sentencia recaída en el caso Margarita del Carmen Venegas Soto contra Fisco de Chile, Rol N° 3815-2006, del 1 del julio de 2008, junto con tal argumento, la Corte Suprema añade además, en el considerando segundo del mismo fallo, que en la discusión parlamentaria verificada con motivo de una de las últimas modificaciones constitucionales, se propuso por la Cámara de Diputados sustituir la frase “el que hubiere sido sometido a proceso” por “el que hubiere sido privado de libertad, acusado”, pero esta iniciativa no se concretó al no contar con el quórum necesario²⁴, significando para el razonamiento de la

²¹ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, t. II, Editorial Universidad Católica de Chile (Santiago, 2002), p. 264.

²² ZÚÑIGA ÚRBINA, Francisco, *La acción de indemnización por error judicial, reforma constitucional, regulación infra constitucional y jurisprudencial*, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2 (Santiago, 2008), pp. 15-41.

²³ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2006), p. 525.

²⁴ Puede verse este fallo en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAAABexGAAE&consulta=100&glosa=&causa=3815/2006&numcua=17529&secre=UNICA;

Corte Suprema tal frustración de dicha iniciativa, una consolidación de la consideración anterior²⁵.

b) *En cuanto a la responsabilidad que le puede caber al Fisco por el actuar del Ministerio Público en situaciones como las descritas.* Uno de los principios que informan la estructura y funciones del Ministerio Público, es el de responsabilidad, es el artículo 45 de la Ley N° 19.640 el que establece que los Fiscales tendrán responsabilidad civil, disciplinaria y penal, por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con la ley. Dejando de lado las eventuales responsabilidades de naturaleza penal y administrativa, en relación a lo estudiado en este ensayo, hemos de concatenar tal norma con lo dicho por el artículo quinto de la misma ley, precepto que en su redacción resulta bastante similar a la ya comentada garantía constitucional, al señalar en su primera parte que, el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.

Así vale preguntarnos, ¿podría por esta vía el perjudicado, demandar al Fisco, por los perjuicios ocasionados con motivo u ocasión, de la resolución dictada por el Tribunal que decreta la prisión preventiva, fundada en la solicitud y sustento esgrimido por el persecutor?

Aun cumpliéndose los requisitos del artículo quinto de la Ley N° 19.640, relativos a constituir esta actuación del persecutor una conducta injustificadamente errónea o arbitraria, traduciéndose ello, según el profesor Dorn Garrido, en la verificación de gestiones del persecutor que sean francamente temerarias o arbitrarias, no bastando el mero yerro, sino que tratándose de actuaciones decretadas por el Ministerio Público, que carezcan de un vínculo mínimo de lógica y racionalidad dentro del contexto de los antecedentes que obran en la investigación²⁶. Se ha entendido que no sería este el mecanismo idóneo para obtener del Fisco la reparación en comento, ya que como explica el ministro del Tribunal Constitucional don Hernán Vodanovic Schnake²⁷, la prisión preventiva corresponde a un acto de naturaleza jurisdiccional, por tanto, al estarle proscritas al Ministerio Público el ejercicio de tales funciones, cualquier pronunciamiento sobre el fondo de una acción indemnizatoria que censura un acto de atribución jurisdiccional exclusiva, aunque derive de actuaciones del Ministerio Público, importaría ponderar la actuación del órgano judicial, y ello está vedado sin el previo paso constitucional²⁸.

Tal ha sido el criterio manifestado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia en un fallo dictado con fecha 29 de abril de 2005, en la causa “Catalán con Fisco”, Rol 162-2005²⁹.

²⁵ Para intentar superar esta situación, actualmente se tramitan en el Congreso iniciativas parlamentarias que intentan modificar o reemplazar la garantía constitucional comentada, véanse los boletines: 5745-07; 6083-07; 6310-07; 6564-07; 6722-07; 7277-07 y, el boletín 2809-07.

²⁶ DORN GARRIDO, Carlos, *Responsabilidad extracontractual del Estado por actos del Ministerio Público*, en *Revista de Derecho* 13, Consejo de Defensa del Estado (Santiago, 2005), pp. 13 - 26.

²⁷ VODANOVIC SCHNAKE, Hernán, *Aspectos de las indemnizaciones por error judicial y por conductas erróneas del Ministerio Público, con el nuevo sistema procesal penal*, en *Revista de Derecho* 13, Consejo de Defensa del Estado (Santiago, 2005), pp. 209-214.

²⁸ Ídem.

²⁹ En: línea (citado el 4 de marzo del 2011). Disponible en World Wide Web: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/dde4d8004fbf724cb831bb46ce4e7365/17.pdf?MOD=AJPERES>;

Todo lo anterior sin perjuicio que eventualmente podríamos considerar que para vencer tal obstáculo, sería procedente impetrar contra el Estado una pretensión reparatoria como forma de responsabilidad por falta de servicios, fundada en la inobservancia del persecutor –si hubiere sido así claro está, y por ello resulta necesario el estudio previo de los casos en que esta situación tenga lugar– del principio de objetividad.

c) *En relación a la responsabilidad del abogado defensor.* Al no encontrar norma que expresamente prevea este tipo de situación fáctica, creemos el tratamiento que se le pueda dar, resulta más bien especulativo y por ende cuestionable.

Así por ejemplo, podríamos sostener que si se trata de un defensor penal privado se celebra entre aquel y el imputado una especie de contrato de prestación de servicios y, generando todo contrato como consecuencia un catálogo de derechos y obligaciones, la inobservancia de alguno de ellos podría, según las reglas generales, llevar a uno de los contratantes a demandar al otro por incumplimiento de lo convenido.

Sin embargo, no se observan nítidamente mecanismos que permitan determinar cuándo se produciría tal problemática, ya que si asumimos que se celebra tal convención, al descansar ella en el solo acuerdo verbal, difícil resultaría discernir en qué casos hay un incumplimiento del mismo. Además, en nuestro país no es habitual que se persiga judicialmente este tipo de responsabilidad de los abogados.

Por su parte, tratándose del defensor penal público, parece ser que la relación jurídica se da entre el Estado y el imputado, como una relación de Derecho público, y en consecuencia se eventualmente se generaría alguna especie de responsabilidad del Estado por falta de servicios, si el defensor no observa en su gestión, los denominados estándares de defensa, que le imponen parámetros destinados a proporcionar a los beneficiarios del servicio una defensa penal de calidad, real y efectiva³⁰.

Otro factor a tener en cuenta para determinar si acaso es o no posible impetrar una pretensión indemnizatoria por parte del absuelto en contra de quien fuera su defensor, está dado por una situación fáctica, pues en la práctica se observa que el perjudicado no asume respecto de su defensor una actitud de reproche, sino de agradecimiento. De manera, que creer que un agradecido posteriormente intente alguna pretensión contra aquel que, con su buena o mala gestión, obtuvo de todas maneras la absolución del imputado, resulta poco probable.

d) *Algunas ideas de la responsabilidad del querellante.* En el tratamiento que se da al querellante en el Código procesal penal, no encontramos alguna norma que regule las eventuales responsabilidades civiles en las cuales pueda incurrir, por lo cual creemos que en dichas situaciones, extrapolando a este estadio, el razonamiento antes desarrollado relativo a la responsabilidad del actuar del persecutor, parece ser que de intentarse alguna acción contra el querellante, sería similar el juicio del Tribunal, para rechazar tal solicitud. Haciéndose pedregoso el camino a seguir, para intentar lograr obtener de parte del querellante, una reparación que indemnice los perjuicios sufridos por el imputado o acusado que luego es absuelto en el procedimiento penal.

³⁰ En línea (citado el 4 de marzo del 2011). Disponible en World Wide Web: <http://www.defensoriapenal.cl/estandares/introduccion.php>; (visto con fecha 03 de Diciembre del 2010).

IV. CONCLUSIONES

Lejos de aspirar a dar respuestas definitivas en torno a un tema que invita a su exploración, creemos que mientras no sea solucionado el problema de fondo en relación a la institución de la prisión preventiva, al menos debemos intentar solucionar o morigerar los problemas accesorios que de ella derivan, siendo uno de ellos, esta situación, que a 10 años de la entrada en vigencia gradual de la Reforma Procesal Penal, en virtud a los principios de responsabilidad e igualdad ante la ley, garantizados por la Constitución Política de la República, merece, en congruencia con las directrices propias de un Estado social y democrático de Derecho, un tratamiento que vele por los derechos de estas personas.

Lo anterior, como advierten algunos, importaría un incentivo a los operadores del sistema, sobre todo a magistrados y fiscales, para utilizar las herramientas jurídicas de las que disponen de forma más equilibrada y prudente, limitándose a afectar la libertad personal individual de los imputados o acusados, solo en aquellos casos en que realmente se justifique jurídica y fácticamente esta medida cautelar de *ultima ratio*.

Para terminar quisiera compartirles, como reflexión, parte del prólogo de la monografía *Encarcelamiento de presuntos inocentes* de Gustavo Vitale:

(...) ¿Cómo podemos discutir tranquilos estas temáticas mientras tantos semejantes reciben el tormento de la cárcel sin saberse siquiera si cometieron delito alguno?

¿Cómo se pueden reparar los terribles suplicios que sufren los encarcelados que recuperan su libertad recién cuando se les declara inocentes?

Escribirles a ellos, a los presuntos inocentes que se desangran en los presidios no alcanzará para borrar los desangradores sufrimientos, pero sí, muy posiblemente, para lograr –algún día– un mundo más humano.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BAILEY, Marcelo, *La prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal*, Editorial Jurídica La Ley (Santiago de Chile, 2004).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2006).
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Editorial Ad-Hoc (Buenos Aires, 1993).
- BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales (Santiago, 2004).
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª Edición, Editorial B de F (Buenos Aires, 2007).
- CAROCCA PÉREZ, Alex, *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, Editorial Jurídica La Ley Ltda. (Santiago, 2003).
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Tomo II, Editorial Universidad Católica de Chile (Santiago, 2002).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *El juicio oral*, Editorial Metropolitana (Santiago, 2003).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*, Editorial Librotecnia (Santiago, 2003).
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas *Manual del nuevo procedimiento penal*, Editorial LexisNexis, 4ª Edición (Santiago, 2005).
- DURÁN FUICA, Rodrigo, *Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal*, Editorial Librotecnia (Santiago, 2003).
- DI LERTORA, Romeo, *La transición al nuevo proceso penal*, Tomo I, Editorial Jurídica La Ley (Santiago, 2004).
- DORN GARRIDO, Carlos, *Responsabilidad extracontractual del Estado por actos del Ministerio Público*, en *Revista de Derecho* 13, Consejo de Defensa del Estado (Santiago, 2005).
- DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristian, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2007).
- FALCONE, Roberto, *La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de Derechos Humanos y la ley procesal penal*, en *Revista Procesal Penal* 27 (noviembre, 2004).
- GALLAHER HUCKE, Alexander, *La presunción de inocencia y la presunción de voluntariedad*, Editorial Jurídica ConoSur (Santiago, 1996).
- GARRIDO MONTT, Mario, *La indemnización por error judicial en Chile*, en *Ius et Praxis* 1 (Talca, 1999).
- ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho penal parte especial*, Tomo III, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2005).
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 8ª Edición, Editorial Trotta (Madrid, 2006).

- HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2007).
- LONDOÑO, Fernando y otros, *Reforma procesal penal, Génesis, historia sistematizada y concordancias*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2003).
- MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, Editorial Jurídica ConoSur (Santiago, 1995).
- MATURANA MIQUEL, Cristian, *Separatas de Derecho procesal penal* (2004).
- MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Libromar Ltda. (Valparaíso, 2001).
- MERA FIGUEROA, Jorge, *Hurto y Robo*, Editorial Jurídica ConoSur (Santiago, 1995).
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *La responsabilidad del Estado por error judicial*, en *Gaceta jurídica* 275, mayo (Santiago, 2003).
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Penal anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2001).
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 25ª Edición, Editorial del Puerto (Buenos Aires, 2003).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2007).
- VERDUGO MARINKOVIC y otros, *Derecho constitucional*, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Andrés Bello (Santiago, 1997).
- VODANOVIC SCHNAKE, Hernán, *Aspectos de las indemnizaciones por error judicial y por conductas erróneas del Ministerio Público con el nuevo sistema procesal penal*, en *Revista de Derecho* 13, Consejo de Defensa del Estado (Santiago, 2005).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *La acción de indemnización por error judicial, reforma constitucional, regulación infraconstitucional y jurisprudencial*, en *Revista de Estudios Constitucionales* 2, año 6 (Santiago, 2008).

DEFENSA ACTIVA, UN IMPERATIVO PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PENALES PÚBLICOS

ARTURO ZEGARRA WILLIAMSON¹
 Universidad Arturo Prat

RESUMEN

La Reforma Procesal chilena demandó diferentes desafíos al momento de ser implementada, uno de ellos fue concretar de manera eficiente el derecho a defensa de quien fuera perseguido por los órganos punitivos estatales, imperativo ético de una sociedad democrática respetuosa del estado de derecho, creando la Defensoría Penal Pública. En este artículo se hace un somero análisis de las razones por las que se crea tal institución y el rol que le corresponde en la defensa efectiva de los imputados en el proceso penal.

PALABRAS CLAVE: Defensa – Investigación – Estándares – Proceso

ABSTRACT

The Chilean reform process different challenges demanded be implemented when one of them was to efficiently realize the right to defend who was persecuted by the state punitive bodies, the ethical imperative of a democratic society that respects the rule of law, creating the Ombudsman Public criminal. This article presents a brief analysis of the reasons forest a blishing such an institution and the role that corresponds to the effective defense of the accused in criminal proceedings.

KEY WORDS: Defense -Research -Standards -Process

La Reforma Procesal Penal chilena ha sido sin duda un proceso jurídico-político de máxima trascendencia que se inscribe en un contexto más amplio: la modernización del Estado. No se trata de otra cosa, entonces, que parte de las tareas necesarias que deben emprenderse para alcanzar mejores condiciones de vida de todos los habitantes sin distinción de ningún tipo. Se está frente a valores que el sistema democrático asume como propios, y que al irse expresando en todas las áreas de la vida social constituyen un claro avance hacia un Estado social y democrático de derecho². Este orden de ideas debe estar presente para entender que dentro del orden normativo, denominado Reforma Procesal Penal, se haya establecido un régimen que garantiza efectivamente el verdadero derecho a defensa para todo aquel que se vea enfrentado al gran poder punitivo del propio Estado. El impulso

¹ Abogado. Defensor Regional de Tarapacá. Doctorando en Sociedad Democrática y Estado de Derecho, Universidad del País Vasco. Profesor de Derecho Penal, Universidad Arturo Prat.

² MIR PUIG, Santiago, *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Editorial Ariel (Barcelona, 1994), pp. 31 y ss.

inicial de esta gran reforma fue dado por el gobierno encabezado por el presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle dentro de un conjunto de políticas públicas destinadas precisamente a lograr la modernización y adecuación del sistema judicial a los requerimientos de un Estado democrático³.

No cabe duda lo serios que fueron al abordar este tema quienes lo hicieron posible. No solo se estableció una intención declarativa del derecho a defensa letrada destinada a quien no tiene medios económicos para procurársela por sí mismo, como existía en la legislación anterior⁴, sino que se incorporó una obligación para el Estado de proveer defensa penal letrada a todo aquel que carezca de abogado y lo necesite, desde la primera actuación del procedimiento seguido en su contra⁵. Surge el ser humano en su dimensión de mayor respeto, como sujeto preferente, sin importar ni su color, condición social, sexo, ni las conductas que haya realizado; se le asegura una atención de la forma más igualitaria posible: basta que a su respecto se produzca la falta de abogado cuando esté enfrentado al proceso penal para que el sistema concurra a su auxilio proporcionándole defensa penal⁶. Esto hace que efectivamente se esté cumpliendo con una tarea propia de un Estado social y democrático de derecho, en el que todos por igual tengan asegurado que se les respetarán y se les hará respetar los derechos sin otra consideración que la de alcanzar mejores condiciones de vida⁷.

Una discusión no agotada en derecho se refiere al lugar que le corresponde a la moral en la validez de la norma jurídica⁸. No obstante creo poder afirmar con propiedad que el sustento de cualquier cuerpo legal se erguirá siempre sobre un conjunto de directrices y enunciados generales de moralidad política y social que le sirvan de inspiración; es lo que comúnmente denominamos principios. De no ser así nos encontraríamos solo frente a un conjunto informe de reglas que no cumplirían ningún propósito⁹.

En este orden de ideas, sostengo que la Reforma Procesal Penal es un conjunto normativo coherente y consistente, cuya base y solidez se encuentra precisamente en los principios tenidos en vista al momento de su formulación. No debe escapar entonces, a quienes corresponde interpretar este conjunto de reglas, tener presente siempre los propósitos que han animado el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, es decir, los fundamentos sobre los cuales descansa el cambio trascendente que significó dejar atrás el sistema inquisitivo anterior¹⁰.

³ CAROCA A. Alex; DUCE J., Mauricio y otros, *Evolución Histórica del proceso penal en Chile*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda (Santiago, 2000), p.14.

⁴ Defensa gratuita para pobres otorgada por Abogados del Turno, Art. 595 del Código Orgánico de Tribunales y Corporaciones de Asistencia Judicial, 4 en todo Chile regidas por las leyes N° 17.995 y N° 18.632.

⁵ HORVITZ L., María Inés; LÓPEZ M., Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2002), p. 255. MATURANA RIQUELME, Cristian; MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho procesal penal*, t. 1, Legal Publishing (Santiago, 2010), pp. 126 y ss.

⁶ Ver Ley 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública.

⁷ MIR PUIG, Santiago, cit. (n. 2), p. 33.

⁸ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2002), pp. 142 y ss. De él mismo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 2001), pp. 567-568.

⁹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín *Introducción al Derecho*, cit. (n. 8), pp. 270 y ss.

¹⁰ *Vid.* DUCE J., Mauricio; RIEGO R., Cristian, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, vol. 1, Universidad Diego Portales (Santiago, 2002), pp. 47 a 80.

Hago estas reflexiones porque es sabido que, en definitiva, las reglas dependen en su sentido y en su aplicación cotidiana de los criterios que se esgriman para interpretarlas, y si los criterios son precisamente los antiguos, obviamente los resultados no serán los óptimos. En la magnífica obra *El Gatopardo* el autor plantea de forma irónica una dicotomía: que todo cambie para que nada cambie. Esto desde luego no puede pasar. El gran esfuerzo humano y económico que ha hecho el Estado para que la Reforma Penal se pueda implementar, compromete profundamente a quienes son operadores del sistema. Deben en el desarrollo de sus actividades propias lograr que exista la debida correspondencia y armonía entre su actuar y el conjunto básico de directrices que inspiraron la legislación procesal penal vigente.

Así pues, los principios son tanto o más importantes que las normas y no debe buscarse solo la regla que solucione de manera explícita un conflicto, tal vez no exista. La solución está en el trabajo reflexivo conjunto que permita avanzar para alcanzar mejores niveles de justicia.

Por otra parte, es sabido, que el debido proceso es el pilar fundamental del juicio penal, y que se encuentra garantizado por la Constitución Política del Estado de Chile y por tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile¹¹. Tiene una manifestación inequívoca en el derecho de aquella persona a quien se le asigna responsabilidad en la comisión de un delito, a ser oído y a intervenir durante el juicio. El imputado ya no es objeto del proceso, sino sujeto: puede participar en la decisión jurisdiccional. Debe tener conocimiento del hecho concreto en que se basa la imputación desde el momento mismo en que se formula, de manera tal que pueda contradecir las alegaciones que en su contra se hagan; efectuar sus propias alegaciones, como así también presentar las pruebas necesarias o bien, simplemente, guardar silencio. Además, este sistema establece de manera perentoria que no puede carecer de defensor letrado para que lo asista. Son garantías otorgadas al imputado. La razón se encuentra, entre otras, en el carácter acusatorio del nuevo sistema que otorga gran poder al Ministerio Público en la persecución penal. Este poder debe equilibrarse a fin que el juicio sea reflejo de una sociedad democrática; aquella que resuelve sus conflictos de manera eficiente, justa y equitativa¹². Creo necesario efectuar algunas reflexiones en este punto, sobre todo cuando existen voces que de manera imprudente frente a la ocurrencia de delitos que le son propios a toda sociedad, inducen a tener una línea de pensamiento represivo exigiendo mayor drasticidad con la delincuencia tratando de hacer creer que las garantías del proceso penal son ventajas para los imputados de cometer delitos. No debemos confundirnos: las garantías nunca son ventajas, son protección. Para entender es útil ponernos en el caso de ser nosotros los inculpados de un hecho delictivo en el que no tuviéramos participación: Exigiríamos que se respetara nuestro derecho a ser tratado como persona y como persona inocente. Si efectivamente fuéramos autores, demandaríamos que se tomara en consideración todo aquello que nos pudiera beneficiar, quisiéramos un juicio justo con una sentencia justa. Los poderes absolutos son perversos; el equilibrio que se logra entre el gran poder punitivo del Estado delegado en el Ministerio Público, y un derecho a defensa verdadero, efectivo y de calidad, permite al órgano jurisdiccional, resolver el conflicto penal de manera independiente y eficientemente dentro de un debido

¹¹ MATURANA RIQUELME, Cristian; MONTERO LÓPEZ, Raúl, cit. (n. 5), pp. 28 a 84.

¹² HORVITZ L., María Inés; LÓPEZ M., Julian, cit. (n. 5), pp. 223 y ss.

proceso, única forma que permite a todos los intervinientes sentirse dignos de la sociedad a la que pertenecen.

Cuando se discute en relación a un conflicto penal y la aplicación de sanciones, es usual que se use como fundamento para una alegación palabras como Ética y Moral. Trataré de esbozar algunas ideas que ayuden a la reflexión. Ambos conceptos se relacionan y son palabras que se utilizan en distintos sentidos. Por ejemplo, en un primer sentido encontramos que Ética proveniente del griego *ethos* que alude a las costumbres, se refiere al actuar humano sin calificarlo de correcto o incorrecto o de bueno o malo; en un segundo sentido, mucho más frecuente en su uso y más restrictivo, nos lleva a la calificar de bueno o correcto un actuar en relación a una determinada idea o criterio que tengamos del bien en distintos órdenes normativos y solo la conducta que se ajuste será ética; por último un tercer sentido que es más específico, nos coloca frente ya no a cualquier orden normativo, sino solo al de la moral y será ético el actuar humano moralmente correcto¹³. Así pues y entrando en la discusión, una pregunta legítima que puede hacer cualquier persona en referencia al tema es: si será ético que un delincuente, respecto del cual todo indica que ha cometido un delito aberrante, tenga una defensa letrada efectiva, eficiente y de calidad, y que además sea obligación del Estado proporcionársela. Mi respuesta es categórica y sin duda alguna: Sí, es ético y en todos los sentidos. En primer lugar como actuar propio del ser humano que frente a otro ser humano que lo necesita realiza la conducta requerida; lo es también como conducta correcta que se inscribe en un conjunto normativo preestablecido –ordenamiento jurídico–, el que contiene múltiples reglas, desde la Constitución Política del Estado, en las que se establece el derecho¹⁴ y por lo tanto la obligación de la defensa; y por último porque es moralmente correcto, en tanto toda persona no obstante esté acusada de cometer el más bárbaro de los delitos, deba ser juzgada de manera imparcial por un Tribunal que tiene que llegar a la convicción más allá de toda duda razonable acerca de su culpabilidad y en este caso aplicar la pena precisa que tal conducta merece atendidas todas las circunstancias que ha rodeado el hecho constitutivo de delito, sin otra consideración que no sea la de impartir justicia. Es esta la única forma en que la pena impuesta sea moralmente legítima. Es entonces moralmente correcto también, que el Estado asegure una defensa efectiva, eficiente y de calidad, que permita al Tribunal resolver el conflicto penal.

El justo equilibrio que debe existir entre el gran poder persecutorio penal del Estado se alcanza con el régimen de defensa penal que la reforma incorporó, creando la Defensoría Penal Pública por medio de la Ley 19.718 de 10 de marzo de 2001, la que es concordante con la garantía constitucional establecida en el art. 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado de Chile: el derecho a la defensa jurídica.

Ahora bien, trataré de desarrollar de manera sistemática a fin de centrar el tema, la forma en que ha de cumplirse por parte de la defensa penal pública la defensa jurídica en el nuevo procedimiento penal.

¹³ SQUELLA NARDUCCI, Agustín *Introducción al Derecho*, cit. (n. 8), pp. 60 y ss.

¹⁴ *Vid. Constitución Política de la República de Chile*, Art. 19 N° 3.

Una primera aproximación la encontramos en el art. 7º letra d) de la Ley de la Defensoría ya citada, que señala como tarea del Defensor Nacional, "... fijar, con carácter general, los estándares básicos que deben cumplir, en el procedimiento penal, quienes presten servicios de defensa penal pública...". En la discusión parlamentaria se dejó testimonio que "la expresión quiere denotar que existirá un control de los servicios básicos que comprenderá la defensa penal, el cual no solo apuntará a cautelar aspectos formales o de obligaciones procesales mínimas que establece el Código Procesal Penal, sino que también el cumplimiento de ciertos niveles de exigencia en la prestación, por ejemplo, de garantizar el contacto del abogado con su defendido en forma previa a la audiencia ya que esa es la única forma de garantizar una mejor defensa"¹⁵. A su turno en las actas de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, se puede advertir que se estuvo de acuerdo, pero se ahondó más señalando que a la luz del nuevo Código Procesal Penal, es preferible aludir al procedimiento penal que comprende desde el inicio de la investigación en adelante y no al proceso concepto que descansa sobre las actuaciones judiciales¹⁶.

Así pues queda claro que al momento de legislar se pensó que la labor a desarrollar por los defensores penales públicos va más allá de la asistencia en juicio o dicho de otro modo en actividades jurisdiccionales. El trabajo es anterior, se debe iniciar en aquellas actuaciones que preceden al juicio, es decir en la etapa de la investigación.

Consecuentemente con lo dispuesto en la norma citada con fecha 14 de abril de 2003, se dictó la resolución exenta N° 396 del Defensor Nacional mediante la cual se aprobó los Estándares Básicos para el ejercicio de la defensa penal pública, que son, en definitiva, los que regulan el actuar de los defensores penales públicos, sean estos institucionales o licitados, los que han sido modificados, encontrándose vigente la resolución exenta N° 3389, dictada por la Defensora nacional con fecha 4 de noviembre de 2010 que fijó los nuevos estándares básicos para el ejercicio de la defensa penal pública.

Una lectura detallada de los estándares desde luego hace concluir que el defensor debe llevar adelante una defensa que permita al imputado enfrentar el juicio de manera tal que efectivamente se esté ante un derecho a la defensa efectivo. Esto significa que deberá procurar que todo lo que el imputado le señale tenga una expresión efectiva en el juicio.

En otras palabras lo que debe efectuar el letrado cuando su cliente así lo determine, es una defensa activa.

Esta defensa no es otra cosa que determinar con mucha precisión y oportunidad una teoría del caso, a la que se debe acompañar todo aquello que pueda efectivamente servir para sustentarla. Esta es una actividad propia del defensor y que consiste en procurarse todas las pruebas necesarias. Es decir deberá averiguar, o dicho de otra manera investigar cuáles fueron los hechos acaecidos, desde la perspectiva de su defendido, y cómo y con qué elementos se acreditarán. Desde luego, el derecho a la prueba está contenido en el derecho a la defensa.

¹⁵ Vid. Biblioteca del Congreso Nacional de la República de Chile, tramitación de la Ley N° 19.718.

¹⁶ Vid. Actas respectivas en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Pudiera a estas alturas parecer que lo señalado se estuviera contradiciendo con algunas disposiciones legales expresas. Citemos el Art. 83 de la Constitución Política del Estado en cuanto señala “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado...”, también al Art 3º del Código procesal penal que básicamente señala lo mismo y por cierto el Art. 1º de la Ley 19.640 que crea el Ministerio Público.

Sin embargo ello no es así. En primer lugar, es preciso ir a la historia de la reforma constitucional, el término exclusividad hace referencia a que ninguna otra ley podrá establecer que otro órgano o institución lleve adelante un proceso oficial de investigación. Ello se deduce de lo expresado por la senadora Olga Feliú quien estaba por eliminar la palabra exclusividad, por la desconfianza que tenía a este nuevo órgano autónomo. Se reafirma con lo expresado por el senador Otero quien agregó que “si no intercalamos la idea de exclusivo bastaría cualquiera ley para crear el cargo de investigador especial que se pueda marginar del Ministerio Público”. Es necesario agregar que la indicación de los senadores Díez y Piñera que permitió modificar el Art. 19 N° 5 de la Constitución Política de la República en el sentido de agregar a la garantía del debido proceso, no solo la de un procedimiento, racional y justo, sino también, la de una investigación de iguales características¹⁷.

Por cierto que lo que expresamos en cuanto a la investigación que efectúe la defensa, no tiene el alcance de las normas a las que nos hemos referido. No estoy señalando en caso alguno que la labor a desarrollar por el defensor vaya a ser de tal entidad que estemos invadiendo las facultades que le corresponden al Ministerio Público por ley.

En efecto, la investigación que debe hacer la defensa dice relación con todo aquello necesario para poder sustentar la teoría del caso de la defensa, e implica efectuar todas las averiguaciones que sea preciso para comprobar lo acertado de la tesis que se expondrá en el juicio. No olvidemos que el nuevo proceso penal es un proceso acusatorio y contradictorio y que a quien le corresponde ejercer la acción penal pública es precisamente al Ministerio Público¹⁸.

Podemos afirmar que si toda persona tiene derecho a defensa jurídica, y que dentro de ese derecho se encuentra el de probar lo aseverado, la investigación que para tal efecto realice el abogado defensor no constituirá sino la puesta en práctica, efectiva de la garantía constitucional del reconocimiento del derecho de defensa.

Este derecho de defensa jurídica implica una mayor exigencia para el abogado defensor que el solo análisis de textos jurídicos o de los elementos recopilados por el Ministerio Público o la policía. Requiere de una actividad propia del defensor ejercida por sí o por personas que desarrollen el trabajo bajo su dirección.

¹⁷ *Vid.* Tramitación del proyecto legislativo respectivo, en Biblioteca del Congreso Nacional.

¹⁸ Art. 1 de la Ley 19.640 que crea el Ministerio Público.

Se reafirma esta idea si observamos el *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*, en su Art. 14 N° 3, el que asegura a toda persona acusada de delito el derecho en plena igualdad a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

A su turno en la *Convención Americana de Derechos Humanos*, o *Pacto de San José de Costa Rica*, en su Art. 8 N° 2 señala que durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas, letra f) el derecho de la defensa de “...interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...”.

Estas disposiciones legales, que de acuerdo a la Constitución Política de la República en su Art. 5° inc. 2° son normas sustantivas en nuestro ordenamiento jurídico, nos señalan de manera inequívoca la plena igualdad para con la otra parte distinta de a quien se está defendiendo, es decir de quien tenga la condición procesal contraria. Es que así como el acusador oficial tiene todo el derecho a buscar los medios de prueba, el imputado también tiene el mismo derecho a la búsqueda de los medios de prueba y a demostrar que los hechos ocurrieron de manera diferente al que la acusación propone.

También merece atención lo relacionado con la prueba oficial que señalan los tratados enunciados, al referirse a “Los testigos de cargo” y a “los testigos presentes en el Tribunal”, en contraposición a los “testigos de descargo” u “otras personas que podrán actuar como peritos o testigos, los que en ambos casos dicen relación con la actividad propia de la defensa en su búsqueda y encuentro.

Así pues, la defensa que debe asumir un defensor o defensora penal público debe estar constituida no solo por el conocimiento del derecho y la doctrina, sino también por un conjunto de actos legítimos que tienen por finalidad proteger los derechos del defendido y que lo obligan a dominar de la manera más exacta posible todas las circunstancias fácticas de los sucesos de que da cuenta el proceso y de las características personales de todos los implicados. Para ello el defensor debe procurarse de todos los medios disponibles, siendo creativo y dando conducción a una línea investigativa que lo lleve a tomar cabal conocimiento de todo cuanto sirva a la defensa. Así deberá entrevistarse con el imputado cuantas veces sea necesario, entrevistarse con testigos, parientes, allegados a su cliente y procurar se efectúen todos aquellos peritajes conducentes a dar fortaleza a su teoría del caso¹⁹.

Precisamente en la investigación que desarrolla la defensa cobra especial relevancia el tema de los peritajes. El Art. 314 del Código Procesal Penal señala que “El Ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que estos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito”.

¹⁹ Es necesario tener presente el código deontológico de Defensora y Defensores Penales Públicos, ver Revista 93, de la Defensoría Penal Pública N° 3, septiembre 2010.

De tal manera que dentro de lo que hemos denominado defensa activa, cobra real importancia la participación de peritos en las actividades propias de la defensa. La defensoría penal pública se ha hecho cargo de esta necesidad y ha creado un registro de peritos de las más diversas ciencias artes u oficios²⁰ y ha desarrollado procedimientos administrativos internos a los cuales se deben someter los defensores que estimen necesario la realización de un peritaje a fin de evaluar la pertinencia técnica de tal gestión y una vez autorizado se procede a la contratación del perito, estableciéndose las condiciones y plazos en que ha de efectuarse y quedando comprometido por cierto, de ser necesario a comparecer ante el Tribunal oral²¹.

Es pertinente señalar que en el procedimiento penal, la participación de peritos requiere una capacitación que va más allá del dominio de la ciencia, arte u oficio del perito. Requiere también dominar las técnicas necesarias para la comparecencia ante un Tribunal oral, toda vez que su informe debe darlo a conocer verbalmente aparte de tener que responder a las interrogantes de las partes y del propio tribunal, pasando además por la etapa inicial de acreditación, la que a veces puede producir más de un malestar a quien no está familiarizado con las formas de un juicio contradictorio.

De todo lo que se ha señalado solo cabe concluir que la labor de un defensor o defensora penal pública está regido por un imperativo normativo y ético que obliga al desempeño activo en las defensas de imputadas o imputados a su cargo.

²⁰ Ver registro página web: www.dpp.cl

²¹ Ver oficio ord. 214, de 14 de septiembre de 2005, del Defensor Nacional, de la Defensoría Penal Pública,

DERECHO INFORMÁTICO

LA FIGURA DEL DENOMINADO “NOTARIO VIRTUAL” EN ESPAÑA:
REPERCUSIONES SOBRE LAS TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS
REALIZADAS EN INTERNET

*THE FIGURE OF THE SO-CALLED “VIRTUAL NOTARY” IN SPAIN: IMPACT ON
ELECTRONIC TRANSACTIONS ON THE INTERNET*

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ*

RESUMEN

Las transacciones electrónicas son una actividad en auge. Ahora bien, en ocasiones, pueden suscitarse ciertos problemas, sobre las particularidades de las mismas, entre las partes contratantes. Con la finalidad de poder probar, en la práctica, la realización precisa de una operación contractual, y los términos en los que la misma se ha desarrollado, se ha fomentado una figura de carácter privado denominada Notario Virtual. Aunque este último trata de dar fe de ciertas actuaciones, su quehacer es radicalmente diferente de la que realiza el fedatario público en el sistema latino. Todo ello, habida cuenta del enorme potencial de la figura en el mercado, no ha sido óbice para que, en España, numerosas empresas, públicas y privadas, presten el servicio de Notario Virtual. Para tal fin, habrán de recurrir a complejas técnicas de seguridad que en la presente investigación pondremos someramente de relieve.

PALABRAS CLAVE: Comercio virtual, Internet, negocios, notario, seguridad.

ABSTRACT

Electronic transactions are a booming activity. Sometimes, certain problems may arise about particular aspects between the contracting parties. In practice, in order to test the precise implementation of a contractual operation and the way in which it has been developed, it has been promoted a private figure called Virtual Notary. Although the latter provides the service of attesting certain actions, it is radically different to the work made by the public notary in the Latin system. Although the enormous potential that the figure has in the market, it has not been an obstacle in Spain for many companies, public and private, to provide the Virtual Notary service. In order to achieve it, they have to apply complex security techniques that will be briefly highlighted in this research.

KEY WORDS: Virtual commerce, Internet, business, notary, security.

* Doctor (con mención europea) en CC. EE. y EE., y doctor en Derecho. GITICE. Universidad de Huelva - España. Correo electrónico: dlopezjimenez@gmail.com; dlopez3@us.es.

INTRODUCCIÓN

Las Tecnologías de la Información y Comunicación –en adelante TIC– están incidiendo en numerosos aspectos de la vida social. No en vano resultan esenciales para la actual economía de la información, así como para la sociedad en general. Asimismo, cabe señalar que las mismas se han comparado con otros importantes inventos del pasado como la electricidad. Aunque es demasiado pronto para demostrar su impacto histórico real, la relación entre las TIC y el crecimiento de los países desarrollados está fuera de toda duda. El impacto de las TIC va más allá de lo puramente económico, ya que han tenido un papel importante en el impulso de la innovación y la creatividad. Las TIC han transformado, entre otros aspectos, la manera de hacer transacciones de las personas. No cabe duda de que las TIC intervienen, cada vez en mayor medida, en un amplio elenco de interacciones.

La evolución que las nuevas tecnologías están protagonizando en las últimas décadas es realmente apasionante. El ritmo al que estas avanzan es imparable. Las interesantes novedades técnicas presentan, como decimos, la bondad de facilitarnos muchas de las actividades cotidianas que realizamos, pues esa es, precisamente, su razón de ser. Siendo tal afirmación, en mayor o menor medida, cierta, no es menos irrefutable que, como cualquier aspecto de la realidad social imperante, están sometidas al imperio de la ley.

El problema que, en este sentido, se plantea viene determinado por la popular expresión de que el Derecho siempre va por detrás de la realidad social. Los hechos –y más, si cabe, en el ámbito que nos ocupa– van por delante del legislador². El jurista sigue arrastrado por los hechos; “empujado”, en el mejor de los casos, pero siempre detrás, en pos de las novedades, que, al tiempo que innovan la realidad social, envejecen al Derecho³. Tales planteamientos resultan aplicables, entre otros ámbitos, a las operaciones comerciales realizadas a través de la Red de redes (Internet). Nos referimos básicamente al comercio electrónico.

En relación a este último, cabe determinar que constituye una actividad contractual en auge. El futuro que se vaticina sobre el particular es optimista⁴. Las cifras que tal medio

² GÓMEZ SEGADE, José Antonio, *Presentación*, en TATO PLAZA, ANXO y FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel (Coords.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons (Madrid, 2001); GONZÁLEZ MALAVÍA, Sergio, *Tutela judicial del comercio electrónico*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2004); OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *Estudios Jurídicos*, Vol. 4, Fundación El Monte (Sevilla, 2005), pp. 13-33.

³ En este sentido, KIRCHMANN, Julius Herrmann Von *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, en *Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, 1848, decía, cargado de razón, hace más de 150 años, que “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”, frase que resulta plenamente aplicable a la normativa que reglamenta las nuevas tecnologías en general y el comercio electrónico en particular.

⁴ ILLERA, Carlos Rodrigo y GANCEDO PRIETO, Antonio, *Aspectos estratégicos en la dirección de producción*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2001), p. 162; FERNÁNDEZ JURADO, María Yolanda, *El desarrollo del comercio electrónico en España*, en MERA VÁZQUEZ, María Teresa y GÓMEZ CAMACHO, Francisco (Coords.), *De economía y pensamiento económico: Homenaje al Prof. Dr. Juan Velarde Fuertes*, Universidad Pontificia de Comillas (Madrid, 2001), p. 105; KOTLER, Philip y ARMSTRONG, Gary, *Fundamentos de marketing*, 6ª edición, Pearson Educación (Madrid, 2003), p. 101; ALONSO CONDE, Ana Belén, *Comercio electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual*, Dykinson (Madrid, 2004), p. 75; OELKERS, Dotty Boen, *Comercio electrónico*, Cengage Learning Editores (México, 2004), p. 49; FERNÁNDEZ FALERO, María del Rosario, *El impacto de Internet en el comercio electrónico*, en DURÁN MAÑES, María Ángeles, FERNÁNDEZ BELTRÁN, Francisco y LÓPEZ LITA, Rafael (edits.), *La comunicación local por Internet*, Universitat Jaume I de Castellón (Valencia, 2005), p. 223; NARANGAJAVANA, Yeamduan, *Capacidades directivas y nuevas tecnologías en el sector turístico*, Universitat Jaume I de Castellón (Valencia, 2006),

de contratación está experimentando, a nivel mundial, así lo atestiguan⁵. Lamentablemente, cabe hacer dos apreciaciones que no resultan favorables para España. La primera, que este último país ocupa, por lo que al recurso del comercio electrónico respecta, una posición inferior a la media de los Estados de la Unión Europea⁶, no surtiendo, sobre este particular, todos los efectos deseados algunas de las últimas medidas puestas en práctica⁷. La segunda se encuentra vinculada a la actual situación de crisis económica que, en la actualidad, vive tal Estado. Aunque la misma presenta un alcance mundial, sus efectos se están notando con especial crudeza a nivel español, tanto que, centrandos sus efectos en nuestro ámbito de estudio, el comercio electrónico en España, por primera vez, ha sufrido la primera caída de la historia⁸.

En todo caso, con independencia del contexto económico que vivimos, debemos ser conscientes de que existe un elenco de fenómenos (que, dicho sea de paso, desde sus orígenes han estado, en mayor o menor medida, presentes) que impiden su efectivo despegue y consolidación, dificultando, de este modo, que dicha forma de contratación se convierta en una alternativa tanto o más atractiva que la adquisición de carácter presencial de bienes o servicios. En efecto, existen numerosos y relevantes factores de carácter negativo –muy vinculados a la seguridad y privacidad electrónicas⁹– que generan una cierta desconfianza por parte del potencial consumidor y/o usuario del comercio electrónico¹⁰.

p. 30; RÜDIGER, Karl, *Der Online-Handel in Deutschland und Spanien – empirische Befunde und rechtliche Rahmenbedingungen*, en *Arbeitsbericht des Instituts für Sicherheit im E-Business*, núm. 20 (2008); ALET, Josep, *Marketing directo e interactivo*, Esic (Madrid, 2006), p. 35; AECM-FECEMD, *Libro blanco del comercio electrónico. Guía práctica de comercio electrónico para Pymes*, Aecem-Fecemd (Madrid, 2009), p. 14; MARTÍNEZ LÓPEZ, Luis, MATA MATA, FRANCISCO y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Rosa María, *Sistemas de pago seguro. Seguridad en el comercio electrónico*, en *Revista de Estudios Empresariales* 1 (2009), pp. 63 y 64.

⁵ Aunque los informes elaborados por las consultoras más autorizadas en la materia (*Forrester Research, Andersen Consulting, Nielsen, OCDE, IDC, Computer Economic, Jupiter Communications*, etc.) ponen de manifiesto la importante evolución que el comercio electrónico está protagonizando en el contexto mundial, ofreciendo datos muy precisos, cabe determinar que tales cifras no son, en modo alguno, las mismas para todos los países, ya que algunos ostentan en esta materia una clara ventaja frente a otros.

⁶ Según la Fundación Orange, en el "Informe anual sobre el desarrollo de la Sociedad de la Información, España 2009" <http://www.fundacionorange.es>, la actual situación de España, en relación con el comercio electrónico, está por debajo de la media de la Unión Europea. Además, la evolución del último año muestra que, aunque el volumen de negocio *online* crece en España, la penetración del comercio electrónico en la población se ha estancado. En el tercer trimestre de 2008 se interrumpió una tendencia de crecimiento sostenido de más de tres años, lo que refleja que este canal de venta no es ajeno a la situación de crisis.

⁷ Tal valoración se desprende del último estudio de la Fundación COTEC cuya rúbrica es "Tecnología e Innovación en España", www.cotec.es, hecho público en junio de 2009, que analiza los recursos destinados por el Plan Avanza a investigación, desarrollo e innovación tecnológica y sus efectos producidos hasta octubre de 2008. Tal informe, entre otros aspectos, pone de relieve que el citado Plan todavía no ha logrado producir los avances esperados en el desarrollo del comercio electrónico.

⁸ Según la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones "Informe sobre comercio electrónico en España", www.cmt.es, el comercio electrónico en España generó un volumen de negocio de 1.327 millones de euros entre julio y septiembre de 2008, lo que supone un descenso del 6% respecto al trimestre anterior –la primera caída intertrimestral de la historia–.

⁹ Las preferencias de consumo y las compras de los usuarios de Internet están expuestas a miradas "invisibles" a través de la Red. Las estafas y la "captura" de víctimas incautas constituyen un fenómeno habitual. El robo de dinero electrónico y códigos de tarjetas de crédito y el acceso a cuentas bancarias son algunos de los delitos más frecuentes en Internet. Estas últimas técnicas se encuadran dentro del denominado *phishing*.

¹⁰ Este aspecto es destacado por la doctrina extranjera como, entre otros muchos, es el caso de GARY, Glen L. y DEBRECENY, Roger, *New Assurance Service: The Electronic Frontier*, en *Journal of Accountancy*, Vol. 185 (1998), pp. 32-38; MCKNIGHT, D. Harrison, KACMAR, Charles J. y CHOUDHURY, Vivek, *Dispositional Trust and Distrust Distinctions in Predicting High- and Low-Risk Internet Expert Advice Site Perceptions*, en *E-Service Journal*, Vol. 3, núm. 2 (2004), pp. 35-58; CHANG, Hsin Hsin y CHEN, Su Wen, *The impact of online store environment cues on purchase intention: Trust and perceived risk as a mediator*, en *Online Information Review*, Vol. 32, núm. 6 (2008), pp. 818-841; DIMITRIADIS, Sergios y KYREZIS, Nikolaos, *Does trust in the bank build trust in its technology-based*

La contratación electrónica, como es sabido, se encuentra caracterizada por un alto grado de información asimétrica y un bajo nivel de interacción entre consumidores y comerciantes¹¹ que, evidentemente, influye tanto en las condiciones como en los términos en los que tienen lugar la transacción¹².

Para resolver tal problema –y generar más confianza–, durante los primeros años del siglo XXI, el legislador español fomentó la figura del Notario Virtual –también denominado tercero de confianza– cuya finalidad es dar fe de los términos concretos en los que tuvo lugar una determinada transacción operada a través de Internet. Sin perjuicio de que veremos, con detalle, algunos de los sugerentes extremos predicables de la citada figura, a continuación, efectuaremos unas breves consideraciones en torno a la incidencia que el principio de la autonomía contractual está llamado a desempeñar en todo este orden de cuestiones.

I. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LAS TRANSACCIONES VIRTUALES

El empleo progresivamente más extenso e intenso de la tecnología digital ha propiciado notorias transformaciones en múltiples ámbitos¹³. Su incidencia sobre las relaciones sociales, sobre las formas de organización económica, sobre el modo de obtención, disfrute y transmisión de los bienes, y, en suma, sobre las formas de establecer la comunicación interpersonal en todas sus facetas, reclama inevitablemente, como ya hemos advertido, la atención de los juristas.

channels?, en *Journal of Financial Services Marketing*, Vol. 13, núm. 1 (2008), pp. 28-38; GRABNER-KRÄUTER, Sonja y FAULLANT, Rita, *Consumer acceptance of internet banking: the influence of internet trust*, en *International Journal of Bank Marketing*, Vol. 26, núm. 7 (2008), pp. 483-504; CALDWELL, Cam, DAVIS, Briam y DEVINE, James A., *Trust, Faith, and Betrayal: Insights from Management for the Wise Believer*, en *Journal of Business Ethics*, Vol. 84, núm. 1 (2009), pp. 103-114.

¹¹ BERGEN, Mark, DUTTA, Shantanu y WALKER, Orville, *Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories*, en *Journal of Marketing*, Vol. 56, Julio (1992), pp. 1-24; RAO, Akshay y MONROE, Kent B., *Causes and Consequences of Price Premiums*, en *Journal of Business*, Vol. 64 (Octubre, 1996), pp. 511-536; MISHRA, Debi Prasad, HEIDE, Jan y CORT, Stanton, *Information Asymmetry and Levels of Agency Relationships: Theory and Empirical Evidence*, en *Journal of Marketing Research*, Vol. 35, Agosto (1998), pp. 277-295; HOLTROP, Thomas DÖPFNER, Mathias y WIRTZ, Bernd W., *Deutschland Online – Entwicklungsperspektiven der Medien und Internetmärkte*, 2ª edición, Wiesbaden (Alemania, 2004); KIMERY, Kathryn M. y MCCORD, Mary, *Signals of Trustworthiness in e-commerce: Consumer Understanding of Third Party Assurance Seals*, en *Journal of Electronic Commerce in Organizations*, Vol. 4, núm. 4 (2006), pp. 52-74.

¹² BAGWELL, Kyle y RIORDAN, Michael, *High and Declining Prices Signal Product Quality*, en *American Economic Review*, Vol. 81 (Marzo, 1991), pp. 224-239; BOULDING, William y KIRMANI, Amna, *A Consumer-Side Experimental Examination of Signaling Theory: Do Consumers Perceive Warranties as Signals of Quality?*, en *Journal of Consumer Research*, Vol. 20 (Junio, 1993), pp. 111-123; AIKEN, Damon y BOUSCH, David, *Trustmarks, Objective-Source Ratings, and Implied Investments in Advertising: Investigating Online Trust and the Context-Specific Nature of Internet Signals*, en *Journal of the Academy of Marketing Science*, Vol. 34, núm. 3 (2006), pp. 308-323.

¹³ BALLESTEROS DÍAZ, Fernando, *El comercio electrónico y el desarrollo de la sociedad de la información: una perspectiva desde el año 2004*, en *Información Comercial Española*. ICE, núm. 813 (2004), p. 7; PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel, *La perfección del contrato en Derecho Privado. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2009); VEGA VEGA, José Antonio, *Las condiciones generales en la contratación electrónica*, en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 101 (2009), pp. 3-55.

El espacio en que se desarrollan las comunicaciones electrónicas es un universo de relaciones jurídicas que, como tales, deben ser analizadas por y desde el Derecho¹⁴.

Pero la importancia capital del fenómeno que examinamos no queda reducido a la novedad, pues no se limita a las nuevas tecnologías, sino que alcanza, fundamentalmente, a la innovación, que es algo más que novedad. Innovar significa introducir lo nuevo en lo antiguo, en lo anterior, para modificarlo en algo distinto o diferente. En este sentido, los avances tecnológicos no son únicamente nuevos –y la novedad se extiende rápidamente a nuevas mejoras, que superan y sustituyen a las anteriores en sucesivas “generaciones”– es que innovan, es decir, que introducen la novedad en otras realidades, y aquellas que no la reciben se convierten en obsoletas, en otros términos, anticuadas e inadecuadas a las exigencias actuales¹⁵.

Los postulados precedentes resultan completamente aplicables al comercio electrónico que, dicho sea de paso, de acuerdo con la doctrina¹⁶, no es que introduzca una novedad desconocida por el Derecho, sino que altera tradicionales planteamientos de temas jurídicos capitales. La cibernética ha creado un nuevo espacio, que podemos denominar “ciberespacio”, que supera todos los clásicos conceptos de territorialidad, de soberanías nacionales separadas por fronteras, de normas de conflicto y un largo etcétera.

El principio de la autonomía de la voluntad es objeto de regulación por el art. 1255 del Código civil español –Cc– que, como es sobradamente conocido, determina que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. A tenor del mismo, resulta posible la disciplina, más allá de lo dispuesto en la norma legal, de la figura del Tercero de Confianza o Notario Virtual cuyo fin, como hemos advertido, es infundir una elevada sensación de confianza en el ámbito de las transacciones electrónicas. En efecto, al contribuir al archivo de los términos precisos en los que aconteció la operación, evitará potenciales e indeseables conflictos entre las partes. No obstante, si, en su caso, se planteara algún conflicto

¹⁴ CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín, POZO ARRANZ, Asunción y RODRÍGUEZ DE CASTRO, Eduardo Pedro, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Comares (Granada, 1999), p. 2; SANCHIS CRESPO, Carolina, *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), p. 15; PEGUERA POCH, Miquel, *Presentación*, en PEGUERA POCH, Miquel (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Universidad Oberta de Catalunya (Barcelona, 2005), p. 19.

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 7ª edición, Thomson Aranzadi (Navarra, 2006), p. 122; OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *Prólogo*, en MADRID PARRA, Agustín (Dir.) y GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (Coord.), *Derecho Patrimonial y Tecnología. Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons (Madrid-Barcelona, 2007), p. 12 y 13; ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco, *Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual*, en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 86 (2007), p. 52.

¹⁶ OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *De nuevo, La lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla, 1999), pp. 54-56; FINOCCHIARO, Giusella, *La firma digitale. Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, en GALGANO, Francesco (Edit.), *Le nuovi leggi civili commentate* (Bologna, 2000), pp. 1 y ss; FINOCCHIARO, Giusella, *Firma digitale e firma elettronica. Il quadro normativo italiano dopo il d. legisl. 10/2002*, en *Contratto e Impresa* (2002), pp. 853 y 854; SANTANGELO, Enrico y NASTRI, Michele, *Firme elettroniche e sigilli informatici*, en *Vita Notarile*, núm. 2 (2002), p. 1124; SANTANGELO, Enrico y NASTRI, Michele, *Firme elettroniche e sigilli informatici*, en BOCCHINI, Fernando (Edit.), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Giappichelli (Turín, 2003), pp. 237 y ss.

judicial entre las partes, al ser un tercero independiente a las mismas, su contribución, como medio de prueba, será de gran relevancia a efectos de dirimir el problema que se plantee. Su presencia, en este sentido, puede determinar, insistimos, cierta confianza para las partes que recurran al mismo.

La confianza, a nuestro entender, podría consistir en esperar de una persona, física o jurídica, un determinado comportamiento a partir de una relación en la que no existiría vínculo especial alguno¹⁷. Son, qué duda cabe, muchas las referencias que, a nivel jurídico, podrían vincularse a la confianza que, a pesar de no constituir un valor por definición jurídico, es muy valorado en todas las actividades contractuales y, por tanto, reguladas por el Derecho. De hecho, cabría preguntarse qué hubiera sido del Derecho de obligaciones y contratos si una de las partes no hubiera o no tuviera motivo alguno para confiar en la otra parte¹⁸. La confianza, en el campo de la contratación, es esencial para el buen funcionamiento del tráfico jurídico y, por tanto, para el desarrollo económico y social¹⁹. Por ello, el ordenamiento jurídico salvaguarda la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica²⁰.

El legislador, consciente de todo ello, decidió adoptar numerosas medidas dirigidas a garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes para generar una cierta sensación de confianza en las mismas que cotidianamente deciden contratar. Consecuente con la realidad que manifestamos, consideró que la mejor manera de implantar confianza en materia de contratación electrónica es aprobando una importante variedad de leyes sobre la materia que, precisamente, disciplinen tal actividad, con especial atención de las particularidades que definen tal modalidad contractual, sin olvidar toda la legislación que para la contratación tradicional le resulta, igualmente, aplicable.

Entre las estructuras que tratan de fomentarse, a través de la normativa española aprobada para generar un clima de confianza relativamente aceptable en materia de contratación electrónica, ocupan una destacada posición los terceros de confianza –de los que nos ocuparemos seguidamente–.

¹⁷ Tal concepto debe ser netamente distinguido, sin perjuicio de ostentar cierta relación, de la lealtad. Esta última, a juicio de CALSAMIGLIA, Alberto, *Cuestiones de lealtad*, Paidós (Barcelona, 2000), p. 45, es el que hace posible el carácter permanente del pacto. Se trata no solo de un concepto de relación, sino también normativo, pues viene a designar un vínculo que, además de generar obligaciones, se manifiesta en una especial consideración para los intereses de la otra persona.

¹⁸ DEL PESO NAVARRO, Emilio, *Servicios de la Sociedad de la Información. Comercio Electrónico y Protección de datos*, Díaz de Santos (Madrid, 2003).

¹⁹ CAVALLÉ CRUZ, Alfonso, *Contenido e interpretación de los contratos*, en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord. general) y SIMO SANTONJA, Vicente Luis (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, Tomo 3, Vol. 2, Thomson Civitas (Madrid, 2005), pp. 17-282.

²⁰ LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Civitas (Madrid, 2001).

II. EL DENOMINADO NOTARIO VIRTUAL EN EL ÁMBITO ESPAÑOL: APLICACIÓN A LA CONTRATACIÓN REALIZADA EN INTERNET

1.- *Delimitación conceptual.* El legislador busca, con buen criterio, la implantación y consolidación de la seguridad jurídica en materia de contratación electrónica. Una de las técnicas que posibilitan tal fin es la figura denominada "tercero de confianza" regulada en el art. 25 de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI-CE). La finalidad de la misma es dar fe o, en definitiva, probar, mediante el oportuno registro informático, que tuvieron lugar, en un preciso espacio temporal, ciertas actividades vinculadas a la contratación electrónica de un determinado bien o servicio, dotando, de manera simultánea, a la contratación de mayor veracidad y seguridad²¹. Si se nos permite el símil, nos encontraríamos ante un novedoso instrumento que constituye una suerte de aplicación del brocardo latino *verba volant scripta manent*, es decir, las palabras vuelan, lo escrito queda²².

En ningún caso, representa una figura obligatoria para probar las actuaciones que, en materia de comercio electrónico, se ejecuten, si bien parece muy recomendable. En efecto, el legislador español regula, de manera dispositiva, el recurso al tercero de confianza, aunque, una vez que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, hayan optado por el mismo deberán tener en consideración las determinaciones establecidas al respecto. Así, por un lado, no constituye una figura que, como veremos en el siguiente apartado, pueda sustituir, en modo alguno, a los fedatarios públicos: notarios y corredores de comercio. Por otro, deberá tenerse en cuenta que el plazo temporal por el cual habrán de guardarse, necesariamente, las declaraciones de voluntad, a través de medios telemáticos, como mínimo será de cinco años. El soporte en el que tales declaraciones quedarán consignadas, en todo caso, será informático.

La denominación de la actividad a la que se refiere el art. 25 de la LSSI-CE procede del Derecho anglosajón y, en concreto, de la figura *Trusted Third Party* (o tercera parte de confianza), aspecto sobre el que hemos de realizar una doble apreciación. Por un lado, debe matizarse que en el Derecho anglosajón la mencionada figura desarrolla una función parcialmente diversa²³ –pues es más amplia– de la que desempeñan los terceros de confianza en el precepto que comentamos. En efecto, si centramos los *Trusted Third*

²¹ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *La Ley de Servicios de la Información y el Comercio Electrónico*, en *Otrosí. Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 41 (noviembre, 2002), pp. 38-45; MORALO IZA, Víctor, *Las terceras partes de confianza en la contratación electrónica*, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 17 (mayo-agosto, 2003), pp. 89-105.

²² Sobre este particular, nos remitimos a las interesantes consideraciones realizadas por OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *Estudios Jurídicos*, Vol. 1, Fundación El Monte (Sevilla, 2005), pp. 441-474.

²³ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos*, en *Actualidad Informática Avanzada*, núm. 10 (1994), p. 2; DEL PESO NAVARRO, Emilio, *Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11 (1996), p. 225; GARCÍA MÁZ, Francisco Javier, *Comercio y firma electrónicos*, 2ª edición, Lex Nova (Valladolid, 2004), p. 289; LÓPEZ-MONIS GALLEGU, Ana y GARCÍA MÁZ, Francisco Javier, *La contratación electrónica: Modernidad y seguridad jurídica*, en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord. General) y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo 6, Vol. 4, Thomson Civitas (Madrid, 2004), pp. 109-163.

Party en el Derecho norteamericano, deberíamos destacar que, más que un tercero, es una autoridad de certificación, pues, además de almacenar los mensajes cruzados entre los usuarios, poniendo de relieve el emisor, el receptor, fecha y contenido, emite certificaciones de distinto contenido y amplitud (incluso, en ciertos supuestos, se ha pretendido que el certificado pudiera incluir datos de carácter económico como la solvencia de las partes a las que se refiere²⁴). Por otro, debe diferenciarse netamente de las marcas de confianza –*trustmarks*– pues aunque comparten la misma finalidad (alcanzar elevados niveles de confianza en materia de comercio electrónico), existen importantes diferencias entre ambas, a pesar de la utilización indistinta de las denominaciones por parte de un sector de la doctrina española²⁵.

El *nomen iuris* empleado por el legislador español, para referirse a la figura objeto de examen, a juicio de algunos autores²⁶, es adecuado en la medida en que cuando las partes contratantes acuden a tal tercero buscan la confianza que el mismo, tercero imparcial, otorgará al negocio jurídico en cuestión. La función de tal tercero es, precisamente, ser testigo cualificado, recibir las declaraciones de voluntad de las partes, certificando el contenido del documento electrónico²⁷. Recibirá, por iniciativa de las partes contratantes, las declaraciones de voluntad que van a generar la relación contractual²⁸, autenticando el contenido del documento electrónico en los términos que lo permita la legislación y, en todo caso, mediante los medios electrónicos que sean oportunos. En realidad, únicamente archivará las transacciones electrónicas –correos electrónicos y contratos– que tengan lugar, sin que, en ningún caso, pueda entenderse que, por tal actividad, es parte de la operación contractual que se haya perfeccionado. Debemos, a su vez, destacar dos obligaciones que el tercero de confianza tendrá que asumir como consecuencia de la recepción de tales declaraciones de voluntad.

La primera es que, obviamente, tiene la obligación de guardar, en su forma original, los documentos en que se hayan materializado los contratos²⁹, así como consignar la fecha y la hora en la que las declaraciones de voluntad hayan tenido lugar, de manera que puedan ser consultados, cuando sea preciso, pero en ningún caso modificados por las partes ni por terceros, teniendo plena virtualidad en caso de eventual controversia entre las partes. Esta circunstancia no dota, en modo alguno, a ese archivo ni a la intervención del tercero de efectos especiales ni distintos a los que se producen en el mundo del soporte papel³⁰. Dicho

²⁴ GARCÍA MÁZ, Francisco Javier, *Comercio y firma...*, cit., (n. 23), pp. 288 y ss.

²⁵ GAMERO CASADO, Eduardo, *El correo electrónico como medio de notificación administrativa en el derecho propio de Andalucía*, en *Derecho y Conocimiento*, núm. 3 (2005), pp. 21-30.

²⁶ ESTEBAN ENCINAS, Bernabé, *Comentarios al artículo 25 LSSI-CE*, en CREMADES GARCÍA, Javier y GONZÁLEZ MONTES, José Luis (Coords.), *La nueva Ley de Internet. Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico*, La Ley (Madrid, 2003), p. 347.

²⁷ Algunos autores, como RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa, *El tercero de confianza en el suministro de información: propuesta de un modelo contractual para la sociedad de la información*, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 63, núm. 3 (2010), pp. 1245-1284, determina que esta figura parecería surgir en el marco de los contratos de suministro o provisión de información.

²⁸ FROMKIN, Michael, *The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce*, en *Oregon Law Review*, Vol. 75 (1996), pp. 49-116.

²⁹ Repárese que el art. 25 de la LSSI-CE se aplicaría únicamente a contratos electrónicos que entren dentro del ámbito de aplicación de la citada ley.

³⁰ GARCÍA MÁZ, Francisco Javier, *El Estatuto del Notario y las Nuevas Tecnologías*, en *El notariado y la reforma de la fe pública*, Marcial Pons (Madrid, 2007), pp. 23-72.

de otra forma, se puede entregar un documento privado a un tercero para que lo guarde y, ante testigos, consignar la fecha y la hora. Tal comportamiento determinará una actuación que los tribunales evaluarán en atención al supuesto concreto, pero debe incidirse en que el acto de ese tercero no producirá efectos especiales frente a los terceros. Por eso, el legislador español, acertadamente, determina, en el art. 25 de la LSSI-CE, que "la intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde formular a las personas facultadas con arreglo a derecho para dar fe pública". Debe quedar garantizada la autenticidad, integridad y privacidad de los documentos electrónicos, de forma que, en su caso, podrían ser presentados, insistimos, como prueba ante los Tribunales de Justicia.

La segunda obligación que está vinculada, en todo caso, a la modalidad de soporte técnico en el que se almacenen los documentos, determina que se tengan muy en consideración el tipo de datos contenidos en aquellos, pues las medidas de seguridad serán diversas dependiendo de la tipología e importancia de los datos. En consecuencia, habrán de ajustarse, en el ejercicio de su actividad, a la Ley Orgánica, 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal.

Podría plantearse la duda, pues la LSSI-CE no dice nada al respecto, de si los terceros de confianza también pueden archivar los datos relativos al medio de pago. Entendemos que, *a priori*, no existe óbice para ello, pues el silencio legal, al respecto, no puede entenderse como prohibición. Haciendo alusión al brocardo latino *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (que puede traducirse como cuando la ley quiere lo dice o dispone, cuando no lo quiere guarda silencio), podemos afirmar que el legislador español ha dicho exactamente lo que pretendía decir en el art. 25 de la LSSI-CE y, por tanto, no quería más que lo que dijo, ya que si lo hubiera querido (en el caso que nos ocupa prohibir el archivo de cierta información relativa a los medios de pago) lo hubiera dicho³¹. Es, por tanto, que consideramos válido el registro de los datos relativos al medio de pago, si bien, entendemos que lo más frecuente sería prescindir del archivo de los mismos, posiblemente, para evitar la desconfianza del potencial afectado y, asimismo, para no tener que verse sometida al cumplimiento de los requerimientos del Estándar de Seguridad de Datos de la Industria de Pagos con Tarjeta –*Payment Application Data Security Standard* (PA-DSS) o *Payment Card Industry Data Security Standard* (PCI-DSS)–, que es de obligado acatamiento, para cualquier organización que recopile, procese y almacene información de tarjetas bancarias, a partir del 1 de enero de 2008³². En todo caso, insistimos, el tercero de confianza podría, cumpliendo el mencionado estándar, almacenar los datos relativos al medio de pago, pues no hay óbice legal alguno.

Tal estándar, que contiene un conjunto de medidas dirigidas a garantizar la información asociada a pagos con tarjeta bancaria³³, protege dos grandes modalidades de

³¹ Sobre la interpretación de la mencionada frase latina nos remitimos a AHUMADA RUIZ, María Ángeles, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8 (1991), pp. 170 y 171; GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, Gedisa (Barcelona, 1999); DÍAZ MEDINA, Ana y MARTÍNEZ QUINTEIRO, Esther, *La igualdad como compromiso: Estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina*, Universidad de Salamanca (Salamanca, 2007), p. 27.

³² CLAMPA, Mark, *Security+ Guide to Network Security Fundamentals*, 3ª edición, Cengage Learning (Londres, 2008), p. 400; AMATO-McCOY, Deena M., *The Next Phase of PCI Security*, en *Chain Store Age*, Vol. 85, núm. 7 (2008), pp. 48; BARRON, Jacob, *It only takes one dealing with PCI-DSS*, en *Business Credit*, Vol. 111, núm. 2 (2009), pp. 14-16.

³³ AMERICAN BAR ASSOCIATION. SECTION OF ANTITRUST LAW, *Data security handbook*, American Bar Association (Chicago, 2008), pp. 65 y 66.

datos. Por un lado, la información de los titulares –el número de tarjeta, el nombre del titular y fecha de expiración– y, por otro, la información sensible de autenticación, banda magnética de la tarjeta, PIN y código de validación que se utiliza para transacciones no presenciales. Asimismo, se establecen normas básicas para estas bases de datos bancarias, además de los habituales antivirus, cortafuegos y parches de seguridad, cuales son la necesidad de que los datos deban estar cifrados y los accesos a la máquina controlados y grabados con la finalidad de que quienes la usen estén adecuadamente identificados³⁴. Si bien la medida que estudiamos no solo afecta al comercio electrónico a través de Internet, sino a cualquier compañía que almacene datos bancarios de manera electrónica, está especialmente dirigida a aumentar la seguridad del primero.

La figura que se somete a estudio –los terceros de confianza– propiciará el incremento del comercio electrónico, ya que este tercero imparcial, al certificar el contenido de una compra, transacción o contrato en línea, está favoreciendo un evidente compromiso de cumplimiento de las obligaciones previamente asumidas por cada una de las partes contratantes, reduciéndose, de este modo, la desconfianza de los potenciales consumidores y/o usuarios en la contratación en línea³⁵.

2.- *No son strictu sensu verdaderos notarios (según el sistema latino)*. El tercero de confianza, como hemos advertido, constituye una figura importada del Derecho anglosajón y, en particular, del Derecho norteamericano. La razón de su implantación en este último obedece a que los sistemas que lo crean no tienen figuras de las que, por el contrario, sí disponemos en el Derecho continental notarial latino que, dicho sea de paso, ya están inventadas desde hace bastante tiempo. Es por ello que, por lo que a nuestro sistema jurídico respecta, no parece oportuno, como la propia LSSI-CE determina, equiparar a los terceros de confianza en el ámbito del comercio electrónico con ciertos funcionarios públicos, como los notarios que por ley tienen atribuidas determinadas funciones³⁶.

De hecho, la intervención del denominado tercero de confianza, en el ámbito de la contratación electrónica, no altera ni tampoco sustituye las funciones de las personas facultadas según Derecho para dar fe pública. La figura que comentamos determinará, según el caso, unas apariencias probatorias, mayores o menores, pero en modo alguno, insistimos, aportará fe pública.

También debe advertirse que, en todo este orden de cuestiones, que venimos comentamos, se afirma, por un sector de la doctrina³⁷ –a nuestro juicio, con acierto–, que el notario puede llegar a actuar como tercero de confianza, pero sin las restricciones

³⁴ NEWMAN, Robert, *Computer Security: Protecting Digital Resources*, Jones & Bartlett Publishers (Estados Unidos, 2009), pp. 342 y 343.

³⁵ Lo que, en definitiva, hacen es actuar como intermediarios de información, reduciendo, de manera sensible, los costes de transacción. En el ámbito de las transacciones realizadas en el espacio electrónico, FRANKEL, Tamar, *Trusting and Non-Trusting on the Internet*, en *Boston University Law Review*, núm. 81 (2001), pp. 465 y 466.

³⁶ MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas (Madrid, 2000), p. 67; SÁNCHEZ LERMA, Gemma Angélica, *Contratación electrónica: firma electrónica y fe pública*, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 6 (2001), pp. 95-106; MICÓ GINER, Javier, *La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).

³⁷ MICÓ GINER, Javier, *La firma electrónica de...* (n. 36), cit., p. 267.

propias del mismo³⁸. En este caso, se argumenta que tal figura no estaría sujeta a las limitaciones contempladas en el art. 25 de la LSSI-CE. Así, a los notarios que actuaran como terceros de confianza no les sería aplicable el límite de los cinco años de conservación de las comunicaciones, ya que, según ciertas normas –como el art. 114 de la Ley española 24/2001–, podrán aceptar requerimientos puntuales o por plazos menores.

En Norteamérica la figura de los notarios –*Public Notary*– no son equiparables a los fedatarios públicos que hay en los países que disponen de sistemas latino-romanos continentales. En los Estados Unidos, con la única excepción del Estado de *Louisiana* (que tiene un sistema de origen latino o civil), no existe un sistema notarial, sino un sistema documental –de documento privado– al que debe añadirse una diligencia de reconocimiento en virtud de la cual la persona que ha firmado el documento declara, en presencia de un oficial autorizado, que la firma es suya y que, además, lo ha firmado voluntariamente. Para ser notario público en el sistema jurídico norteamericano únicamente son necesarios dos requisitos: honorabilidad y no saber Derecho.

Cuando la *American Bar Association* quiso implantar una figura que cumpliera las funciones de lo que sería el tercero de confianza –*Trusted Third Party*– fue consciente de las extraordinarias limitaciones de los notarios públicos tenían para tal fin³⁹. Por ello, de acuerdo con la recomendación de su Comité de Seguridad e Información –*Information Security Committee*–, inició un proyecto denominado *CyberNotary* –que podemos traducir por Notario electrónico o virtual– cuya finalidad fue posibilitar la actuación de un profesional que, por un lado, tuviera poder de certificación –que cada Estado otorga al *Public Notary*– y, por otro, poseyera los conocimientos jurídicos propios de un abogado. Estos especialistas garantizarían la autenticidad y credibilidad de las transacciones realizadas electrónicamente⁴⁰.

Cuando se habla del tercero de confianza en el sistema notarial latino debe llegarse a la determinación de que ese tercero de confianza entre las partes contratantes, sobre todo a la hora de dar seguridad jurídica a la contratación electrónica de carácter privado –pues

³⁸ El notario tradicional podría desempeñar una función recomendable en algunos espacios cercanos a los que el art. 25 de la LSSI-CE reconoce a los terceros de confianza. Así, a título de ejemplo, el art. 6 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, se posiciona a favor de la prestación de ciertas garantías que, a nuestro entender, podrían cubrirse, entre otras fórmulas, a través del notario. El mencionado precepto determina que “en la comercialización a distancia de servicios financieros deberá quedar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos objeto de la misma en un soporte duradero. Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada”. No en vano los notarios son los sujetos idóneos para garantizar la imparcialidad en la recogida y posterior archivo de documentos contractuales electrónicos así como la autenticidad en la expedición de copias electrónicas. De hecho, son funciones, en todo caso, análogas a las que vienen desarrollando desde hace siglos en nuestro Derecho con la contratación en papel.

³⁹ BARASSI, Theodore, *The CyberNotary: A New U.S. Legal Specialization for Facilitating International Electronic Commerce*, en *Bulletin of Law, Science & Technology* (1995), pp. 5-7; FAERBER, Charles, *Book Versus Byte: The Prospects and Desirability of a Paperless Society*, en *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 17, núm. 3 (1999), pp. 797 y 798.

⁴⁰ SMITH, Leslie Gordon, *The role of the Notary in the Secure Electronic Commerce*, Tesis de Master Information Technology, Universidad Queensland de Australia (2006).

la de carácter público exige la intervención de un notario en virtud de nuestra legislación notarial, civil, etc...-, precisa un tratamiento adecuado a nuestro marco jurídico⁴¹.

Como ha puesto de relieve la doctrina⁴², la figura que examinamos, tanto en el sistema latino romano continental, en general, como en el español, en particular, estaba ya inventada teniendo su regulación en la Ley española del Notariado, Reglamento Notarial español, Código civil español y leyes especiales que regulan la materia. La legislación española disciplina las características de esa función de la fe pública, así como de las declaraciones y juicios vertidos por el notario, con el sistema de presunciones, pero también la eficacia de la fecha de los documentos, bien autorizados por él –en todo su contenido– bien protocolizados e incorporados al protocolo público, con la fehaciencia de la fecha, según determinan los artículos 1216 y siguientes así como 1225 y siguientes del Código civil español.

Según tal corriente doctrinal⁴³, el sistema ya está inventado en nuestro ordenamiento jurídico por lo que si se quisiera crear un régimen diferente debería aprobarse una nueva Ley del Notariado Cibernético, copiando –o, en su caso, tomando como modelo– lo dispuesto al respecto en el sistema norteamericano, lo cual no parece, desde una perspectiva jurídica, muy razonable.

Y es que, como es sabido, el notario –fedatario público– tradicionalmente ha cumplido en el documento privado esas funciones que, ahora, se quieren otorgar a los terceros de confianza, mediante la protocolización del documento privado. Debe valorarse la posibilidad, por sus inestimables ventajas, de que, una vez que se realizara el contrato privado en soporte informático, se llevara al fedatario público para que lo traslade al papel y lo incorpore a un protocolo. En ese preciso instante se haría constar que se ha recibido en una determinada fecha, a una concreta hora y que se han comprobado las firmas electrónicas de los contratantes. De este modo, además junto al protocolo o archivo informático, coexistiría un documento intervenido por notario, lo cual, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, resulta muy relevante.

No podemos olvidar, a propósito de la última apreciación realizada, las consideraciones establecidas en el art. 114.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, relativo a la constatación fehaciente de hechos relacionados con soportes informáticos, que establece que “a solicitud de los interesados, los notarios podrán almacenar en archivo informático las comunicaciones electrónicas recibidas, así como las que, a requerimiento de aquellos, envíen a terceros. En todo caso, el notario actuante, dejará constancia en acta de tales hechos, consignando la fecha y hora en que hayan sucedido y expresando con claridad los extremos que quedan amparados bajo su fe. A estos exclusivos efectos, podrán los notarios admitir como requerimiento de parte la instancia suscrita con firma electrónica avanzada atribuida al requirente por un prestador de servicios de certificación acreditado mediante un certificado reconocido”. El precepto que acabamos de transcribir pretende dar respuesta a las necesidades del tráfico en el mundo de las comunicaciones electrónicas, para que quede constancia de los envíos de

⁴¹ GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, *Comercio y firma...*, cit. (n. 23), p. 290.

⁴² LÓPEZ-MONIS GALLEGU, ANA Y GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, *La contratación electrónica...*, cit. (n. 23), pp. 109-163.

⁴³ LÓPEZ-MONIS GALLEGU, ANA Y GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, *La contratación electrónica...*, cit. (n. 23), pp. 109-163.

comunicaciones de un sujeto a otro, así como la constatación fehaciente de la fecha y de la hora en que han ocurrido, y quien mejor que el notario (que, en su ejercicio profesional, está legitimado por el Estado español para dar fe pública), el que lo haga, con los efectos que determina la legislación específica⁴⁴. Es muy importante lo que indica esta disposición legal, dado que el notario deberá, en el acta que realice, expresar con claridad los extremos que quedan amparados por su fe pública, muy especialmente en cuanto al contenido de las comunicaciones, ya que el notario no las ha redactado, como en el caso de una escritura pública, con todo lo que ello significa⁴⁵.

De estas actas notariales se ocupa el art. 200 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, de 2 de junio de 1944, en la redacción efectuada por el Real Decreto español 45/2007, 19 de enero⁴⁶. Nos encontramos ante un acta de presencia extendida por notario que goza de resultados extraordinariamente positivos, sobre todo cuando se persigue preconstituir prueba⁴⁷ de unos hechos determinados para el ejercicio de una eventual acción judicial.

3.- *Alcance como medio de prueba.* En un sistema procesal caracterizado por la extensa admisión de medios de prueba que se recoge en el artículo 299 de la Ley española 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –LEC–, no cabe duda de la admisibilidad como prueba del documento electrónico⁴⁸. Aunque la admisión del documento electrónico como prueba en juicio, *a priori*, no plantea problemas, teniendo en consideración la facilidad con la que puede ser creado y modificado, es necesario combinar tanto medios técnicos como normas jurídicas para que las partes puedan tener prueba de la operación electrónica realizada con la misma eficacia y alcance que cuando el negocio se plasma en papel.

Una de las utilidades más relevantes de los terceros de confianza estriba, precisamente, en la posibilidad de generar indicios o evidencias electrónicas, admisibles como prueba en juicio⁴⁹, cuyo mayor o menor valor probatorio dependerá de los procedimientos

⁴⁴ MIGUEL DE ASENSIO, Pedro Alberto, *Regulación de la firma electrónica: balance y perspectivas*, en *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. 5, Associação Portuguesa de Direito Intelectual (Coimbra, 2004), pp. 115-143.

⁴⁵ Sobre este particular nos remitimos a las interesantes consideraciones realizadas por GARCÍA MÁZ, Francisco Javier, *Informática jurídica: La seguridad jurídica preventiva. El reto del notariado ante las nuevas tecnologías*, en *Memoria del Encuentro Nacional para la Consolidación del Registro Nacional de Testamentos* (2004), pp. 19 y 20.

⁴⁶ El art. 200.4 del Reglamento Notarial, tras la modificación señalada, determina que "conforme a lo establecido en el artículo 114.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, los notarios deberán dejar constancia en acta, a solicitud de los interesados, tanto de las comunicaciones electrónicas recibidas de estos como de las que, a requerimiento de los mismos, envíen los notarios a terceros. La Dirección General de los Registros y del Notariado queda habilitada para regular mediante Instrucción la forma en que el notario debe almacenar en su archivo electrónico el contenido de las actas a que se refiere este párrafo, determinando los soportes en que debe realizarse el almacenamiento y la periodicidad con que su contenido debe ser trasladado a un soporte nuevo, tecnológicamente adecuado, que garantice en todo momento su conservación y lectura".

⁴⁷ Destaca tal extremo, en relación a los terceros de confianza, MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier, *La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad comercial emergente*, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 85 (2008), p. 87.

⁴⁸ MARTÍN MARTÍN, Gervasio, *El documento electrónico en la Administración de Justicia*, en *Modernización y Nuevas Tecnologías. Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia (Madrid, 2004), pp. 6386.

⁴⁹ JULIÁ BARCELÓ, Rosa, *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico EDI*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), pp. 50, 51 y 52.

de aseguramiento y conservación, así como de las propias tecnologías empleadas en el intercambio de información por las partes del negocio jurídico.

Entre los aspectos más significativos para la admisibilidad en un proceso judicial de pruebas electrónicas destaca la adecuada preservación de su contenido⁵⁰. Teniendo en cuenta su carácter altamente volátil, será indispensable que reúnan las características de perdurabilidad e inalterabilidad. Por un lado, en cuanto a la perdurabilidad, el tercero de confianza, al estar obligado por imperativo legal a conservar las declaraciones, al menos, por cinco años, garantizaría la conservación de los documentos durante ese período tiempo⁵¹. Por otro, mediante la firma electrónica del tercero de confianza y una función de sellado de tiempo⁵², podría garantizarse la inalterabilidad de la prueba desde que se constituyó hasta el momento en que deba ser empleada en juicio⁵³. Aunque la firma electrónica garantiza la integridad –garantía de que los datos originales no han sido modificados, si la firma se verifica correctamente por el destinatario–, confidencialidad –ningún tercero puede acceder a la información enviada–, autenticidad –garantía de que el firmante de un documento electrónico está identificado a través del certificado emitido por el prestador de servicios de certificación– y el no repudio –la firma está asociada unívocamente a la clave privada del firmante, por lo que, mediante el uso de la clave pública correspondiente, la firma puede serle atribuida directamente a este⁵⁴– en origen del documento electrónico, el tercero de confianza se configura como un elemento esencial, para, adicionalmente, garantizar que el documento no sea repudiado en destino, cuando una de las partes asegure no haber recibido el mensaje que la otra ha enviado⁵⁵.

⁵⁰ Sobre este particular, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco y PUNZÓN MORALEDA, Jesús, *La Administración pública electrónica: Procedimiento administrativo telemático y Notificaciones Telemáticas*, en *E-Administración*, Escuela Riojana de Administración Pública (La Rioja, 2006), pp. 55-102.

⁵¹ No obstante, concurriendo tales presupuestos, cabe la posibilidad de que el mismo pueda cumplir con el resultado al que, en origen, se ha obligado, pero de forma defectuosa. Tal extremo acontecerá, entre otros aspectos, cuando la información haya sido manifestada de forma negligente.

⁵² El sellado de tiempo es un método para probar que un conjunto de datos existió antes de un momento dado y que ninguno de estos datos ha sido modificado desde entonces. El sellado de tiempo proporciona un valor añadido a la utilización de firma digital, ya que esta, por sí sola, no proporciona ninguna información acerca del momento de creación de la firma, y en el caso de que el firmante la incluyese, esta habría sido proporcionada por una de las partes, cuando lo recomendable es que la marca de tiempo sea proporcionada por una tercera parte de confianza. Sobre este particular, véase DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *Firma digital y comunicaciones procesales*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 571 (2003), pp. 4 y 5.

⁵³ A este respecto, resulta interesante destacar el acuerdo de colaboración, suscrito, el 20 de junio de 2008, entre el tercero de confianza Logalty y el Consejo General del Poder Judicial de España, para establecer un protocolo de comunicación entre la empresa Logalty y los órganos jurisdiccionales españoles, a efectos de no romper la cadena de custodia de las pruebas. En virtud del mismo, las pruebas que se generen, fruto de la prestación del servicio del tercero de confianza (en lugar de entregarse a las partes interesadas para que las aporten al proceso –momento en el que podrían ser manipuladas–), se hacen llegar directamente a los órganos jurisdiccionales españoles.

⁵⁴ Sobre la problemática que esta cuestión podría suscitar, como consecuencia de la suplantación de la firma electrónica, puede verse RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *La seguridad de la firma electrónica: consecuencias de su uso por un tercero*, Consejo General del Notariado (Madrid, 2005), pp. 30 y sigs.; LAFUENTE SUÁREZ, Manuel, *Análisis de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, tras dos años de vigencia: problemas no resueltos en torno a los certificados de firma electrónica*, en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 11 (2006), pp. 39-54.

⁵⁵ En este sentido se pronuncia GARRIGUES, *La función técnica y jurídica del tercero de confianza*, en *Computing España* (febrero, 2009), p. 30.

En cuanto al reconocimiento de los datos electrónicos como prueba documental, el artículo 3.8 de la Ley española 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (LFE), recientemente modificado por la Ley española 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, dispone que: "el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio". Tal regulación es, en todo caso, continuación del criterio adoptado por el art. 24.2 de la LSSI-CE, siguiendo al art. 17 *bis* de la Ley española del Notariado, introducido por la Ley de Acompañamiento 24/2001, reguladora del "documento público electrónico" o "instrumento público electrónico", esto es, del documento público notarial electrónico⁵⁶.

Cabe hacer un inciso y es que en el art. 17 bis de la Ley española del Notariado se establece que la intervención notarial del documento público electrónico "ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos" que la del documento en papel. De hecho, el notario en la contratación electrónica, del mismo modo que en la contratación decimonónica o tradicional, deberá dar fe de diversos aspectos. Entre los mismos, cabe destacar la necesidad de dar fe en relación a la identidad de los otorgantes, de que, a su entender, tienen capacidad y legitimación, que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Todo ello presupondría, *prima facie*, la presencia física de la persona o personas otorgantes –o sus correspondientes representantes– lo que es incompatible con la contratación electrónica⁵⁷. Cuanto planteamos nos pone ante una doble alternativa⁵⁸. Por un lado, podríamos considerar estar ante una evidente antinomia y, por otro, podríamos reinterpretar e integrar adecuadamente los mandatos legales incluidos en la Ley española del Notariado⁵⁹. En cualquier caso, aunque la separación física siempre conlleva cierto nivel de vulnerabilidad jurídica respecto a la comprobación de la identidad de las partes, de su capacidad y de su manifestación de voluntad, tales salvedades podrían encontrar una solución, realizando algunos retoques normativos, apostando, como venimos comentando, por el uso de la firma electrónica⁶⁰. En virtud de esta última, como veremos, se pueden imputar consecuencias jurídicas⁶¹ –por más objeciones que se hayan efectuado–.

⁵⁶ A propósito de esta cuestión nos remitimos a las interesantes consideraciones de COUTO CALVIÑO, Roberto, *La intervención notarial en la contratación electrónica: realidad o ficción*, en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 91 (2008), pp. 55-81; COUTO CALVIÑO, Roberto, *Notariado y Nuevas Tecnologías*, en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 97 (2008), pp. 95 y 96.

⁵⁷ Tal extremo, como dispone RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Firma electrónica y documento electrónico*, Consejo General del Notariado (Madrid, 2004), p. 120, no podría suplirse por videoconferencia o comparecencia virtual.

⁵⁸ COUTO CALVIÑO, Roberto, *Contratación bancaria electrónica en documento público: problemas y perspectivas*, en MADRID PARRA, Agustín (Dir.), y GUERRERO LEBRÓN, María Jesús y PÉREZ RODRÍGUEZ, Ángela María (Coords.), *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons (Madrid, 2010), p. 286.

⁵⁹ En este sentido, como revela SIMÓ SEVILLA, Diego, *Las nuevas modalidades de prestación del consentimiento: la función notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico*, en *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado (Madrid, 2001), p. 431, si cada una de las partes tiene que comparecer, de manera presencial, ante el notario se podrían esfumar las ventajas del documento informático concebido para la contratación a distancia.

⁶⁰ MATEU DE DOS CERREZO, Rafael, *El consentimiento electrónicos en los contratos bancarios*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 19, núm. 79 (2000), p. 33.

⁶¹ Aunque el uso de la firma electrónica reconocida debiera ser suficiente, para la identificación de los contratantes en el ámbito de la contratación electrónica, continúan existiendo ciertas redundancias. Al hilo de este aspecto, VILCHES TRASSIERRA, Antonio José, *Aproximación a la sociedad de la información: firma, comercio y banca*

Ahora bien, volviendo a la cuestión inicialmente planteada, este vínculo existente entre el art. 3.8 de la LFE y el art. 24 de la LSSI-CE, que resulta indiscutible, lo será solo para aquellos casos –por lo demás, muy frecuentes en la práctica– en los que el documento electrónico aportado como prueba tenga causa en un contrato electrónico y contenga una firma electrónica.

En todo caso, con la novedad que aporta el citado art. 3.8 de la LFE se llena la omisión del Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica⁶² y de la Directiva comunitaria 1999/93/CE, de 13 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, pues en ambos simplemente se ordenaba la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en juicio, pero sin determinar de qué tipo de medio probatorio se trataba. Y, asimismo, se modifica el criterio contrario a la naturaleza documental de tal medio de prueba contenido en la LEC.

electrónica, Centro de Estudios Registrales (Madrid, 2002), p. 95, pone de manifiesto el contrasentido que supondría en la contratación electrónica, mediante empleo de firma electrónica, una eventual intervención notarial según los parámetros actuales, ya que daría lugar a que la identidad de los otorgantes estuviera doblemente garantizada, por el prestador de servicios de certificación de la firma o firmas empleadas y por el notario. Añade que la garantía de identificación, por parte del notario, resultaría redundante, por lo que una de las razones que justificarían la presencia física de las partes se difuminan en la mecánica formalizadora contractual electrónica.

⁶² Sobre la mencionada norma legal existe una amplísima bibliografía. En este sentido, cabe destacar, entre otros muchos, los trabajos de BOLAS ALFONSO, Juan, *Seguridad en la contratación por Internet: firma electrónica y fe pública*, en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 30-31 (1999), pp. 89-106; MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, *Comentario de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-ley, de 17 de diciembre, sobre firma electrónica*, en *La Ley*, núm. 6 (1999), pp. 1860-1871; MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, *Comentarios sobre la regulación de la firma electrónica*, en *Partida Doble*, núm. 106 (1999), pp. 14-33; MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, *La Ley de Firma Electrónica*, Civitas (Madrid, 2000); ALCOCER GARAU, Guillermo, *El Real Decreto-ley sobre firma electrónica*, en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 1 (2000), pp. 26-27; ÁLVAREZ CIENFUEGOS-SUÁREZ, José María, *La firma y el comercio electrónico en España: comentarios a la legislación vigente*, Aranzadi (Pamplona, 2000); ALCOCER GARAU, Guillermo y ALONSO UREBA, Alberto, *La firma electrónica*, en MATEU DE ROS CEREZO, Rafael y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, Juan Manuel (Coords.), *Derecho de Internet: la contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi (Pamplona, 2000), pp. 175-206; BALSELLS TRAVER, Marisa y MARCOS MARTÍN, José Luis, *La firma electrónica: génesis y regulación*, en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2646 (2000), pp. 31-36; FERNÁNDEZ DOMINGO, José Ignacio, *La contratación electrónica y el Real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica*, en *Actualidad Civil*, núm. 2 (2000), pp. 527-548; OLIVER LALANA, Ángel Daniel, *La eficacia jurídica de la firma electrónica, considerada en relación con los documentos electrónicos privados y públicos*, en DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (Coord.), *Encuentros sobre Informática y Derecho*, Aranzadi (Pamplona, 2000), pp. 251-268; RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *La firma electrónica*, en *Notariado y contratación electrónica*, Colegios Notariales de España (Madrid, 2000), pp. 375-404; GARCÍA VIDAL, Ángel, *La regulación jurídica de la firma electrónica*, en TATO PLAZA, Anxo y FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Angel (Coords.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons (Madrid-Barcelona, 2001), pp. 355-371; HUERTA VIESCA, María Isabel, *La firma electrónica en la regulación española: valoración crítica*, en HUERTA VIESCA, María Isabel y RODRÍGUEZ-RUIZ DE VILLA, Daniel (Coords.), *Los prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*, Aranzadi (Pamplona, 2001), p. 21; SORIANO MALDONADO, Salvador, *La firma electrónica en la UE y España: panorama del marco regulatorio general*, en *Economía Industrial*, núm. 338 (2001), pp. 79-86; BATUECAS CALETRÍO, Alfredo, *Hacia una Ley de Firma Electrónica que mejore el Real Decreto-Ley de Firma Electrónica 14/1999, de 17 de septiembre*, en APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, MORO ALMARAZ, María Jesús y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (Coords.), *Internet y comercio electrónico*, Ediciones de la Universidad de Salamanca (Salamanca, 2002), pp. 153-176.

El soporte en que se hallen los datos electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio, rigiéndose por las normas procesales probatorias de los documentos públicos o privados, según se trate, efectivamente, de un documento de una u otra clase. La ley española se refiere a los documentos firmados electrónicamente como verdaderos documentos, sin marcar diferencias en atención a la clase de firma, sino a la naturaleza del documento⁶³ –público o privado–, a los efectos de su aportación como prueba documental en juicio⁶⁴.

En la práctica, un importante número de terceros de confianza generan sus propios certificados seguros de firma electrónica mediante una Infraestructura de Clave Pública –*Public Key Infrastructure* (PKI)– propietaria del servicio, o bien utilizan los certificados emitidos por un Prestador de Servicios de Certificación para realizar el cifrado de los documentos. Esta función del tercero de confianza traerá importantes beneficios en el ámbito procesal, pero también actuará como elemento disuasorio de los incumplimientos, dado que las partes sabrán que los términos contractuales están archivados por un tercero⁶⁵ y que, llegado el caso, serían aceptados como prueba en un eventual proceso.

4.- *Virtualidad práctica.* Desde la aprobación de la LSSI-CE diferentes empresas españolas prestan el servicio de tercero de confianza que, como hemos visto, es objeto de regulación en el artículo 25 LSSI-CE. Podríamos agrupar el elenco de entidades prestadoras del citado servicio en atención a varios criterios, si bien hemos optado por diferenciarlas según el carácter público o privado de las mismas. Asimismo, debemos advertir que la enumeración, aunque hemos pretendido que sea lo más completa posible, no presenta carácter exhaustivo, sino únicamente ejemplificativo.

Por lo que a las empresas públicas prestadoras del servicio se refiere, cabe citar a la Autoridad de Certificación de la Comunidad Valenciana⁶⁶, cuyo art. 3.2.g) del Decreto 149/2007, de 7 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Prestador de Servicios de Certificación Electrónica de la Comunitat Valenciana, prevé, en sede de las actividades complementarias susceptibles de ser realizadas, la posibilidad de ofrecer el servicio de tercero de confianza.

⁶³ Así, BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *La firma electrónica y su regulación en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica*, en *Foro. Nueva Época*, núm. 3 (2006), pp. 452 y 453.

⁶⁴ En contra se manifiesta GARCÍA MÁS, Francisco Javier, *Comercio y firma...*, cit., p. 68.

⁶⁵ En cuanto a la manera de recuperar los documentos custodiados por el tercero de confianza, entre otras, existen dos alternativas. En primer lugar, la llave criptográfica única por documento que sería realizado, desde el punto de vista de los documentos depositados, en el momento de su depósito para custodia. Empleando cualquiera de los algoritmos criptográficos robustos, se crearía un número o llave única asignada, de forma unívoca, al documento. Y, en segundo lugar, el acceso a los documentos por identificador de usuario. Esta alternativa se basa en la identificación del usuario, por lo que es básico que el servicio realice el registro, junto con cada documento depositado, de los datos necesarios para la identificación de los usuarios propietarios del documento, que deben poder solicitarlo. Para realizar este proceso de identificación, el método más adecuado puede ser la utilización del DNI electrónico.

⁶⁶ La Autoritat de Certificació de la Comunitat Valenciana (ACCV) -www.accv.es- es el Ente Prestador de Servicios de Certificación Electrónica de la Comunidad Valenciana constituido mediante la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de La Generalitat.

Entre las empresas privadas, deben, entre otras, destacarse TercerosdeConfianza⁶⁷, Logalty⁶⁸, Mediador de Confianza de Telefónica de España⁶⁹, *Doc On Time*,⁷⁰ Firmatuscontratos.com⁷¹, *ConfirmSign*⁷², *Mailcertificado.com*⁷³ –estos dos últimos esencialmente centrados en el intercambio de correos electrónicos–.

⁶⁷ Es una Sociedad Limitada con sede en Barcelona. La empresa que comentamos www.tercerosdeconfianza.com destaca por ser una de las pioneras (ya que lo hace desde 2002) en la prestación del servicio de archivo de certificación de compras, de contratos y de correos electrónicos.

⁶⁸ Se trata de una empresa conjunta o *joint venture* participada por Garrigues y el grupo *Deutsche Telekom*, a través de *TSystems*. Es interesante poner de relieve que Logalty www.logalty.com tiene suscrito un convenio relevante, a nuestros efectos, en concreto, con la Agencia Notarial de Certificación (que es una sociedad mercantil dependiente al cien por cien del Consejo General del Notariado) en virtud del cual esta última incorpora el sellado de tiempo a las transacciones y guarda un resumen del contenido de los intercambios.

⁶⁹ El servicio de firma digital de Telefónica de España, denominado Mediador de Confianza www.empresas.telefonica.es/asp/catalogo_servicios/comunicaciones_publicas/movil/firma, no solo proporciona las plataformas y los elementos técnicos para que los clientes puedan hacer uso de la firma electrónica (fija y móvil), sino que, además, ofrece los elementos de consultoría jurídico-técnica, desarrollo e implantación y servicio de tercero de confianza para transacciones en Internet. El servicio cuenta con el reconocimiento de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.

⁷⁰ Es una empresa www.docontime.com participada por Corporación Caja Navarra e Invernosta, sociedad perteneciente al Grupo Sa Nostra –Caja de Baleares–.

⁷¹ Tal servicio www.firmatuscontratos.com se presta por Áuniqua, Sociedad Limitada Unipersonal que es una empresa asturiana con sede en Gijón.

⁷² www.confirmsign.com es un servicio prestado por la entidad mercantil Confirmsign, Sociedad Limitada, con sede en A Coruña. Tal empresa permite a sus clientes crear y enviar contenidos virtuales con validez legal en el mundo físico. A través del citado sitio *Web* el usuario interesado puede contratar servicios de correo electrónico con certificación. De cualquier correo enviado o recibido a través de la citada plataforma será posible obtener constatación mediante acta notarial.

⁷³ El mencionado servicio se realiza por STJ, Sociedad Limitada inscrita en Madrid. Tal empresa certifica notarialmente todas las comunicaciones que se realicen, desde el correo electrónico, el fax, hasta el SMS, dándole validez probatoria a efectos legales de cara a cualquier tipo de reclamación. En ese sentido, certifica tanto el cuerpo del correo electrónico como los ficheros adjuntos que en él se incluyan, sea cual sea su formato.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

MARCO TEÓRICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

JOSÉ ANTONIO BARBÓN LACAMBRA
 Universidad de Buenos Aires

RESUMEN

Esta presentación discurre sobre los conceptos teóricos centrales que constituyen la filosofía de Santo Tomás de Aquino, en clave realista, es decir, desde una metafísica del ser, sin contradicción entre razón y fe, y cómo a partir de estos elementos teóricos se desarrolla su filosofía del derecho, desde la cual se define y se conceptualiza al derecho y a su objeto, como lo justo, fundamento del acto de justicia.

PALABRAS CLAVE: Razón, fe, filosofía, ser, esencia, tomismo, derecho, justicia.

ABSTRACT

This presentation elaborates on the core theoretical concepts that come from philosophy of St. Thomas Aquinas, in realistic key, from a metaphysics of being, without contradiction between reason and faith and, from these theoretical elements developed his jurisprudence, from which is defined and conceptualized the law and its purpose, as fair, basis for the act of justice.

KEY WORDS: Reason, faith, philosophy, being, essence, Thomism, law, justice.

I.- Presentación. II.- La necesaria concordancia entre fe y razón. La Filosofía y los mitos. Los caminos de la concordancia. Los apologetas. El siglo XII. Santo Tomás de Aquino. III.- La filosofía del sentido común. Filosofía del ser. Lo revelable. El acto de ser. Conocimiento especulativo y conocimiento práctico. La dialéctica tomista. IV.- La iusfilosofía tomista. Metafísica y derecho. Analogía y derecho. a) Analogía de atribución intrínseca. b) Analogía de atribución extrínseca. *Ipsa res iusta*. El derecho fundamenta el acto de justicia. IV.- El derecho es lo justo.

I.- PRESENTACIÓN

El objeto del presente trabajo es ofrecer una visión personal sobre el pensamiento de Santo Tomás de Aquino en relación al Derecho. Trataremos de poner claramente de manifiesto, como ya lo han hecho otros antes¹, cuál es el real alcance de su concepción, la cual está muy lejos de ser identificada pura y simplemente con el llamado Iusnaturalismo Teológico.

Entendemos que el principal problema del abordaje a Santo Tomás de Aquino radica en el olvido de las cuestiones centrales de su filosofía; la cual, si bien se encuentra fundada

¹ VILLEY, Michel, *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y Santo Tomás*, Carlos Raúl Sanz y Silvia De Nápoli (Trads.), Editorial Ghersi (Buenos Aires, 1981); y SANZ, Carlos Raúl, *Sobre esto y aquello*, Editorial Teodicea (Buenos Aires, 2009). Estimamos pertinente la aclaración toda vez que existen otros autores que se enrolan en un tomismo que no consideramos fiel a las enseñanzas del Angélico.

en su teología, no significa que carezca del rigor que merece, como tampoco implica una degradación de la razón frente a la fe, sino lo contrario.

Debido a que las ideas del Angélico son tratadas en obras fundamentalmente teológicas y, en menor medida, filosóficas, entendemos oportuno hacer algo más que una mera introducción al tema que nos ocupa.

II.- LA NECESARIA CONCORDANCIA ENTRE FE Y RAZÓN

Cuando alguien quiere hacer gala de un cierto grado de intelectualidad, presumiendo frente a terceros de estar integrado en el mundo, lo mejor que puede hacer a la hora de descalificar a otros, es dedicarle una sola palabra: medieval, que aún hoy, incluso en el lenguaje común², es tenido por un calificativo bastante despectivo; hasta casi se podría tomar como un insulto. El motivo era (y es) que todo lo referente al período histórico que, según se enseña, transcurre entre la caída del Imperio Romano de Occidente y el descubrimiento de América fue intrascendente. Nada importante había ocurrido, diez siglos después todo estaba por pensarse; más bien fue un preludio de lo que vendría con el Renacimiento.

Y ese renacer en el pensamiento lo daría Descartes. Hegel dice, cual si fuera Rodrigo de Triana, que la aparición de este filósofo, fue algo así como gritar Tierra. Ejemplo bastante más gráfico de lo que, equivocadamente, se piensa³ que fue la filosofía durante esa época.

Pero hay otra palabra. Una con la cual se puede caracterizar a toda la filosofía medieval, que encierra en la composición armónica, no arbitraria, de sus letras la forma en que se pensaba y el método en que se desarrolló; una palabra que nos permite captar y entender a la filosofía de ese momento histórico. Escolástica, término que nos habla de una concordancia o coordinación entre fe y razón, por haber sido esa la tarea que se impusieron los amantes de la sabiduría en la Edad Media. Demostrar la no contradicción y, sí, la complementariedad entre lo que se cree y lo que se piensa; dando un lugar significativamente relevante y original (por la importancia) a la razón en relación con la fe. Lo cual por otra parte, como veremos más adelante, no puede ser de otra manera, puesto que el término filosofía, según la etimología griega, significa amor a la sabiduría. Y lo que se sabe, en cierto modo, no puede creerse.

“Conjuga en cuanto puedas, la fe con la razón”, tales fueron las palabras que Boecio (quien dio comienzo a la escolástica, si es que cabe adjudicar a alguien el inicio de esta manera de filosofar) dirigió al papa Juan I. Tal cometido fue ejecutado de manera acabada y perfecta, por Santo Tomás de Aquino⁴. Este fraile mendicante, perteneciente a la orden de los

² Téngase en cuenta que incluso cuando queremos decir que alguien no cuenta con los mínimos elementos que la modernidad nos ofrece, solemos decir “se quedó en la Edad Media”, con mucha más habitualidad que respecto de otros períodos históricos anteriores.

³ Decimos que se piensa, porque basta echar una ojeada a ciertas Clases Magistrales que formaron parte de un Suplemento de Filosofía del diario Página 12, publicado a lo largo del año 2006, el cual comienza por Descartes. Lamentablemente, se desconoce el carácter profundamente religioso y devoto de este filósofo, haciéndolo pasar como una suerte de desenmascarador del pensamiento teocéntrico. Étienne Gilson citando Hamelin dice que se lo “coloca después de los antiguos, casi como si nada hubiese entre ellos y él, con excepción de los físicos”, en *El espíritu de la filosofía medieval*, Ricardo Anaya (Trad.), Emecé Editores (Buenos Aires, 1952), p. 22.

⁴ “... se hace necesario recurrir a la razón natural, a la cual todos se ven obligados a asentir, pero que sin embargo es insuficiente en las cosas divinas. Y al mismo tiempo que investigamos con verdad, mostraremos cuáles son los errores que ella excluye, y de qué modo la verdad demostrada está de acuerdo con la fe de la religión cristiana”. DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma contra los Gentiles* I, 2. Sobre esta obra nos referiremos a la edición del Club de Lectores (Buenos Aires 1951), María Mercedes Bergada (Trad. directa del texto latino), con introducción y notas de Ismael Quiles, S.I.

dominicos, es el que realiza la concordancia entre la fe, aceptando el contenido de la revelación (lo revelado y lo revelable⁵) y la razón, transmitiendo esa verdad con una argumentación necesariamente racional.

Esa concordancia, ese venir en común entre ambos órdenes de conocimiento, descansa en una profunda confianza en la capacidad por parte del hombre de conocer, puesto que, tal como había proclamado Boecio, había que llegar a un conocimiento racional de la palabra de Dios. ¿Por qué había que lograrlo? Porque era posible, conveniente, necesario y útil hacerlo; pues para entender algo, cualquier cosa que sea, incluso la más cotidiana de nuestra vida de relación, ha de ser mínimamente comprensible y razonable. A esto se dedicó la primera escolástica, cuyo máximo representante fue el Doctor común de la Humanidad. Por eso afirma con razón Chesterton que “no es una irreverencia hacia Aristóteles decir que, en ciertos respectos, él no fue más que el fundador de la filosofía de un modo general y tosco si se compara con algunas sutilezas de los medievalistas; que el griego dio algunas grandes indicaciones que los escolásticos desarrollaron en las más delicadas y bellas sombras;... lo que hizo a la revolución aristotélica realmente revolucionaria fue el hecho de que era una filosofía profundamente religiosa⁶”.

La Filosofía y los mitos. La cuestión religiosa estaba presente desde la antigüedad griega; pues había constituido uno de sus mayores esfuerzos purificar de formas mitológicas la concepción que los hombres tenían de Dios. Si bien el intento de comprender el origen del universo, y en él, el de los dioses, encontró su primera expresión en la poesía, esta se expresaba mediante mitos que explican la realidad.

Jaeger dice en *Paideia*⁷ que el comienzo de la filosofía no coincide ni con el principio del pensamiento racional ni con el fin del pensamiento mítico. Auténtica mitogonía hay todavía en el centro de la filosofía de Platón y Aristóteles. Así, en el mito del alma de Platón o en la concepción aristotélica del amor de las cosas por el motor inmóvil del mundo. Parafraseando a Kant, la intuición mítica sin el elemento formador del logos es ‘ciega’, y la conceptualización lógica sin el núcleo viviente de la originaria “intuición mítica” resulta “vacía”⁸.

⁵ Seguimos a GILSON, Étienne, *El Tomismo*, Fernando Múgica (Trad.), EUNSA (Pamplona, 1989), pp. 27 y ss. Santo Tomás distingue claramente los dos conocimientos comprendidos en una única ciencia. Tanto lo que la Sagrada Escritura considera en cuanto revelado por Dios como lo que es revelable caen bajo el aspecto formal del objeto de la Doctrina Sagrada. Nada impide que las facultades o hábitos se diversifiquen al considerar sus distintos objetos y que, al mismo tiempo, ellos sean considerados por una facultad o hábito superior; puesto que una facultad o hábito superior lo considera todo bajo un aspecto formal mucho más universal. Tal como el sentido común tiene por objeto lo sensible, y lo sensible es también objeto de la vista o del oído; de ahí que el sentido común, en cuanto facultad, abarque los objetos propios de los cinco sentidos. De modo parecido, lo que cae dentro del campo de las diversas ciencias filosóficas, puede ser considerado bajo un solo aspecto, el de ser revelable por Dios, por la doctrina sagrada como una única ciencia.

⁶ CHESTERTON, Gilbert Keith, *Santo Tomás de Aquino*, H. Muñoz (Trad.), Editorial Espasa Calpe Argentina (Buenos Aires, 1946), p. 68.

⁷ JAEGER, Werner, *Paideia*, Joaquín Xirau y Wenceslao Roces (Trads.), Fondo de Cultura Económica (México, 2010), p. 151.

⁸ Incluso KIERKEGAARD, Sören, *Temor y Temblor*, Jaime Grinberg (Trad.) (Buenos Aires, Losada), 2007, pp. 297 y ss. (Problema III), traza un paralelo en este sentido.

Sin perjuicio de ello, es necesario aclarar el asunto del mito en la Filosofía, toda vez que, como ocurre habitualmente por ciertos corrimientos de lenguaje, solemos hacer una suerte de igualación de cosas parecidas pero no idénticas. El caso de mito y mitología pareciera ser uno de ellos ya que generalmente se asocia la mitología al conjunto de mitos o una especie de idea o palabra de clase con la que se trata de ubicar o asociar todo lo referido a los mitos.

Mito, en propiedad de lenguaje es fábula, ficción alegórica, especialmente en materia religiosa⁹. Y si bien se asocia la palabra mitología con una serie de relatos sobre hechos de los dioses que envuelven acontecimientos fantásticos que pueden violentar la racionalidad del hombre y que se expresan a través de fábulas, se lo hace por una suerte de contraposición a lo religioso. Mientras una se referiría a los falsos dioses, la otra tendría por objeto lo relativo a un ser omnisciente, omnipotente y eterno. Se vincula al mito con las realidades referidas por la mitología, es decir con algo alejado en gran medida de la verdad y no con aquello de lo que realmente se ocupa como ser interpretaciones poéticas de fenómenos naturales o planteamientos de problemas profundos y humanos.

Mito es una figura retórica que consiste en hacer patentes en un discurso, con metáforas, un sentido real y otro figurado, a fin de dar a entender una cosa expresando otra distinta. Haciendo un paralelo audaz, nos animamos a compararlo con las parábolas. Mientras estas son narraciones de hechos fingidos pero de los que surge una enseñanza moral por comparación de hechos; el mito es un medio de conocimiento y exposición de la verdad, pues se trata de un pensar por imágenes que es paralelo al logos que piensa por conceptos. En palabras de Giovanni Reale, el mito tiene la ventaja de ser “más comunicativo y persuasivo, sobre todo si se lo presenta mediante el instrumento de la gran prosa de Platón”¹⁰.

Platón en *República*, entre otras cosas nos dice que determinados conocimientos solo pueden ser alcanzados por pocas personas y gracias a una educación constante y prolongada, mientras que en el *Teeteto* elige como forma para el hallazgo de la verdad el diálogo, la conversación sincera, abierta y franca dirigida por un sabio, al que allí llama específicamente partero de verdades¹¹. Esta dialéctica es la que permite, mediante la realización de esfuerzos correspondiente, conocer el ser de las cosas que se estudian. Para Platón el mito es un camino indispensable para acceder a la verdad.

Los niveles de conocimiento a los que puede acceder el hombre, es explicado de manera estrictamente filosófica por Santo Tomás en la Suma contra Gentiles¹² al demostrar como ciertas verdades, cognoscibles por el hombre en potencia, han sido reveladas para garantizar en acto que todos puedan participar de ellas, pues si fuera de otro modo solo quedarían al alcance de algunos, ya que aquellos que no tuvieran aptitud, tiempo, ánimo por el estudio en general o sobre esos asuntos en particular jamás las alcanzarían.

⁹ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima edición, Editorial Espasa Calpe, 1984, Tº II, p. 915.

¹⁰ REALE, Giovanni, *Platón. En busca de la sabiduría secreta*, Roberto Heraldo Bernet (Trad.), Editorial Herder (Barcelona, 2002), p. 315.

¹¹ Método, mal llamado a nuestro entender socrático puesto que no tributa debidamente a Platón el rédito debido, que se conocerá como dialéctica consistente en la búsqueda de la verdad pero no superando contradicciones sino errores.

¹² *Suma Teológica*, I, 4, pp. 70 a 72. En la presente, siempre haremos referencia a la edición bilingüe de la B.A.C. (Madrid 1956), texto latino de la edición crítica leonina; traducción y anotaciones por una comisión de PP Dominicos presidida por FR Francisco Barvado Viejo O.P., introducción general por FR Santiago Ramírez O.P.

Los caminos de la concordancia. Las relaciones entre la fe y la razón es de los temas que no pierden actualidad por la sencilla razón que siempre han estado sobre el tapete. No solo por las Cartas Encíclicas *Fides et Ratio* de Juan Pablo II y *Spe Salvi* de Benedicto XVI, sino también por las aproximaciones que desde otros planos se trata de hacer y que suelen generar una importante confusión en el pensamiento actual¹³. Producto de estos equívocos es el enroque que se produce entre ambas, el que se hace manifiesto en cuestiones en que deliberada e injustificadamente se las separa en vez de unir las; mientras que en otras se las une equivocadamente¹⁴.

Se las trata de separar falsamente siempre que desde diversos ámbitos científicistas (no científicos) se hace gala de explicaciones que no explican, y de descubrimientos que nada descubren. El hallazgo del genoma humano ha hecho patente que no hay grandes diferencias entre el ADN del hombre y el de una lombriz o una mosca. Pensemos: si Dios hizo al hombre de barro, y luego le infundió el soplo divino, es evidente que la diferencia específica no puede estar en la conformación corpórea del hombre, pues todos los animales la tienen, sino más bien en el alma espiritual¹⁵. Y ésta no es otra cosa, que ese aire que Dios nos sopló, transformándonos de barro en hombres. Es decir, lo que se sabe por la fe, que el hombre es una creación de Dios, y no una especie que evoluciona¹⁶, no es contradicho por la razón¹⁷ sino confirmado. O, puesto de otra forma, por los avances de la ciencia sabemos que lo que creíamos, era verdad, y ahora estamos en lo cierto¹⁸.

¹³ Planteos como la Teoría del Big Bang, sobre los que es bueno recordar, a tenor de la novedad que la misma puede conllevar, que los llamados “Filósofos de la naturaleza” intentaron una explicación del mundo y sus inicios desde los elementos.

¹⁴ En el caso de la filosofía jurídica, la confusión es mayor, pues se advierte como determinadas corrientes, persisten en atribuir un carácter religioso al pensamiento de Santo Tomás en lo relativo al derecho en sentido estricto. Nótese como un autor de la talla de Nino, en su *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea (Buenos Aires, 2007), no cita ningún texto original de Santo Tomás relativo al derecho. Las dos menciones que hace son (textualmente): I-II, c. 6, ad 5 relativo a la cuestión de lo voluntario y lo involuntario y la c. 96, art. 2º que trata si incumbe a la ley humana reprimir todos los vicios. Si agregamos que entiende que para Santo Tomás el derecho natural es una especie del género de ley (p. 386) y teniendo en cuenta que el Aquinate expresa *et eideo lex no est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliquis ratio iuris* (de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón de derecho), no es irrespetuoso decir que el iusfilósofo argentino no comprendió al angélico doctor.

¹⁵ Destaco el carácter espiritual del alma humana, toda vez que los animales también tienen “alma”, aunque no sea espiritual.

¹⁶ Véase a este respecto la brillante explicación de POLO, Leonardo, *Introducción a la Filosofía*, EUNSA (Navarra, 2002), p. 133 y ss.

¹⁷ Ya en la Carta Encíclica *Gaudium est Spes* (36) se expresaba que “... la investigación metódica en todos los campos del saber, si está realizada de una forma auténticamente científica y conforme a las normas morales, nunca será en realidad contraria a la fe, porque las realidades profanas y las de la fe tienen su origen en un mismo Dios. Más aún, quien con perseverancia y humildad se esfuerza por penetrar en los secretos de la realidad, está llevado, aun sin saberlo, como por la mano de Dios, quien, sosteniendo todas las cosas, da a todas ellas el ser. Son, a este respecto, de deplorar ciertas actitudes que, por no comprender bien el sentido de la legítima autonomía de la ciencia, se han dado algunas veces entre los propios cristianos; actitudes que, seguidas de agrias polémicas, indujeron a muchos a establecer una oposición entre la ciencia y la fe...”

¹⁸ Al referirnos a la palabra verdad, hacemos referencia a lo que Casaubón ejemplifica como certeza subjetiva, mientras que con cierto nos referimos a la certeza formal, en *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, EDUCA (Buenos Aires, 1999), p. 285 y 286.

Junto al conocimiento propio de la razón humana, capaz por su naturaleza de llegar hasta Dios, existe uno que es adecuado a la fe. Este conocimiento expresa una verdad que se basa en el hecho mismo de que Dios se nos revela. Como enseñan los Concilios Vaticanos, I y II, “hay un doble orden de conocimiento, distinto no solo por su principio, sino también por su objeto; por su principio, primeramente, porque en uno conocemos por razón natural, y en otro por fe divina; por su objeto también porque aparte aquellas cosas que la razón natural puede alcanzar, se nos proponen para creer misterios escondidos en Dios de los que, al no haber sido divinamente revelados, no se pudiera tener noticia”¹⁹.

Hay verdades relativas a Dios que son accesibles a la razón y otras que la sobrepasan:

- Allí donde la razón puede comprender, la fe no tiene lugar
- Fe, es precisamente lo que la razón no alcanza

Los apologetas. El tomar contacto con la realidad, con lo que son las objetos de modo real, directo y sin intermediarios ni filtros ideológicos, podríamos decir que es, en términos actuales, lo que Aristóteles llamaba la admiración de las cosas, sin la cual es imposible el conocimiento de ninguna. En ciertas ocasiones, escuchar o leer este tipo de afirmaciones, parece de una postmodernidad insospechada sino fuera porque de tan antiguas y conocidas, las hemos olvidado.

El encuentro entre la fe y la razón, que comenzó alrededor del siglo II de nuestra era, no podía haber empezado de otra forma sino cuando, como dice Gilson²⁰, la historia del Cristianismo toma posición ante la filosofía al admirarse por esa “sabiduría pagana”. El origen más remoto suele ubicárselo en los padres apologetas, aquellos que alegaban jurídicamente para que Roma reconociera a los cristianos en cuanto tales dentro de su orden temporal pagano.

San Justino Mártir inició una búsqueda filosófica en Platón, por ver en su filosofía la finalidad de ver a Dios inmediatamente. Este camino lo cambió pues prefirió a dicha filosofía religiosa una religión filosófica. Cita Gilson, “...si las almas que han visto a Dios han de olvidarle después, su dicha no es más que miseria, y si las que son indignas de verle permanecen ligadas al cuerpo en castigo de su misma indignidad, este castigo es inútil puesto que no saben que están castigadas...”. Según el medievalista francés el texto resulta importante porque muestra cómo la religión cristiana pudo asimilarse a un dominio que era exclusivo de los filósofos, ya que ofrecía una solución a los problemas que estos no se habían planteado.

El reconocimiento a la verdad donde fuera que estuviera tuvo origen en San Justino, para quien el Verbo ilumina a todo hombre que viene a este mundo, por lo tanto todos aquellos que participan de la verdad lo hacen por el Verbo, justificando así, el uso que los pensadores cristianos harán de la filosofía griega.

El Siglo XII. El siglo XIII del cristianismo ha tenido un precedente filosófico que lo ha marcado de manera indeleble: las filosofías orientales del XII. La influencia no se encuentra mayoritariamente en débitos intelectuales, sino en la ordenación lógica del aparato

¹⁹ Carta Encíclica *Fides et Ratio*, 9.

²⁰ En lo que no hagamos especial mención, seguimos fielmente a GILSON, Étienne, *La filosofía en la Edad Media*, Arsenio Pacios y Salvador Caballero (Trads.), Editorial Gredos (Madrid, 2007), pp. 17 a 34.

conceptual o del sistema en que se acabaron organizando los conocimientos. Las filosofías árabe y judía no resolvieron el problema de las relaciones entre la fe y la razón, pero dieron un paso necesario que el conocimiento tenía que dar para alcanzar la solución.

No podemos pensar que sin ellos Santo Tomás no hubiera puesto término a la disputa, puesto que el genio del Aquinate llegó a puntos tales que no han sido superados actualmente, pero tampoco podemos dejar de mencionar que usufructuó los percances semitas pues le permitieron sortear obstáculos a los que, como mínimo, les habría dedicado tiempo.

Si bien Gilson señala que es un considerable hecho que tanto la filosofía árabe como la judía hayan estado adelantadas en un siglo, cabría preguntarse si el encuentro de tales filosofías no estuvo directamente relacionado con el lugar geográfico en que florecieron. La península ibérica condensó este saber que árabes y judíos alcanzaron. Si bien no es objeto del presente, resulta cuanto menos curioso, que las filosofías orientales hayan alcanzado su máximo esplendor en tierras occidentales y en circunstancias culturales diferentes que en su territorio de origen.

Si bien la Hispania del siglo XII no era la España de los Reyes Católicos o de los Austrias mayores, sabido es que las llamadas tres religiones convivieron ahí y no en otro lado. No parece que sea este un dato menor, más bien nos animamos a afirmar que el ecumenismo tuvo un antecedente ibérico. Tan es así que Sánchez Albornoz²¹ no duda en calificar a la España de los siglos XI y XII musulmana como mestiza de Oriente y Occidente, puntualizando también que en Al-Andalus los conquistadores orientales fueron una minoría que se mezcló rápidamente con los peninsulares y fue absorbida por ellos muy temprano²².

Este singular hecho nos lleva a marcar esta diferencia con Gilson. Las filosofías orientales alcanzaron su marco de esplendor en un Occidente que podía garantizar la convivencia entre ellas, en un pueblo que no buscaba recuperar la tierra para ofrecérsela a Dios, sino a Dios para agradecerle con el cultivo de su humanidad, en el que va implícito el de la tierra.

Alfarabi, Avicena y Averroes son los filósofos árabes que en cierto sentido fueron maestros de Salomón ibn Gabirol y de Maimónides, y ambos preceden en ciertos temas a la escolástica del Siglo XIII pero son superados por ella en profundidad y en originalidad.

Alfarabi plantea la distinción entre esencia y existencia, pero define a esta como un accidente de aquella, mientras que Santo Tomás, con su reforma metafísica, incluye a la esencia en la existencia. Asimismo concluye en la unidad de la inteligencia agente, influyendo decisivamente sobre este aspecto en Avicena quien establece un solo entendimiento agente para toda la especie humana, al mismo tiempo que atribuye un entendimiento posible a cada individuo.

Averroes fue quien hizo esfuerzos por determinar las relaciones entre la filosofía y la religión, las que entran en conflicto puesto que tres categorías de hombres explicarían los grados de conocimiento que estos podían alcanzar. Para Gilson su pensamiento es un esfuerzo por restaurar la pureza de Aristóteles del platonismo, rescatando incluso que no sería atribuible a él la doctrina de la “doble verdad” pues no habría en su obra una respuesta concluyente a la que podrían plantearse si una necesaria conclusión de la razón se opusiera a la fe.

²¹ SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio, *Aun. Del pasado y del presente*, Editorial Espasa Calpe (Madrid, 1984), p. 167.

²² SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio, *Del ayer y del hoy de España*, Editorial Planeta (Madrid, 1980), p. 44.

Gabirol describió un mundo filosóficamente inteligible, suspendido de una voluntad suprema análoga a la de Dios en la Escritura, una suerte de demiurgo platónico creador también de la materia. Maimónides entiende que fe y razón son conocimientos de naturaleza distinta y que han de conciliarse, siendo el objeto propio de la filosofía confirmar racionalmente la Ley; pero también nos dice que de Dios sabemos que es único porque Él lo dijo a Israel, no porque podamos demostrarlo.

Las filosofías orientales que se asentaron en la península ibérica²³ dejarán planteados ciertos aspectos cuyas respuestas denotarán inequívocamente si son tributarias de ellas o de las cristianas del siglo XIII. La posición que se adopte sobre la doble verdad, el único intelecto agente para todos los hombres, la eternidad del mundo y el movimiento serán determinantes.

Santo Tomás de Aquino. El siglo XIII es el momento en el tiempo en el que se encuentran las respuestas que faltaban para delimitar y distinguir los campos y materias propias de la fe y la razón. Delimitación tan clara que no en vano Descartes deja fuera de su famoso e infalible método a la Teología, pues recuerda Gilson²⁴ que en las *Meditaciones acerca de la Metafísica* la existencia de Dios queda demostrada y que todo su sistema está supeditado a la idea de un dios todopoderoso que no conocían los griegos.

Santo Tomás estaba dispuesto a admitir el acceso a una verdad por dos caminos porque estaba seguro de que solo había una verdad. Porque la fe era la única verdad, nada descubierto en la naturaleza podía contradecirla, ni nada verdaderamente deducido de la fe podía contradecir los hechos²⁵. Es ilusorio pensar que la fe, ante una razón débil, sea más incisiva; al contrario, cae en el grave peligro de ser reducida a superstición²⁶. Del mismo modo, una razón que no tenga ante sí una fe fuerte no se siente motivada a dirigir la mirada hacia la novedad y radicalidad del ser.

“En el laicismo y en el fundamentalismo se pierde la posibilidad de un diálogo fecundo y de una provechosa colaboración entre la razón y la fe religiosa. La razón necesita siempre ser purificada por la fe, y esto vale también para la razón política, que no debe creerse omnipotente. A su vez la religión tiene siempre necesidad de ser purificada por la razón para mostrar su auténtico rostro humano. La ruptura de este diálogo comporta un coste muy gravoso para el desarrollo de la humanidad”²⁷.

Situación que lamentablemente han olvidado ciertas corrientes intelectuales, que confunden los ámbitos propios de la fe y de la razón, al proponer, imponiendo, diversas e (in) ciertas estructuras de pensamiento racionales, como ser tal o cual sistema político o económico.

²³ En una idiosincrasia como la de los argentinos, no se dudaría en calificar a los pensadores como propio, sirven como ejemplo Carlos Gardel y Ladislao Biro.

²⁴ GILSON, Étienne, *El espíritu de la filosofía medieval*, Ricardo Anaya (Trad.), Emecé Editores (Buenos Aires, 1952), p. 22.

²⁵ Incluso para confirmar las cosas que exceden el conocimiento natural, se hicieron visiblemente obras que sobrepasan a la facultad de la naturaleza, como la resurrección de Lázaro o los demás milagros, tal como lo explica Santo Tomás en la *Suma contra los Gentiles* I, 6, p. 76.

²⁶ Ver en la *Suma contra los Gentiles* I, 6, p. 77, las referencias a Mahoma. En virtud de esto es que Quiles, según explica en nota, entiende que la obra apunta a la conversión de los musulmanes. Pero también menciona la amenaza que el mahometanismo estaba ocasionando, pues había invadido los ámbitos universitarios de la época.

²⁷ Carta Encíclica, *Caritas in Veritas*, 56.

Los racionalismos filosóficos modernos, que al fin y al cabo no son más que voluntarismos, cojeando todos del mismo pie, han sentenciado, inaudita parte, que el hombre en su más absoluta soledad ha sido el origen y el fin de toda una naturaleza “contractual”²⁸.

La filosofía es amor a la verdad²⁹, la ciencia que se ocupa de la verdad³⁰. De hecho, esta disciplina trata de dar respuesta a los interrogantes del hombre, los que a pesar del paso del tiempo y del avance del cientificismo, siguen siendo los mismos: qué y cómo son las cosas, cuáles son sus causas. Pero esto no es obstáculo para que, ejerciendo la razón humana las funciones que le son propias, pueda llegar al conocimiento de Dios, tal como Aristóteles lo hace, pues a eso se alude al hablar de primer motor inmóvil. En este sentido también se ha referido Benedicto XVI en la Carta Encíclica *Deus Caritas Est* al afirmar que el Estagirita, en la cumbre de la filosofía griega, trató de llegar a la potencia divina a través de la reflexión³¹.

La razón nos lleva hasta un punto en el cual la fe nos eleva para ver las cosas en su real dimensión, pero sin provocar que esa visión nos resulte extraña. La fe es como un guía que nos deja en la cumbre de una montaña para que nosotros podamos contemplar el panorama en su más amplia extensión, pues la razón por sí sola no encuentra la verdad, necesita de una relación intrínseca con la fe como una ayuda necesaria.

“Lo que se pregunta simple el filósofo cristiano es si, entre las proposiciones que él cree verdaderas, no hay cierto número que su razón pudiera saber verdaderas. Mientras el creyente estriba sus asertos sobre la convicción íntima que su fe le confiere, permanece puro creyente y aún no ha entrado en el dominio de la filosofía; pero en cuento halla entre sus creencias verdades que puede llegara ser objeto de ciencia, se convierte en filósofo. Y si esas luces filosóficas nuevas se las debe a la fe cristiana, se convierte en filósofo cristiano”³².

La doctrina social de la Iglesia argumenta desde la razón y el derecho natural, a partir de lo que es conforme la naturaleza de todo ser humano: “... no es tarea de la Iglesia el que ella misma haga valer políticamente esta doctrina: quiere servir las verdaderas exigencias de la justicia y, al mismo tiempo, la disponibilidad para actuar conforme a ella, aun cuando

²⁸ Resulta interesante el sentido que se da a las palabras. El concepto de contrato al que nos referimos, denota la significación propiamente moderna, es decir, mero acuerdo, convención. Por eso es que todo puede estar legitimado, ya que el hombre acuerda o consiente en hacerlo, y tal objeto deviene, en este esquema mental, natural, pues el acuerdo de voluntades es el instrumento validante. Sobre la concepción clásica del contrato remitimos a SANZ, Carlos Raúl, *Sobre estoy aquello*, Ed. Teodicea (Buenos Aires, 2009), pp. 11 y ss., y VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, Carlos Raúl Sanz (Trad.), Ediciones Ghersi (Buenos Aires, 1980), sin perjuicio de señalar que hemos tenido oportunidad de referirnos en *Por un concepto inequívoco de contrato* en ERREIUS, Suplemento de noviembre de 2010, pp. 13 y ss.

²⁹ “La filosofía es amor a la verdad, y el amor a la verdad es odio al error; y el error existe en el mundo en cantidades no despreciables. La filosofía por lo tanto siempre ha cantado en contrapunto. No es que el filósofo tenga gusto en atacar, como dice la gente, o en destruir: no. Canta en contrapunto. Aristóteles comienza su *Metafísica* destruyendo a su maestro Platón en apariencia; por eso los platónicos, los de la primera Academia, lo tacharon de ingrato; y él respondió esa frase: ‘Amigo Platón, más amiga la Verdad’”. CASTELLANI, Leonardo, *San Agustín y nosotros*. La edición a la que nos referimos, la hemos encontrado en: http://www.hjg.com.ar/txt/lc/agust_6.html (consultado el 20 de noviembre de 2011).

³⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Tomás Calvo Martínez (Trad.), Editorial Gredos (Madrid, 1998), 993b, p. 122.

³¹ Carta Encíclica *Deus Caritas Est*, 9.

³² GILSON, Étienne, *El espíritu de la filosofía medieval*, Ricardo Anaya (Trad.), Emecé Editores (Buenos Aires, 1952), p. 40.

estuviera en contraste con situaciones de intereses personales”. “La fe permite a la razón desempeñar del mejor modo su cometido y ver más claramente lo que le es propio. En este punto se sitúa la doctrina social católica: no pretende otorgar a la Iglesia un poder sobre el Estado. Tampoco quiere imponer a los que no comparten la fe sus propias perspectivas y modos de comportamiento. Desea simplemente contribuir a la purificación de la razón y aportar su propia ayuda para que lo que es justo, aquí y ahora, pueda ser reconocido y después puesto también en práctica³³”.

III.- LA FILOSOFÍA DEL SENTIDO COMÚN³⁴

Santo Tomás fue ante todo un profesor universitario. Toda su actividad intelectual fue realizada teniendo en miras el enseñar. Tanto la *Suma contra los Gentiles* como la *Suma Teológica*, están estructuradas como obras intelectuales destinadas a la docencia. En la primera se pretende que los paganos³⁵ puedan convertirse a través del conocimiento racional, que es confirmado por el Evangelio. En la segunda, y más importante obra del Aquinate, pretende “apenas” exponer las verdades de la religión cristiana en forma apta para la enseñanza de los principiantes³⁶. Sin dudas que este hecho, el de enseñar, es el que le confiere a las funciones del doctor su eminente dignidad, pues implica los dos géneros posibles de la vida, activa y contemplativa. La enseñanza consiste en comunicar a los demás la verdad que se ha buscado y meditado previamente; precisa la reflexión del contemplativo para descubrir la verdad y la acción del profesor, no solo para transmitir mediante ella los resultados a sus oyentes, sino también, como decía Ortega, para hacer sentir la necesidad a los estudiantes de su estudio³⁷.

La enseñanza, lo mismo que la predicación, pertenece a la vida activa, pero deriva de la plenitud misma de la contemplación³⁸. Santo Tomás es un teólogo, y un profesor que enseña la ciencia de las cosas divinas, que es esencialmente en lo que consiste la teología, y por llevar una vida repartida entre la enseñanza y la contemplación, requiere de distintas virtudes, dada la pluralidad de objetos hacia los que tiende³⁹.

1. Ciencia plena de las cosas divinas en las que debe instruir a los demás: Fe,
2. Fuerza persuasiva o demostrativa para convencer a los demás de la verdad: Sabiduría,
3. Aptitud para desarrollar su pensamiento y expresarlo de manera conveniente para instruir a los demás: Ciencia, y

³³ Carta Encíclica *Deus Caritas Est*, 28 a).

³⁴ CHESTERTON, Gilbert Keith, *Santo Tomás de Aquino*, Espasa Calpe Argentina (Buenos Aires, 1946), pp. 125 y ss., a quien seguimos fielmente.

³⁵ Entiende Ismael Quiles S.I. en la nota 2 de la p. 64 de la *Suma contra los Gentiles*, haciéndose eco de la opinión más generalizada, que está dirigida específicamente a los musulmanes.

³⁶ Prólogo a la *Suma Teológica*.

³⁷ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras Completas*, t. IV, Alianza Editorial (Madrid, 1955), p. 545.

³⁸ *Suma Teológica* II-II, 188, 6, p. 838: Por otra parte, la vida activa tiene dos clases de obras: unas que proceden de la plenitud de la contemplación, como la enseñanza y la predicación, por eso dice San Gregorio que “a los perfectos, cuando salen de su contemplación se aplica la frase de la Escritura: “Les subirá a la boca el recuerdo de tu suavidad”. Estas obras, pues, son preferibles a la simple contemplación, ya que es más perfecto iluminar que ver la luz solamente, y comunicar a los demás lo que se ha contemplado, que contemplar solo”.

³⁹ Seguimos en los tres primeros puntos a GILSON, Etienne, *El Tomismo*, Fernando Múgica (Trad.), EUNSA (Pamplona, 1989), p. 19.

4. Capacidad para demostrar la necesidad del conocimiento de lo enseñado: Pedagogía⁴⁰.

Fe, sabiduría, ciencia y arte orientadas específicamente en razón del fin⁴¹ hacia el conocimiento de las cosas divinas y puestas al servicio de los enseñandos.

Santo Tomás es clásico, está al corriente que el conocimiento es un camino ascensional hacia las cosas que se empiezan a captar con los sentidos, y como creyente sabe que el estudio del hecho más insignificante es idóneo para conducirnos al estudio de la verdad más alta. Todos los conocimientos que el hombre puede alcanzar tienen su inicio y fundamento en el orden de las cosas sensibles. El doctor, en la ciencia que sea, parte inevitablemente de un conocimiento científico y filosófico del universo, así como el doctor en Teología para constituir la ciencia de su objeto propio, Dios, parte, inevitablemente, de verdades adquiridas por la razón natural. En el caso de Santo Tomás, tanto la filosofía como las demás ciencias, le son necesarias; pero para serles útiles, estos conocimientos no son tomados en sí mismos como fines, sino que están puestos al servicio del conocimiento de la palabra divina.

Desde que el mundo moderno comenzó, el sistema filosófico de ningún pensador ha correspondido realmente al sentido de la realidad; a eso que los hombres comunes llaman sentido común⁴². Cada uno comenzó con una paradoja, un punto de vista peculiar: creer algo increíble. Ya sea un método infalible, el contrato social, los juicios a priori, la lucha de clases, el buen salvaje, la oferta y la demanda, el pensamiento débil, etc.⁴³. Una vez concedido esto, el mundo se arreglará fácilmente. Solo es necesario, como ha hecho el pensamiento moderno, partir de un “supongamos”, empezar con un “Si...” que no conduce a: “Sí”.

Filosofía del ser. Es evidente la existencia del mundo exterior, sino no hay filosofía, ni filósofos, ni pensadores, ni ideas, ni páginas de artículos, ni lectores, ni nada. Viendo lo que son las cosas, Santo Tomás reconoce el ente o ser como algo más allá de nosotros. Todo su pensamiento depende de una idea que cubre realmente todo lo que hay, todo lo que puede haber: *ens*, que no es lo mismo que “ser”. El lenguaje tiene estas cosas, así como ocurre con “formal” que en lenguaje tomista significa actual o que posee la cualidad real, decisiva, por la cual una cosa existe, hoy se utiliza con el sentido de accidental. En general, cuando describe una cosa hecha de materia y forma se reconoce que la materia es el elemento más abstracto e indefinido, y aquello que señala a cada cosa su propia identidad es la forma. La forma determina, es lo que hace que un dibujo hecho por Leonardo da Vinci sea la Gioconda, y no un garabato, como el que hace cualquiera de nosotros⁴⁴.

Cuando vemos algo, sabemos que no es verdad que no lo veamos; sabemos que si estamos estudiando filosofía del derecho, no es verdad que no estemos estudiando dicha materia, del mismo modo que no estamos aprendiendo ninguna otra. De ahí que existe lo falso y lo verdadero. Ver la verdad significa la apreciación del ser por alguna inteligencia capaz de apreciarla; no hay dudas acerca de la existencia del ser, si a veces aparece como venir a ser

⁴⁰ Entendida como el Arte (virtud intelectual que se ocupa de lo factible) de enseñar.

⁴¹ El fin del cognoscere, no de la ciencia en sí. Ver *Suma Teológica* I, 14, 16, p. 623.

⁴² CHESTERTON, Gilbert Keith, *Santo Tomás de Aquino*, Espasa Calpe Argentina (Buenos Aires, 1946), p. 126.

⁴³ Concordantemente, se puede ver el apunte que hace CASTELLANI, *De Kierkegaard a Tomás de Aquino*, Editorial Guadalupe (Buenos Aires, 1973), p. 20.

⁴⁴ Sin que esto signifique menosprecio u olvido de la causa eficiente, como se verá más adelante.

es porque habitualmente no vemos la plenitud del ser. Vemos una cosa, luego otra; recién después se encuentra la cualidad común, no se puede ver la cualidad antes que las cosas.

Advertido esto, se establece que para que algo sea, tiene que ser con una forma específica, para lo cual, comparando las realidades en cuestión, se sabrá realmente cuál es, o si está siendo, si no es pero puede ser, o si directamente jamás será. El ser real, existente y cognoscible establece lo que un ente necesita para ser; no es arbitrario, no hay falacia de ningún tipo. El hombre, como sujeto cognoscente, en virtud de la recta razón y haciendo la correspondiente ecuación⁴⁵, establece y determina si un determinado objeto cognoscible “es”.

El objeto propio de la filosofía primera es el fin del universo, puesto que el fin de un objeto se confunde con su causa o principio. La filosofía es la ciencia de la verdad que es origen de toda verdad, es decir, aquella que se refiere al primer principio del ser de todas las cosas. Al mismo tiempo es propio de una misma cosa afirmar uno de dos contrarios y rechazar el otro, así distingue lo justo o lo injusto en las diferentes relaciones de personas y cosas que integran una comunidad. En consecuencia, tan propio del sabio es meditar la verdad, principalmente acerca del primer principio, y discurrir acerca de las demás cosas, como así también impugnar la falsedad contraria⁴⁶. El conocimiento consiste en la ecuación por la cual se deducen las propiedades de un objeto, tomando la esencia de este objeto como principio de demostración. El modo según el cual la sustancia de las cosas nos es conocida determina el modo de los conocimientos que tenemos de ellas⁴⁷.

Hay que tener en cuenta que en las cosas sensibles, en las que la razón halla el principio de su conocimiento, conservan en sí algún vestigio de la imitación divina, pues los efectos tienen, cada uno a su modo, la semejanza, que en este caso no es perfecta, de sus causas, ya que el agente obra siempre lo semejante a él⁴⁸. Nuestro entendimiento, partiendo de los sentidos, puede inferir que Dios existe, pero no nos puede introducir en el conocimiento de la esencia divina, si ni siquiera la existencia de Dios no es evidente.

Lo revelable. La noción de revelable tiene una función definida: permite comprender de qué modo la teología puede absorber una dosis de filosofía sin que se corrompan las esencias de ambas ciencias, ni que pierdan su unidad⁴⁹. La teología solo contempla las ciencias filosóficas y naturales en tanto que son visibles desde el punto de vista que es el suyo, y este es el de la fe en la revelación que salva. La unidad formal de la teología dependerá de examinar todo objeto en su referencia a la revelación. Revelable es todo conocimiento naturalmente asumido por la ciencia sagrada con miras a su propio fin. No obstante, no hay que confundir lo revelable con la filosofía, pues no todos los conocimientos filosóficos son asumidos por la teología en referencia a la revelación, y menos aún no todos ellos son puestos en miras a la salvación.

⁴⁵ CASTELLANI, Leonardo, *San Agustín y nosotros*: “Los antiguos definían modestamente a la verdad diciendo que era ‘una ecuación entre el intelecto y la cosa’ no una identidad precisamente sino una ecuación. Esta definición es discutible; Mauricio Blondel la rechaza con energía, pero no conozco ninguna otra mejor. Esta es la verdad lógica, la verdad que está en nuestros juicios”.

⁴⁶ CASTELLANI, Leonardo, cit. (n. 45).

⁴⁷ Para que no se preste a confusión, dejamos sentado que no estamos identificando esencia con sustancia.

⁴⁸ Explica Santo Tomás que Dios, al ser puramente espiritual, su conocimiento es inferido a partir de los sentidos, y no captado por ellos, ya que las cosas son efectos que no se igualan a la virtud de la causa.

⁴⁹ GILSON, Étienne, *El Tomismo*, Fernando Múgica (Trad.), EUNSA (Pamplona, 1989), p. 25.

Lo revelado incluye aquello cuya misma esencia es ser revelado, porque solo puede llegar a ser cognoscible para nosotros por vía de la revelación. Exige ser revelado para ser conocido. Su contenido es todo aquello necesario para el hombre con miras a su salvación, junto a nuestra aprehensión racional de esto revelado. El contenido de lo revelable son verdades que, aunque naturalmente cognoscibles de derecho, no son siempre conocidas de hecho, y no obstante, es preciso que lo sean para que cada uno pueda salvarse. El metafísico prueba la existencia de Dios por razones que no son fácilmente inteligibles para todos. Estos conocimientos naturales, incluidos en el cuerpo de la revelación pertenecen a los que Santo Tomás denomina *revelable*: siendo propios de la filosofía, se integran en la órbita de lo teológico.

La filosofía de Santo Tomás trata sobre cuestiones revelables y es un conjunto de verdades rigurosamente demostrables y justificables únicamente por la razón. Al convertirse en revelable, la filosofía no pierde su esencia, sino que su uso se eleva a la última perfección. La verdad racional de derecho, de hecho es sustituida por la fe en numerosas afirmaciones, por la debilidad de nuestro entendimiento, y porque es conveniente que la providencia diera como verdades de fe, algunas de ellas que son accesibles a la razón, a fin de que todos participasen fácilmente en el conocimiento de Dios y sin tener que temer a la duda o al error. Consideramos importante destacar la noción de revelable, pues la misma deja más aún fuera de dudas, que el Santo Doctor, no se plantea ninguna cuestión filosófica desde un plano cognoscitivo que no sea propio de la razón.

El acto de ser. Cuando un hombre muere, su cuerpo empieza a descomponerse, con lo cual, deja estrictamente de ser el cuerpo de un hombre, siendo esta una buena razón por la cual se lo suele llamar cadáver, y empieza a convertirse “en un no sé qué que no tiene nombre en lengua alguna”⁵⁰. Es posible ¿que no sepamos qué es y no lo mentemos justamente porque no es o porque no tiene ser?

Evidentemente, esa materia no está dotada de forma, ya que se advierte que es la causalidad formal lo que hace a las cosas ser lo que son, y por lo tanto ser. Puesto que el ser lo encontramos en una cosa, y es justamente el acto de ese ente, que resulta de los principios de esa cosa, del mismo modo que lucir es el acto de una cosa luminosa. Si la forma es lo que la hace ser tal ente, el ser es lo que lo hace ser un ente, porque la existencia le llega a la sustancia en y a través de su forma, las formas tienen que recibir la existencia (por la causa eficiente) para convertirse en entes.

Pero no es lo mismo acto que forma, pues por ejemplo, al hablar de cuestiones factibles, aprehendemos que pueden ser mejorables. Las formas sustanciales siguen siendo acto primero de sus sustancias, pero hay un acto de la forma. La forma es un acto tal que está en potencia para otro acto: la existencia. El ser es el acto de la forma, no en tanto forma, sino en tanto ente. Lo que equivale a decir que ser o existir, es el acto supremo de todo lo que es. Y la razón de ello es clara, puesto que antes que ser cualquier cosa, esto es un ente.

⁵⁰ BOSSUET, Jacques Bénigne, *Oración fúnebre de Enriqueta-Ana de Inglaterra, Duquesa de Orleans* <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/03693958677936017554480/p0000003.htm#5>

Santo Tomás de Aquino entiende que el ser es el acto último del que todas las cosas pueden participar; por lo tanto el Ser es la actualidad de todos los actos, y por eso es la perfección de todas las perfecciones.

No hay una composición de una esencia que no sea con una existencia que no sea una cosa, puesto que se estaría incurriendo en el error de considerar a la existencia como una esencia⁵¹. El ser es en las cosas, el acto mismo por el cual son entes actuales, cuyas esencias pueden ser concebidas como universales por la abstracción conceptual. Sin forma la materia no es; sin ser, la forma no es. La materia lo es siempre de una forma, pero necesita recibir la existencia para ser un ente, así como la naturaleza a la que pertenece esa materia está en potencia con respecto al acto de existir que le hace ser ente. El necesitar materia señala cierta privación de ser en la forma: si hay materia, habrá también en la forma una potencia para ser actualización de una existencia más completa.

Señala Gilson que “el error común de esencialistas y existencialistas es pensar que la esencia eterna de un ente sujeto al devenir no incluye el conocimiento de su existencia actual como causa de su devenir. Las ideas de todas las esencias posibles se encuentran en Dios, e incluyen de modo determinado todas las determinaciones que pertenecerían a los correspondientes entes, solo con tal de ser creados”⁵².

La esencia de un edificio está en la mente del arquitecto, y lo será... pero no existirá hasta que se coloque la última tecla del último ascensor, y tal vez no sea el fin de su devenir. Aquí se alcanza a encontrar la relación entre la causa formal y la causa eficiente: este determinado edificio es la obra de este arquitecto. Por lo tanto la perfección actual de las esencias es la causa final de sus existencias. La existencia está unida a la esencia en la realidad por la causalidad eficiente de su causa y la naturaleza sintética del acto mental por el cual lo expresamos.

Si bien una cosa incluye su quiddidad y su existencia, la verdad se fundamenta más en la existencia de la cosa que en su quiddidad misma. Pues en efecto, ente se deriva de ser, de tal manera que la ecuación, en que la verdad consiste, se logra por una especie de asimilación del intelecto a la existencia de la cosa, a través de la operación misma por la cual la acepta tal como es.

Si tenemos en cuenta que para Santo Tomás lo bueno y lo malo está en las cosas mientras que lo verdadero y lo falso están en la mente⁵³, es que aquellos son objeto de los saberes prácticos mientras que estos de los especulativos; de forma que es la realidad lo que mueve al entendimiento especulativo y en consecuencia el que lo mide, motivo por el cual cosas naturales son objeto de los saberes teóricos.

Así como el camino de la inteligencia teórica termina en el sujeto, el de la práctica terminará en el objeto, pues él es causa de las cosas y por ello es la medida de las cosas que son hechas por él, pues solo el entendimiento práctico puede ser motor en cuanto su principio es el objeto apetecible en cuanto tiene razón de bien como causa final. La relevancia de la causa final está en que en los saberes prácticos es su objeto y lo que lo especifica y distingue frente a

⁵¹ GILSON, Etienne, *El ser y los filósofos*, Santiago Fernández Burillo (Trad.), EUNSA (Pamplona, 2005), pp. 229 y 230.

⁵² *Idem.*, pp. 236 y 237.

⁵³ *Sobre la verdad. Cuestiones disputadas sobre la verdad*, Julian Valverde (Trad.), Editorial Biblioteca Nueva (Madrid, 2003). p. 71.

otros. Ello toda vez que respecto de los especulativos es la causa formal lo que los constituye en cuanto tales, pues su finalidad es única y la misma para todos: contemplar la verdad.

Conocimiento especulativo y conocimiento práctico. La división primera de la ciencia y del saber en general es la clásica que se hace en especulativo y práctico. Tiene su origen en el modo mismo de comportarse el entendimiento en cada uno de los casos: por un lado, conocer solo con el fin de conocer y por el otro, conocer para dirigir el obrar específicamente humano o el hacer propio del arte. La distinción no es fruto de un “enfrentamiento” entre el puro conocer o la pura acción, sino apenas distinguir dos especies de conocimiento y ciencia.

La distinción fundamental es la que se hace en razón del fin del saber propio en cuanto tal, mas no del sujeto, como tampoco de los grados del conocimiento según el que este se encuentre más o menos próximo a la dirección de la conducta, ni de un fin sobreañadido a una misma y única clase de ciencia. La índole teórica o práctica de una ciencia no depende ni de la intención subjetiva del cognoscente⁵⁴, ni en virtud de que las especulativas aprehendan sus ideas en las cosas, pues aunque el intelecto práctico concibe sus conocimientos bajo una formalidad que dice relación con la operación, lo hace en la realidad, en lo que son las cosas al decir de Castellani.

Santo Tomás entiende que el carácter de especulativo o práctico de una ciencia depende de las cosas que estudia. Y añade que respecto de estas, ya sea por el modo de saber algún aspecto como por la finalidad que se propone el sujeto, se la puede considerar en parte especulativa y en parte práctica⁵⁵; sin que esto signifique que opere una modificación del carácter intrínseco del saber.

Lo que consideran las ciencias teóricas es siempre la verdad en sí misma, mientras que en las prácticas la verdad es considerada como ordenada a dirigir la acción, aun cuando no lo haga en acto. Lo formalmente práctico no reside en dirigir actualmente la acción, sino en que lo conocido implica de por sí cierto orden o referencia a aquellas cosas que pueden y han de ser hechas por nosotros, en tanto que lo formalmente teórico mira a lo necesario que no depende de nuestra operación.

Todo saber teórico está centrado y especificado por el orden de la causa formal, es un conocimiento puro que prescinde actualmente de la existencia, considerando en el objeto solo su razón específica, su esencia. Y como la esencia inteligible es aquel aspecto de las cosas que hace frente a la inteligencia, no exige, por esto mismo, de sí sino ser conocida. De donde el fin del entendimiento teórico es solo conocer por conocer; es movido por las cosas ya que es receptivo de ellas y en consecuencia por las cosas medido.

Todo conocimiento consiste en la captación de una causa formal por el alma, pero en el práctico esta se encuentra como teñida de finalidad imprimiéndole a tal saber la practicidad. La inteligencia no se basta sola en la consideración del objeto, sino que implica cierta referencia al objeto de la voluntad, captando, en consecuencia, el ser en su razón de fin en tanto que fin. La razón de verdad que en las teóricas se toma por la adecuación de la inteligencia a la causa formal, en las prácticas se establece por adecuación de la inteligencia a la causa final en orden al apetito recto.

⁵⁴ Rossi, Abelardo, *Conocimiento especulativo y práctico*, Congreso Nacional de Filosofía (Mendoza, 1949), p. 1198.

⁵⁵ *Suma Teológica*, I, 14, 16, pp. 622 y 623. El ejemplo del Angélico es la arquitectura.

Aunque es necesario dilucidar si la determinación hecha del derecho es realmente un saber práctico o especulativo. Según la distinción tomista sería intrínsecamente práctica, pero la causa eficiente que hace lo justo, sea el juez, el legislador o el jurista ¿es quien realiza el acto de justicia? El juez dicta la sentencia, determina lo justo, lo encuentra en tanto adecuado a otro, pero no la cumple; así como el médico, analiza la enfermedad y determina el remedio para la cura, que él no toma. Distinto es el caso en la arquitectura, pues el arquitecto determina y hace; el jurista está delimitado por el caso del mismo modo que el médico por la enfermedad, mientras que el arquitecto tiene un ámbito mayor de innovación.

De todas maneras no podemos dudar en afirmar que el conocimiento jurídico es de carácter práctico-práctico pues considera a la operación a realizar de cerca, no para producirla efectivamente, lo cual corresponde al arte o a la prudencia, sino para determinar sus necesidades concretas⁵⁶. Al ser el derecho la solución justa, la buena solución jurídica, ella debe ser buscada para cada caso y además producida para que se adapte exactamente a la situación litigiosa pues no existe antes del conflicto que resuelve.

La dialéctica tomista. Forma un todo coherente en este esquema de pensamiento el método con el que trata los temas a través de cuestiones o interrogantes. Lejos de remitirse automáticamente a las autoridades⁵⁷, las confronta, “dialoga” con ellas. Si hubo un dialéctico en la historia, ese fue Santo Tomás. Su dialéctica poco tiene que ver con la de Hegel o Marx y mucho con la de Platón. Implica cierto diálogo, conversación entre dos o más personas, y que no alcanza solamente con dejar hablar al adversario permitiéndole dar su opinión, argumento y fundamento, sino que además, hay que traerlo a colación de la forma más clara posible. Hacerlo incluso más convincente que si fuera dicho por él mismo. Este es el espíritu del que está impregnada toda la obra de Santo Tomás, el de la *disputatio*, auténtica polémica, que, al decir de Piepper, es lucha y diálogo.

El diálogo para llegar a la verdad, necesita previamente considerar la opinión de los que piensan diferente. Pero tampoco es solo esto, hay que hablar con el otro, estar dispuesto a tomar una postura y a “mantener la palabra” exponiéndose a la corrección⁵⁸. La disputación y toda la charla significan pluralidad de voces que hablan, que opinan, pero no para prevalecer, sino para conocer la verdad sobre la “quaestio” debatida. Disputar es tanto reconocer al otro la facultad de comprender lo que se quiere decir, como comprobar críticamente la verdad o falsedad de lo dicho.

Tal era así, que no estaba permitido contestar sin haber repetido la objeción contraria y asegurarse que era lo que había querido decir, tal como Platón lo hacía en sus diálogos. Afirmaba el filósofo de hombros amplios que mediante la mutua conversación frecuente y mediante prolongadas e íntimas tertulias sobre la cuestión, se enciende de pronto una luz como de chispa que salta.

⁵⁶ PESTALARDO, Silvio Pablo, *El conocimiento jurídico como saber práctico*, EDUCA (Buenos Aires, 2000), p. 22.

⁵⁷ Para más y mejor información sobre este asunto, puede consultarse la introducción al *Tratado de la Prudencia*, Tº VIII pp. 5 y 6, en la que se hace un pormenorizado estudio de las fuentes de las que se sirve Santo Tomás al estudiar las virtudes. Sorprendería a más de uno saber que hay más fuentes “laicas” que “cristianas”; son 147 las que se refieren a la Sagrada Escritura y los Santos Padres, mientras que 168 son las que aluden a Filósofos.

⁵⁸ En *Carta VII* 341c, Editorial Gredos (Madrid, 2002), pp. 513 y ss.

Más explícita resulta la mención hecha en *Eutifrón*⁵⁹ respecto a que no tienen la misma entidad las discrepancias acerca de lo mayor y menor, de lo pesado y ligero, pues se mediría y pesaría para terminar con la discusión. No obstante, la diferencia solo se prolonga y se empecina cuando nos faltan instrumentos de medida o criterios de objetividad como cuando los desacuerdos son sobre lo justo y lo injusto, lo bello y lo feo, el bien y el mal. Por eso, respecto de estos asuntos, para evitar la discrepancia hay que recurrir a una discusión razonable. La dialéctica, o arte de la discusión, se presenta como el método apropiado para la solución de problemas relativos a la justicia.

Santo Tomás utiliza la técnica de la discusión de una manera más depurada y sistematizada que el Estagirita, pero sin llegar a la teatralización de su maestro, lo que hace que la misma resulte clara y simplificada, ya que está aplicada a la Teología y destinada a principiantes⁶⁰. En aquellas cuestiones que tratan temas que en principio parecen tener poco de teología, como puede ser la del derecho (II-II 57), igualmente se sigue el método dialéctico para el análisis y la comparación, ya que la finalidad del autor es encontrar y exponer, a modo de enseñanza, el modo en que participan estos temas en la teología. Pues la doctrina sagrada hace uso también de la razón humana para demostrar algunas otras cosas que se tratan en la ciencia divina; en estos casos la autoridad de aquellos filósofos se usa como argumentos extraños y probables⁶¹.

Como buen discípulo de la tradición clásica iniciada con Platón y Aristóteles, sabe que es necesario a quien desee encontrar la verdadera solución de un problema que antes se dé cuenta de sus dificultades. Así como nadie puede saltar el muro que lo separa de la realidad sin evaluarlo antes, igualmente pasa con los nudos o dificultades que atan la inteligencia y no le permiten alcanzar la verdad si primeramente no se los examina con atención. Quien busca la verdad en las ciencias es como un juez que inquiere la verdad de una denuncia, ya que este no puede fallar rectamente si antes no oye y examina, no solo a las partes en litigio, sino también a todos aquellos que acercan luz al conocimiento de la verdad sobre la que versa todo proceso, como pueden ser testigos o peritos⁶².

Toda cuestión encierra un problema; plantea una duda real o metódica respecto de si tal cosa es o no es, de una manera o de otra. Para poder solucionarlo, es preciso, seguir el estilo dialéctico, ya que la certeza en el conocimiento no surge de una persona sola, de modo que la mejor forma de empezar a obtener una solución es preguntando y exigiendo una respuesta razonada (no que sea un mero capricho de la voluntad cognoscitiva) y justificada (adecuada a solucionar el problema propuesto y no otro). Como consecuencia, el planteamiento reviste una forma dubitativa o alternativa, puesto que la duda es como una fluctuación de la inteligencia entre dos partes opuestas que la solicitan por igual, sin inclinarse ni decidirse por una más que por otra, por no alcanzar todavía la verdadera razón de lo que busca⁶³.

⁵⁹ Platón en *Diálogos I: Eutifrón*, Calonge (Trad.), Editorial Gredos (Madrid, 2002), 7a a 9e, pp. 226 a 231.

⁶⁰ Lo cual también se hace evidente por la simplificación de argumentos citados. En otras obras dialécticas de Santo Tomás, los argumentos citados suelen ser el triple o cuádruple, de los que hay en la mayoría de los artículos de la *Suma Teológica*.

⁶¹ *Suma Teológica* I 1, 8, Ad. 2, p. 275.

⁶² Ver los motivos con los que valora la Dra. Carmen Argibay un proceso judicial, en el caso de Romina Tejerina fallado por la C.S.J.N. en fecha 8 de abril de 2008. Lexis N° 35021491.

⁶³ F. R. Santiago Ramírez O.P., *Introducción general a la Suma Teológica*, T° I, p. 175.

Si bien en Teología se procede por la ley de la revelación, no por ello deja de ser ciencia. En este sentido expresa el Angélico que la Teología⁶⁴, no obstante apoyarse en principios conocidos por luz de la ciencia superior de Dios y sus bienaventurados, es ciencia del mismo modo que lo hace la perspectiva de los que toma de la geometría o la música respecto de la aritmética o la física moderna que los toma de la matemática.

En las demás ciencias, como los conocimientos proceden solo de la luz natural del entendimiento, los argumentos *pro* y *contra* a los que llama, son escogidos en función de la relevancia del problema puesto y de la competencia de los autores, no de autoridad, que es el más débil de los argumentos. Siendo este punto de partida, no tanto principios necesarios sino meras aproximaciones.

Luego, la solución razonada del problema suscitado, la sentencia justificada que pone fin al litigio, que hace ver la naturaleza de la cosa examinada y discutida a fondo, que indica la verdad disputada. Es un procedimiento demostrativo, ya que anuncia la solución buscada y requerida, concluyendo lógicamente, pues surgiendo de las premisas, se impone a la inteligencia y esta no la puede rechazar. Se realizan las distinciones necesarias según los contextos y las diversas categorías a las cuales se refiere el pensamiento, siendo los argumentos reinterpretados y justificados; puestos bajo un esclarecimiento más profundo y generalmente conciliados.

IV.- LA IUSFILOSOFÍA TOMISTA

Llegados a este punto, podemos principiar la explicación relativa al derecho propiamente en cuanto a su carácter entitativo. Por un lado, habiendo la modernidad sentenciado la relatividad de absolutamente todo, y por otro, dadas ciertas tendencias reduccionistas que pretenden absolutizar lo que no es absoluto, se hace imprescindible resaltar y remarcar que el derecho es uno de aquellos entes finitos y relativos. Acto seguido, trataremos de estudiar lógicamente, el concepto de derecho, ya que luego de dar una cierta perspectiva metafísica, en la que trataremos de ver qué cosa es esa a la que se ha dado en llamar derecho, será imprescindible abordar el significado propio de tal cosa. Finalmente, fijaremos nuestra atención en algunas otras cosas, que no siendo estrictamente derecho, se le parecen bastante, y hasta podrían llegar a serlo pues tienen ciertas semejanzas, como también algunas diferencias.

Sin perjuicio de lo más arriba expuesto entendemos que se hace necesario considerar el carácter laicista⁶⁵, no laical, del derecho en lo que a la concepción propia de Santo Tomás de Aquino se refiere. La iusfilosofía tomista no es clerical ni mucho menos, ya en el Art. 1 de la Q. 57 de la *Summa Teológica* expresa que así como la justicia entraña igualdad y con Dios es imposible compensación equivalente, su objeto, el derecho, no atañe a lo sagrado⁶⁶, sino solamente a cosas humanas.

⁶⁴ *Suma Teológica*, I 1, 2, p. 274.

⁶⁵ SANZ, Carlos Raúl, *Sobre esto y aquello* Tº II, Editorial Teodicea (Buenos Aires, 2009), p. 163.

⁶⁶ *Suma Teológica*, II-II 57, 1, Ad. 3, p. 233.

Pensamiento este que se ha mantenido como doctrina oficial de la Iglesia, quien no puede ni debe emprender por cuenta propia la empresa política de realizar la sociedad más justa posible. No puede ni debe sustituir al Estado, pero tampoco puede ni debe quedarse al margen en la lucha por la justicia. Debe insertarse en ella a través de la argumentación racional y debe despertar las fuerzas espirituales, sin las cuales la justicia, que siempre exige también renunciaciones, no puede afirmarse ni prosperar⁶⁷.

El mismo Aquinate delimitaba precisamente el ámbito de las distintas realidades con motivo del advenimiento de la Ley Nueva, distinguiendo los preceptos judiciales y ceremoniales como no necesarios para la gracia interior y dejándolos al arbitrio humano. Incluso sobre los judiciales expresamente entiende que “aun considerados en absoluto, no son imprescindibles para la práctica de la virtud en cuanto a tal determinación, sino tan solo considerada como razón de justicia”⁶⁸.

Metafísica y derecho. Ente es todo lo que existe o puede existir en cualquier modalidad y bajo cualquier estado con un grado de ser. Existen muchos entes diferentes entre sí, pero cada uno de ellos en su particularidad y concreción es una realidad. Este hecho que se puede presentar como contradictorio, explica la posibilidad de la pluralidad de las ciencias; siendo el derecho una de ellas, específicamente una ciencia práctica según la clasificación clásica, como lo puede ser la arquitectura o la medicina. Ya que en estas, el camino de la inteligencia no finaliza en el sujeto cognoscente como en las especulativas, sino en el objeto, agible en nuestro caso, dada la distinta naturaleza formal de los objetos conocidos, que exigen dos modos diversos de aprehender intelectualmente lo cognoscible de un mismo objeto material; entrando en juego la orientación específica de la mente del sujeto cognoscente, quien iluminará los aspectos del objeto formal cognoscible en virtud de las apetencias.

Ente es la esencia a la que pertenece una existencia. Aplicado al derecho:

Ente:	Derecho
Esencia:	Lo que está adecuado a otro según cierta razón de igualdad.
Existencia:	El precio cierto, ni vil ni irrisorio, de una cosa en una compraventa
Acto de Ser:	La existencia que alcanza la paz social a la que tiende la justicia.

En todos los accidentes hay que distinguir un elemento común que los diferencia de la sustancia, esto es el existir en otro; y otro propio o específico por el que se distinguen unos con otros. Es por esto que el accidente es definido como una esencia que existe en otro. Teniendo en cuenta que el derecho es lo justo, aquello que está adecuado a otro según cierto modo de igualdad, es que podemos decir, que la categoría específica del derecho, es la relación. Pues esta consiste en la referencia a otra cosa, en la ordenación de una cosa a otra. Se dice respecto de algo, la pura ordenación de un algo hacia otro algo. Es decir que en lo que tiene de suyo no es otra cosa que ser hacia otro: la orientación de un sujeto a un término hacia el que tiende.

⁶⁷ Carta Encíclica *Deus caritas est*, 28.

⁶⁸ *Suma Teológica*, I-II Q. 108, 2 ad. 4, p. 566.

La relación⁶⁹ viene a implicar, pues, un sujeto que la posee y un término hacia el que tiende; pero no es su sujeto ni su término, como tampoco es lo que relaciona al término, sino el sujeto por ella. Ni un algo ni el otro algo: la paternidad no es ni el padre ni el hijo, sino lo que se dice de aquel respecto de este. Y esto es lo que constituye su fundamento, aquello en virtud de lo cual el sujeto se relaciona. También puede ser llamado fuente, causa, razón y principio de la relación. La relación trasciende al sujeto y a su término, motivo por el cual es aquello por lo que aquel se orienta y ordena a este. La relación es el fundamento por el cual el sujeto está orientado a un término: el padre es el sujeto (lo que se relaciona), el hijo el término hacia el que tiende el padre en virtud de la generación (fundamento).

Las relaciones reales se dividen según su fundamento. Si este significa una efectiva dependencia en el ser hasta el punto de que uno de los términos lo recibe del otro, se tiene la relación de causalidad; si no se da tal dependencia en el ser la relación solo será de conveniencia o discrepancia. Quedan la igualdad y la desigualdad, fundadas en la cantidad; y la semejanza y desemejanza, fundadas en la cualidad. Podemos decir entonces que el derecho es una relación real, ya que las exigencias de realidad se cumplen, puesto que el sujeto y el término son reales y distintos, que se ordenan mediante un fundamento, que también es real, pues el orden existe realmente en las cosas, valga la redundancia. Ya que como explica Santo Tomás, la operación exterior es la materia de la justicia, en tanto que tiene respecto de otra persona la debida proporción⁷⁰.

Entendemos entonces que el derecho es una relación real, pues el sujeto y el término son reales y distintos, pero ordenados por un fundamento también real: la relación (contrato) es el fundamento (obligación) por el cual un sujeto (deudor) está orientado a un término (igualdad).

El fundamento de la cantidad es el propio de la justicia conmutativa, ya que dicha igualdad es según la proporción aritmética, pues consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre los particulares. El fundamento de la cualidad, implica una determinación según cierta medida, que es la correspondiente a la justicia distributiva, pues en esta lo justo se acomoda en razón de la dignidad o mérito, es decir fundado en algo que cualifica y en virtud del cual se hará el reparto de bienes y cargas de la comunidad.

Ambas sirven de fundamento a la justicia legal o general, que es la que ordena el acto de las demás virtudes al bien común, puesto que por medio de los hábitos se puede considerar la cualidad; mientras que la cantidad se medirá de acuerdo al *quantum* de la contribución a la sociedad en cada caso concreto.

En virtud de todo lo expuesto, no dudamos en afirmar que el derecho es un accidente de relación con fundamento en la cantidad y en la cualidad⁷¹.

⁶⁹ Seguimos fielmente a GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel, *Tratado de Metafísica*, Editorial Gredos (Madrid, 1987), pp. 200 y ss.

⁷⁰ *Suma Teológica*, II-II 58, 10, p. 291.

⁷¹ En el ámbito de los derechos humanos, cuestión que no fue omitida por Santo Tomás de Aquino, sino tan desconocida como la noción, que no la realidad, de derecho subjetivo, el fundamento que da nacimiento a las pretensiones es la pertenencia a la raza humana, pues tiene entidad suficiente para dotar al individuo de una determinada porción de bienes y cargas dentro de la sociedad, pero que ella por sí misma no determina lo justo de cada situación en particular, sino que habrá de ser cuantificada de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.

Analogía y derecho. A través del conocimiento racional, vinculado con la realidad que vamos alcanzando del quehacer jurídico diario en el que estemos inmersos, podemos advertir que el derecho es algo que, al menos en una primera aproximación, se nos muestra de una manera no simple. La propia realidad jurídica, tanto sea para estudiantes como para los distintos profesionales del derecho (abogados, escribanos, jueces, etc.), con las diferencias que cada una de ellas trae consigo, nos muestra que hay derecho en muchos lugares, y que a su vez, se manifiesta o se nos hace visible de formas diferentes. Este dato de la realidad nos indica que, primeramente, el concepto de derecho es polisémico, es decir tiene muchos significados, lo que lo hace ambiguo; y como atinadamente dice Nino en su *Introducción al análisis del Derecho*, tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de “banco”), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí⁷².

Esto nos parece que es un motivo más que suficiente para definir el concepto de derecho. Para proceder, es necesario considerarlo desde una perspectiva lógica, toda vez que esta es la parte de la filosofía especulativa e instrumental, cuyo objeto son los actos y operaciones de la razón a fin de ordenar los conceptos objetivos.

Dentro de la lógica se distinguen tres operaciones: simple aprehensión, juicio y razonamiento. La lógica de la primera operación es la relativa a la simple aprehensión, que es el acto por el que el intelecto conoce algunas esencias o quiddidades, sin afirmar ni negar nada. Es el acto que produce el concepto y por el que conocemos intelectualmente la cosa, es decir la conocemos como un “que”, captando la esencia de una manera imperfecta. Esta ecuación entre el intelecto y la cosa, es la verdad lógica, la que está en nuestros juicios; distinta de la verdad en sí misma, que son las cosas mismas⁷³, como cuando decimos que un billete es verdadero o falso.

En los conceptos objetivos, lo expresado en y por la mente, se distinguen dos aspectos o propiedades. Por un lado la comprensión, que es su contenido inteligible, sus notas necesarias. Por otro, la extensión del concepto, que es una propiedad que se funda en su comprensión y en su estado de mayor o menor abstracción. Las relaciones entre ambas son inversamente proporcionales, a mayor extensión, menor comprensión y viceversa.

En la segunda operación, tenemos al juicio que es el acto del intelecto que compone afirmando o divide negando conceptos. La obra de la composición y división es la enunciación, en la que hay una materia en la que se compone y divide (sujeto y predicado), y una forma que consiste en la propia composición o división. Cópula se llama en lógica al verbo “ser” que une el sujeto y el predicado, y es el lazo inevitable de todo conocimiento humano. Dentro de la materia, el predicado actúa como forma que determina la materia, afirma o niega algo de un sujeto.

⁷² NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Astrea (Buenos Aires, 2005), p. 14.

⁷³ CASTELLANI, Leonardo, cit. (n. 45).

“EL DERECHO ES LO JUSTO”

El intelecto ha descompuesto un concepto y después lo ha vuelto a unir en un juicio que ha proyectado al exterior. No solo se une dentro de mí un predicado a un sujeto, sino que los proyecto fuera de mí, los coloco en la realidad, los afirmo, los pongo como reales⁷⁴. Pero primero hay que fabricar el concepto universal (hombre-mortal; derecho-justo), empezando por la realidad. Las clasificaciones según la extensión y según la comprensión de un concepto son válidas para los conceptos cualquiera sea su papel en el juicio, tanto si son sujeto o predicado. Pero si un concepto es considerado como predicado de un juicio, su relación con el sujeto plantea el problema relativo a cómo se relaciona con él. Para lo cual, previamente, distinguiremos entre distintas clases de términos:

Unívocos: un término es unívoco cuando responde a una realidad que es una específicamente, aunque puede ser múltiple individualmente: vaca. La palabra “vaca” responde a una realidad específica que son los vacunos, aunque estos sean, como efectivamente son, una multitud de individuos. La *ratio* significada por el nombre, dicese *simpliciter idem* de la realidad a la cual se aplica.

Equívocos: un término es equívoco, cuando puede ser atribuido a diversos sujetos en sentidos diferentes. Está significando dos conceptos llamados “disparate”. Y de allí viene el uso que hacemos comúnmente de la palabra disparate: cuando se está hablando de un tema y se trae a colación algo que no tiene relación alguna con aquello de que se habla. Por caso, la palabra “coma” que puede ser un signo de puntuación, la orden de comer, o un estado patológico⁷⁵.

La noción es disparate, no tiene una ninguna ligazón con la otra, y por lo tanto, como es obvio, responde a realidades distintas.

Análogos: Un término es análogo cuando se aplica a diversos sujetos en un sentido, o según una “razón”, en parte igual, y en parte distinta. Un término análogo es, un nombre y una *ratio* según un más y un menos, dichos de realidades iguales y distintas. Una *ratio*, en parte idéntica y en parte diversa, responderá a realidades parecidas.

La analogía expresa una conformidad, una semejanza o conveniencia entre conceptos o términos. Porque los entes reales –expresados en términos o conceptos– a los que se llama derecho también son análogos; aquí reside el fundamento mismo del estudio de la analogía en el derecho, en tanto propiedad de un término de aplicarse a varios entes en sentido no del todo idéntico pero tampoco diverso⁷⁶. Tres divisiones pueden establecerse de la analogía: de simplicidad o desigualdad, de proporcionalidad y de atribución. Fijaremos nuestra atención en esta última.

Como dijera Santo Tomás, frecuentemente ocurre que los nombres son desviados de su primera asignación para significar otras cosas, que en nuestro caso, son en parte iguales

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ En este ejemplo puntual, hay incluso otros significados, en desuso: conjunto de cerdas que tienen algunos animales en la parte superior del cuello, aberración cromática, pieza en los asientos de los coros de las iglesias, etc.

⁷⁶ CASAUBON, Juan Alfredo, *Nociones General de Lógica y Filosofía*, EDUCA (Buenos Aires, 1999), p. 17. Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima edición, Editorial Espasa Calpe, 1984, Tº I, p. 89 (Del lat. analogía, y este del gr. proporción, semejanza). 1. f. Relación de semejanza entre cosas distintas. 2. f. Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes.

y en parte distintas. Tal es así que la acepción originaria de “derecho” significaba la misma cosa justa, pasando más tarde a denominar *el arte* con que se discierne qué es lo justo, designar el lugar donde se *dice* el derecho y también se llama derecho a la *sentencia* dada por el juez, aun cuando lo que resuelva sea inicuo.

La analogía de atribución se presenta cuando el término en cuestión solo es aplicable propiamente a una cosa, pero puede ser aplicable por analogía a otras, con tal que estas tengan una relación con la primera; distinguiéndose un analogado principal, al que le es aplicable propiamente el término; y analogados derivados, a los que el término se aplica por la relación que estos tienen con el principal. Es decir, existe un primer analogado en donde se da formal o intrínsecamente la ratio análoga. Este primer analogado es causa de que se diga de los demás. Siempre la ratio análoga se dice intrínsecamente del primer analogado, que al analogar, llamaremos analogante. El analogado principal del término derecho es: “lo justo”, como lo ha demostrado Santo Tomás en la II-II, 57.

Ahora bien, pueden darse dos casos de analogía de atribución:

a) Analogía de atribución intrínseca:

Aquí la *Ratio* análoga se da intrínsecamente. El analogado principal es analogante, pues posee la *Ratio* Análoga con exclusión e incomunicabilidad, transmitiéndoles “el ser” a los analogados secundarios; es causa y razón de la forma análoga en ellos, pues análoga. Por otra parte, estos analogados, que lo son de un modo secundario y por participación, también se dicen tales, ya que la forma del analogante denomina a los secundarios. Les da el nombre y el ser. Necesariamente todo analogado se dice tal por relación a uno primero, el analogante, que es necesario poner en la definición de todos.

Ley: Es esa cierta razón de derecho que preexiste en la mente como una regla de prudencia y que se escribe para declarar el derecho, tanto natural como positivo, aunque de distinta manera. Determinar lo justo es propio de la ley, por eso se establece que en los casos en que la ley es contraria al derecho natural, y en aquellos otros en que la ley es deficiente, hay que apartarse de ella y recurrir a la equidad. Pues en esos casos, no se estaría determinando lo justo.

Potestad: lo justo es el fin de la acción o de la prerrogativa. Nos valemos de nuestras legítimas potestades con la finalidad de que nos sea reconocido lo que nos corresponde en cada caso concreto, pero, de acuerdo a una relación de igualdad con el débito objetivo, con lo justo.

Sentencia: Aquí tenemos otro fenómeno de corrimiento del lenguaje. Juicio se llama al acto del juez en tanto tal, quien es así llamado porque pronuncia el derecho, y por este juicio implica la definición de lo justo. Posteriormente, juicio se llamó a todo el proceso que culminaba en la sentencia, siendo esta la forma propiamente compuesta y dividida de la materia (que es lo justo) a través de la que se da a cada uno lo suyo.

El analogante forma parte de la definición de los analogados secundarios o menores para que estos sean realmente tales. La razón de ser, la *ratio* “derecho”, se dice *per prius* de lo justo, primer analogado, de los demás se dice intrínsecamente. Pues debemos recordar que en este caso, estamos ante una analogía de atribución que va “de uno”, el derecho como lo justo, a muchos: ley, derecho subjetivo, sentencia.

b) Analogía de atribución extrínseca:

La referencia de los analogados derivados de atribución extrínseca no es real, sino por una pura denominación al primero y en virtud de otra relación que tienen con el analogante. Es según la intención pero nunca según el ser; la *ratio* análoga se da solamente en el analogado principal en tanto analogante. No es causa sino razón de los analogados secundarios, pues su semejanza es exterior, no pueden ser comparados entre sí.

Tribunal: es el lugar donde se determina lo justo

El Arte Jurídico: es el hábito por el que se obtiene lo justo, aunque el arte es en sí misma una virtud intelectual, está orientado por la virtud de la prudencia, siendo sus operaciones propias factibles, no ágiles.

La Ciencia de lo Justo: iluminada por la virtud intelectual del mismo nombre por la que conocemos de manera especulativa lo justo, al modo en que un arquitecto puede estudiar como se construye una casa, pero no para construirla⁷⁷.

El derecho como realidad externa al hombre. Hecho un acercamiento al estudio del derecho en tanto tal, desde una perspectiva filosófica tomista, y una vez demostrado que el derecho es lo justo, corresponde que realicemos una aproximación tendiente a tratar de enfrentar la cuestión del concepto del derecho en relación con ciertas interpretaciones que también están fundadas en Santo Tomás de Aquino, pero que consideramos no fidedignas de su pensamiento.

A nuestro criterio, confunden mayormente al analogante, con los analogados, realizando en consecuencia una “construcción” que queda desdibujada como concepción iusfilosófica. Estas visiones parciales no llegan a reflejar una idea completa del derecho, porque que injertan temas como los derechos humanos o la justicia social, que son realidades del siglo XX; hacen del tomismo dique en vez de faro.

Nada menos que Teófilo Urdanoz, en la introducción a la cuestión 57 de la II-II de la *Suma Teológica* señala que “puesto el derecho subjetivo, se establece ya lo justo o lo que es debido en estricta igualdad, y sin este derecho, ninguna cosa es justa y debida”. Ahora bien, la cosa justa no lo es porque alguien lo exija, sino porque está adecuada a otra según cierto modo de igualdad⁷⁸. La cosa justa, será distribuida o restituida (justicia distributiva o conmutativa), sí, una vez que se la exija por intermedio del derecho subjetivo. No es lo mismo que sea justa por el mero hecho de exigir, a que lo sea por estar adecuado a otro. Decimos entonces, que el derecho subjetivo, es el instrumento por el que solicitamos: o que se nos restituya nuestro derecho porque la igualdad en los cambios fue alterada, o que se nos distribuya proporcionalmente nuestra parte justa entre todos los bienes comunes. Las virtudes, se distinguen entre sí, por la razón formal de los objetos específicamente distintos⁷⁹, entonces el derecho no es lo justo por ser el objeto de la justicia, sino al contrario, la justicia tiene por objeto el derecho porque tiene por objeto lo justo. Lo justo que es el término de la comparación⁸⁰ y la medida por la cual se tiene a la pretensión por justa o abusiva⁸¹.

⁷⁷ *Suma Teológica* I 14, 16, p. 623.

⁷⁸ *Suma Teológica*, II-II 57, 1, p. 232.

⁷⁹ *Suma Teológica*, I-II 54, 2, Ad. 1, p. 144.

⁸⁰ LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás* (Buenos Aires, 1953), p. 30.

⁸¹ Que no aplica en la Justicia Legal, pues el Estado, en tanto sujeto activo, es titular de otra realidad jurídica que se conoce con el nombre poder exorbitante.

Resulta llamativo cómo habiendo discrepancias respecto al sentido que Santo Tomás habría dado a la palabra derecho, no se haya consultado la fuente por él citada. San Isidoro escribe en las Etimologías⁸²: “Derecho es un nombre genérico, ‘ley’ es un aspecto concreto del derecho. Se llama ‘derecho’ (*ius*) porque es justo”. De ahí que Santo Tomás lo cite textualmente *quod iustum est*, utilizando el acusativo en latín cuya función es complementar directamente algo, en este caso cualificándolo: sentencia, potestad, ley o incluso la conducta. Por ello el derecho es el objeto de la justicia⁸³.

Puesto en evidencia esto, la facultad moral de exigir lo justo, no puede ser el derecho. Suárez explica que “Derecho significa unas veces facultad moral para alguna participación de él. Según Santo Tomás, este es el objeto propio de la justicia. Pero otras veces derecho significa ley, que es la norma para obrar honestamente y establece cierta equidad en las cosas y es la razón del derecho mismo entendido en el primer sentido, como dijo allí Santo Tomás. Esta razón es la misma ley, como allí dice, y coincide entonces el derecho con la ley, según observamos en cap. II del libro anterior; pero otras significa ley⁸⁴”.

Sin embargo, a pesar de la expresión del escolástico segundo, coincidente con la de Urdanoz, vemos claramente que solo el derecho entendido como la misma cosa justa es el analogante. De lo contrario, ¿dónde queda el término de la comparación por el que se conmina a restituir o distribuir el derecho? No se puede negar que la inmensa mayoría de las veces, hay que exigirlo a través de los magistrados, pero estos, adecuarán nuestra exigencia comparándola con el otro término. Lo decidido no será lo justo, porque simplemente así lo disponga la correspondiente sentencia, pues en el caso de que sea inicua, no será justa⁸⁵. Además faltando el otro término de la comparación, ¿cómo se establece la igualdad?

La estricta igualdad, la de la idea del “ojo por ojo”, es rechazada por Santo Tomás al explicar que si la reacción es igual a la acción, esa igualdad no tendría siempre lugar si alguien experimentase la misma especie de mal que hizo. Llegado el caso, si se ofende injuriosamente a la persona de otro, de más alta categoría, es más la acción que la pena de la misma especie que el infractor habría de padecer en compensación, pues al que ofende al príncipe no solo debe inflingírsele igual daño, sino que además debe ser castigado más severamente. Igual cuando alguien perjudica a otro en sus bienes sin su consentimiento, sería mayor la acción que la retribución si solamente se le quitase aquella cosa que arrebató, pues el que dañó a otro en lo suyo en nada quedaría perjudicado, y por esto se le castiga a que restituya una mayor cantidad, ya que no solo perjudicó a una persona privada, sino también al Estado, violando la seguridad (física, jurídica o de cualquier otra índole) de su tutela⁸⁶.

Tampoco en las transacciones voluntarias la retribución sería siempre igual si uno diera una cosa suya recibiendo la de otro, porque esta puede ser mayor que la suya, como lo demuestra acertadamente Aristóteles con el ejemplo de la relación entre un arquitecto y un

⁸² DE SEVILLA, San Isidoro, *Etimologías*, José Oroz Reta y Manuel A. Marcos Casquero (Trads.), B.A.C. (Madrid, 2004), p. 501.

⁸³ *Suma Teológica*, II-II 57, 1, p. 232.

⁸⁴ *El pensamiento político hispanoamericano*, Francisco Suárez, Selección de Defensio Fidei y otras obras por Luciano Pereña, Vol. I., Ediciones Depalma (Buenos Aires, 1966), p. 250.

⁸⁵ *Suma Teológica*, II-II 57, 1, Ad. 1, p. 233.

⁸⁶ *Suma Teológica*, II-II 61, 4, p. 360.

carpintero. Aquí de lo que se trata es de igualar cosa con cosa, es decir, las contraprestaciones que las partes se deben, se adecuan según cierta medida relacionada con la cosa debida. Ahora bien, siguiendo con el ejemplo, como no son iguales la cosa del arquitecto y la del carpintero, se inventaron las monedas, ya que sirve como un valor de cambio suficiente para las transacciones.

Expresa Urdanoz que “no son las cosas exteriores el derecho propio, sino la materialidad del mismo, y que estas se constituyen en derecho en cuanto afectadas o medidas por la exigencia de la persona”. Olvida, que la exigencia de la persona tiene que ser comparada para poder adecuarse a:

- 1) Lo debido al bien común, pues como miembros de la comunidad todos debemos algo en base a lo que somos, el lugar que ocupamos y la función que cumplimos. Y esto no significa una tabla rasa e igualitaria para todos. Ya que no exigimos la misma valentía o coraje a una persona cualquiera para perseguir a quienes delinquen, que la que le pedimos a un policía.
- 2) Lo distribuido: tomando en cuenta el conjunto de cosas exteriores, todas las partes integrantes y la regla en virtud de la cual se reparten los bienes y cargas, que según el régimen de gobierno será de una u otra forma; de modo que los que están en una misma posición tengan una porción igual, y los que están en otra, una parte distinta. Por ejemplo, a un juez de primera instancia no le corresponde la misma cantidad de bienes y cargas (responsabilidades y beneficios, sueldo neto y retenciones), que a un camarista o un miembro de la CSJN. Estas relaciones, como todas las existentes en una sociedad, han de estar proporcionadas geoméricamente. Proporcionalidad esta de cosas a personas⁸⁷, porque lo que se tiene en cuenta son las cosas comunes a repartir entre los miembros de una comunidad, de acuerdo a cierta regla dada por la forma en que se rige cada sociedad. La sociedad justa o el llamado orden social justo, que solo puede ser obra de la política y no de la Iglesia, debe garantizar a cada uno de los miembros de la comunidad, respetando el principio de subsidiariedad, su parte de los bienes comunes⁸⁸.
- 3) Lo restituido por la parte: tomando en cuenta lo que hayamos dado, o lo que se nos haya quitado en virtud de lo que se exige. La exigencia no es justa en sí misma, sino en tanto y en cuanto esté igualada con la cosa de que el intercambio, voluntario o involuntario, se trate. A este respecto cabe destacar que es posible que la igualdad no sea matemáticamente exacta. Entiende Santo Tomás de Aquino en la cuestión 77 de la II-II, que el justo precio en las cosas no siempre está determinado, sino que se fija por medio de estimaciones aproximadas, de suerte que un ligero aumento o disminución del mismo no parece destruir la justicia. A no ser que la diferencia resulte excesiva.

⁸⁷ Como explica el Estagirita al hablar de justicia distributiva en “Ética a Nicómaco”, L V, 3, 1131b 1-10, p. 246.

⁸⁸ Carta Encíclica “Deus Caritas Est”, 26.

Ipsa res iusta. Supongamos que un copropietario de un edificio, construye un balcón sobre la pared medianera, obteniendo una vista que no está permitida por el Art. 2658 del Código Civil Argentino⁸⁹. No es lo mismo que el vecino lindante sea propietario de un terreno baldío, o que lo sea de un *solarium*. Si el propietario del baldío o del *solarium* exige que se elimine el balcón de la medianera con los correspondientes daños y perjuicios, el magistrado tendrá que adecuar la pretensión del propietario del baldío o *solarium*, a las distintas situaciones que se presentan; de modo que las soluciones no tienen por qué ser iguales. Es evidente que en ambos casos, el copropietario del edificio tendrá que suprimir el balcón. Con respecto a la indemnización, sabemos que el propietario del *solarium* sufre un grave perjuicio, pues el balcón de por sí es idóneo para observar, aunque no necesariamente se haga. Tal es así, que la jurisprudencia ha dicho: “La apertura antirreglamentaria de ventanas móviles sobre la medianera a partir del primer piso (arts. 2654 y 2658 CCiv.), que expone a los actores a la vista de quienes habiten o trabajen o se encuentren por algún motivo en los baños a los que aquellas acceden, implica una invasión a la privacidad de los accionantes que es en el daño moral donde encuentra su cauce indemnizatorio (art. 1078 CCiv.)”⁹⁰. Resulta evidente pues, que en tal supuesto fáctico, el daño moral al que se hace lugar, está fundado en que los actores son vistos porque están ahí. En la medida en que no estén, no podrán ser vistos, no experimentando en consecuencia daño moral alguno.

Tomemos entonces al derecho subjetivo, como analogado principal; llegaremos a soluciones iguales para situaciones distintas, reacciones que no son proporcionales a las acciones respectivas. Por esta razón, el derecho como lo justo, lo adecuado a otro según una cierta razón de igualdad, análoga. Adecuando, comparando los dos términos de una relación, igualando las desigualdades de la realidad, de manera que cada uno de los integrantes de la comunidad, tenga su derecho, su parte proporcional entre los bienes y cargas a repartir; que ante situaciones idénticas, tengan igual cantidad de bienes y cargas, en situaciones diferentes, cantidades distintas (justicia distributiva); y que haya una igualdad de justicia según la compensación de cosa a cosa (justicia conmutativa)⁹¹.

Dicha adecuación no es del mismo modo en una y otra justicia, pese a ser ambas especies de la justicia particular. En la distributiva se hace teniendo en cuenta la preponderancia de la persona en la comunidad, de acuerdo a la regla en razón de la cual se establezcan los distintos grados en que sea medida. En los cambios se da algo a una persona particular en razón de la cosa de dicha persona que se ha recibido (cambios voluntarios), o por la cosa que se le ha quitado (cambios involuntarios); siempre es preciso igualar cosa con cosa⁹² manteniendo la indemnidad del *quantum* patrimonial.

En otra parte dice Urdanoz: “El fundamento de todo derecho es la dignidad inviolable de la persona humana, como ser racional que se mueve libremente al fin”. Afirmación inobjetable por cierto, pero incompleta, pues en el hombre hay esencia y existencia, pero no como si fuera un compuesto químico. Esencia, es lo que hace que una cosa sea lo que

⁸⁹ Art. 2658. No se puede tener vistas sobre el predio vecino, cerrado o abierto, por medio de ventanas, balcones u otros voladizos, a menos que intermedie una distancia de tres metros de la línea divisoria.

⁹⁰ Lexis N° 14/78680.

⁹¹ “Suma Teológica”, II-II 62, 1, p. 381.

⁹² “Suma Teológica”, II-II 61, 4, pp. 359 y 360.

es y no otra cosa, un ser racional que se mueve libremente al fin; y existencia, es lo que la hace estar aquí, de manera que solo puede moverse al fin en la sociedad, que es donde está, donde existe, donde actualizará la esencia de acuerdo con la finalidad que le es propia⁹³. Olvida pues el comentador que el hombre vive en sociedad, necesita de sus semejantes a lo largo de su vida. El apetito humano tiene la necesidad de comunicar sus obras a los demás, como bien enseña el Aquinate. Lo debido, el *suum*, siempre es debido a otro; pero a otro en especial, otro concreto, que está en la comunidad junto con nosotros y con el que tenemos alguna relación que fundamenta el *suum* del que es Acreedor. De lo contrario, ¿qué lugar le cabría a la justicia general, que ordena al bien común? Si se considera al hombre, tenemos que hacerlo como ser que existe. Y existir lo hace en una sociedad, ya que la justicia legal es la virtud de conducirse de modo justo para con la sociedad.

No queda nada clara la posición del presentador con respecto a la comunidad, pues cómo podría exigirnos una conducta determinada, ordenada al bien común, si el fundamento del derecho es pura y simplemente la persona humana. Esta podría actuar para lograr su propio bien individual, sin que implique ordenación alguna al de la comunidad, y el Angélico Doctor no enseña que el bien de la parte sea superior al del todo. Pues compete a la justicia legal ordenar al bien común las cosas que son propias de las personas privadas.

El derecho fundamenta el acto de justicia. No de forma idéntica, pero sí en una línea semejante, hay quienes identifican al derecho, no como lo justo, sino como el acto justo de acuerdo a la ley natural. Varias críticas pueden realizarse desde nuestra posición. De todas formas, nos parece que en primer término corresponde hacernos eco de dos juristas del siglo pasado, quienes por motivos diferentes, critican tales concepciones. Nos referimos a Michell Villey y Hans Kelsen.

El primero entiende que la ley es materia de moral y no de justicia (pues para ello es tratada en partes diferentes de la *Suma*), siendo objeto propio de la prudencia⁹⁴, virtud que nos dice qué es lo que tenemos que hacer en cada uno de los actos contingentes de nuestra vida⁹⁵. Según Santo Tomás de Aquino, siendo el alma racional la forma propia del hombre, hay en cada hombre una inclinación natural a obrar conforme a la razón, virtuosamente. Por consiguiente, así considerados, todos los actos de virtud pertenecen a la ley natural, incluyendo los que se ordenan al bien privado de una determinada persona. Así las cosas, pareciera que el ámbito de la ley natural excede al derecho; no obstante el Angélico al ocuparse del derecho demarca más aún el campo jurídico. Pues lo justo implica igualdad,

⁹³ Recuerda CASTELLANI, *De Kierkegaard a Tomás de Aquino*, Editorial Guadalupe (Buenos Aires, 1973), que “en todo ente, la esencia real es distinta de la existencia real, aunque sean inseparables como los dos polos del ser creado”, p. 139.

⁹⁴ Si bien no es objeto del presente trabajo, piénsese como en un hecho tan simple como el respeto a las velocidades máximas y mínimas encontramos un ejemplo más que gráfico. Pues lo que es una velocidad permitida en ciudad, puede ser prohibida en autopistas por ser inferior a la permitida, y viceversa respecto de las máximas. No deja de ser curioso como en ambos casos, al lento en autopistas y al ligero en calles de ciudad, se lo suele calificar como imprudente.

⁹⁵ Entiende VERNAUX, Roger, *Filosofía del Hombre*, versión castellana de L. Medrano, Editorial Herder (Barcelona, 1967), pp. 212 a 214, que no hay que olvidar el doble carácter de la prudencia, intelectual práctica, conoce para dirigir la acción; y moral, aquí ya no se trata de la rectitud del juicio, sino de la voluntad que no se deja arrastrar.

la cual se establece en relación a otro y sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente, a diferencia de lo que ocurre en las demás virtudes, que perfeccionan al hombre en las cosas que conciernen a sí mismo y cuyo objeto propio se determina en relación al agente.

No quiere dejar de resaltarse que estas afirmaciones son concordes con lo tratado en relación estrictamente al derecho. Tan es así, que incluso en el artículo relativo a la distinción entre derecho positivo y natural⁹⁶, establece que la igualación es de cosas; en la cuestión relativa al fraude en la compraventa⁹⁷ indica que al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que el derecho no puede ocuparse de toda la materia moral, sino solamente de aquella más fundamental que hace a la convivencia humana.

El segundo cuestiona acertadamente la hipótesis de un derecho natural, perfecto y justo establecido por una autoridad sobrehumana, ya que si esto fuera exacto, y se pudiera descubrir las reglas del derecho natural analizando la naturaleza, la elaboración del derecho positivo sería una actividad ridícula. Amén de contradictoria, pues sabemos que el derecho positivo es necesario⁹⁸, dado el reenvío obligado del natural, a fin de que lo suyo que haya que dar a cada uno sea hecho en virtud de aquel⁹⁹. Así como nos parece acertada la crítica del austríaco, nos parece desacertado el reduccionismo con el que identifica al iusnaturalismo en su versión racionalista, ya que lamentablemente esa es la idea con la que se los asocia a todas sus variantes sin distinción alguna. Asimismo, queremos destacar que los máximos referentes de esta corriente citados por Kelsen¹⁰⁰, tenían presente a Suárez, con las consecuencias que ello implica¹⁰¹.

La segunda observación que se nos plantea es la siguiente: ¿Qué hace justo al acto? Pues no alcanza con la conformidad con la ley natural, sino que el acto ha de ser justo.Cuál será la diferencia específica correspondiente a este acto para ser objeto de la justicia.

De hecho, la experiencia nos muestra que no es igual pagar el precio adecuado y equilibrado o convenido, que uno menor ¿o resulta indiferente no pagar exactamente el precio de venta de un paquete de cigarrillos? Y siguiendo en este entendimiento, no es lo mismo imponer a una persona culpable de un delito de hurto, una pena correspondiente a un homicidio agravado ¿o será que no hay diferencias en las escalas del impuesto a las ganancias y todos los miembros de la comunidad tributamos el mismo importe?

Justamente porque el derecho está en las cosas y no en los actos, es que en los ejemplos citados encontramos diferencias. Si bien el derecho lo vemos en actos de los hombres, no es ahí donde existe, sino en las cosas. Aquí es donde nos parece que se hace manifiesta la más alta aportación de la metafísica tomista, pues no es cualquier existencia la que actualiza perfectamente a un ente, sino solo el *actus essendi*. Cualquier precio no es el

⁹⁶ *Suma Teológica*, II-II, 57, 2, pp. 234 a 236.

⁹⁷ *Suma Teológica*, II-II, 77, 1, p. 667.

⁹⁸ VIGO, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo vs. iuspositivismo (un alegato iusnaturalista)*, en *Prudentia Iuris* N° 62/63. Consultado en el 21 de noviembre de 2011 en: <http://busquedas.elderecho.com.ar/prudentiaIuris/062-063.pdf>

⁹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, EUDEBA (Buenos Aires, 1963), traducción de la edición francesa de 1953 por Moisés Nilve, pp. 101 a 112.

¹⁰⁰ Nos referimos a Hobbes, Grocio, Puffendorf; pues no encontramos siquiera una cita a Santo Tomás.

¹⁰¹ Nótese como VICENT, André, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Carlos Raúl Sanz (Trad.), Editorial Gherzi (Buenos Aires, 1978), explica que "...la concepción suareciana de la ley se aparta de la tradición escolástica en el rumbo del voluntarismo", p. 19.

debido, hay uno que lo es; la pena tiene que estar ajustada al delito cometido y no a otro, así como la alícuota de ganancias no es igual para todos.

No obstante que, como refiriéramos más arriba, no se exige la igualdad e identidad total del precio, es decir, no se exige la verificación del acto de ser de lo debido; aunque sí es requisito indispensable que el mismo tenga la cualidad suficiente para alcanzar cierta paz social, pues eso es en lo que consiste la causa final del derecho, en tanto es la que estructura a las demás. Sabido es que la materia no obtiene la forma si no la mueve el agente y que este no realiza el movimiento sino por la intención del fin, ya que, para que produzca un efecto determinado, preciso es que se determine a algo cierto que tiene razón de fin.

El derecho tiende a una determinada finalidad, cual es el bien común, algo que sea aprovechado por toda la comunidad en su conjunto, ya que sin ella no hay derecho alguno. La causa final en tanto es lo que se persigue como bien por parte del hombre, es protegida por la comunidad organizada, sea para su consecución como para su preservación; y ese fin es el bien común en tanto que exige ser aprovechable por todos sus miembros.

Por ello es que en algunas ocasiones, la identidad total con lo debido puede estar suavizada por el intelecto práctico teniendo en miras al bien común, a la justicia legal, en tanto ordenadora de la particular distributiva y conmutativa como también de las demás virtudes. A pesar que Villey¹⁰² entiende que el oficio del jurista no mantiene una relación inmediata con la *praxis*, no obstante que su mismo ejemplo, el no desalojar a un locatorio agonizante, es la realización de una solución específica en función de lo real concreto, de un caso. El juicio de una ciencia práctica-práctica.

Las determinaciones de este tipo no son propias de la ley natural¹⁰³, sino de la naturaleza de las cosas, las que se manifiestan, ya sea reflejándose en el derecho positivo, o delegando en él, incluso haciendo de tope o límite para que no violente al derecho natural.

V.- EL DERECHO ES LO JUSTO

Desde un plano estrictamente interpretativo, se suele decir que el Angélico no era un jurista con el fin de justificar posiciones y distinguirla de quienes consideramos que el derecho es lo justo. No obstante que no nos atrevemos a afirmar que lo fuera, los temas que aborda en el *Tratado de la Justicia* de la II-IIae, restitución (62), homicidio (64), injusticias en el proceso por parte del juez (67), los testigos (70), los abogados (71) y el grado de detalle con que distingue los distintos intercambios voluntarios (77), nos sorprendemos y admiramos ante la precisión de conceptos de Derecho romano¹⁰⁴.

¹⁰² VILLEY, Michel, *Método, fuente y lenguaje jurídico*, Carlos Raúl Sanz (Trad.), Ed. Gherse (Buenos Aires, 1978), pp. 169 y ss.

¹⁰³ Entiende VILLEY, Michel, *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y San Tomás*, Editorial Gherse (Buenos Aires, 1981), p. 72, que si surge de alguna ley será de la eterna. "...En virtud de ello, toda regla –aunque fuera "natural"– procederá de Dios, aunque sea indirectamente en su clasificación de las leyes Santo Tomás puso en la base de todo sistema legislativo a la ley eterna, que había tomado de San Agustín: la razón de Dios ordenadora del cosmos (Ia.-IIae. qu. 93)..."

¹⁰⁴ Según lo expresado por BASTIT, Michel, *El Nacimiento de la Ley Moderna*, Nora Pereyro (Trad.), EDUCA (Buenos Aires, 2005), p. 38.

Pensamos que estas posturas, de las que pretendemos diferenciarnos, tratando de sumar dos aspectos, que de por sí están unidos, terminan identificando al derecho subjetivo como el analogado principal. Y decimos sumar ya que se pretende poner uno al lado del otro, del mismo modo en que se trata de hacer un compuesto químico del ente, a través de la fusión entre esencia y existencia. En la sentencia, en la ley, en el derecho subjetivo, en los contratos, y en las demás “cosas” jurídicas está lo justo. Todos ellos están soportados por una misma columna vertebral, que es esencialmente proporción, ajuste, igualdad; pero que existe y se hace acto en las relaciones entre los miembros de la comunidad. Lo justo es una realidad que entra en la definición de todos.

Para Aristóteles y Santo Tomás, lo justo objetivo, que responde al concepto de derecho, tiene sobre todas las otras acepciones prioridad de naturaleza y de conocimiento. De suerte que los “otros derechos” no son tales, sino en sentido impropio. Las otras no son definiciones, sino en cuanto atienden a las relaciones con aquel que los comprende en su naturaleza misma¹⁰⁵. El derecho entendido como poder o facultad¹⁰⁶ es una noción que carece de término posible para la comparación, pues no cuenta con ninguna pauta o límite que especifique en qué medida, la potestad de que se trate, es justa y no excesiva.

¿Cada vez que se hace lugar a una demanda, se estaría dictando una sentencia justa por el solo hecho de hacer lugar a una pretensión del actor? Podemos advertir que una pretensión puede ser susceptible de diferentes graduaciones en cuanto a su admisión, y que pueden dar lugar a fallos injustos, a pesar de estar fundadas en una potestad legítima.

En la sentencia citada¹⁰⁷ se está haciendo lugar a una fundada facultad del actor garantizada por el derecho objetivo. Pero no se queda solo en el pertinente artículo del Código Civil, sino que aprehende la realidad jurídica del caso concreto, haciendo lugar al daño moral, porque a través de la vista injusta se ve a alguien, invadiendo en consecuencia su privacidad. Esto es lo que hace justa a una sentencia, adecuar situaciones según un cierto modo de igualdad, pues su finalidad radica en la consecución de una determinada proporcionalidad jurídica, natural o positiva, que necesita realizarse o ratificarse o rectificarse¹⁰⁸.

El derecho subjetivo es un *actio*, no una *res*, por ello no tiene la entidad capaz de analogar¹⁰⁹ a las demás realidades jurídicas, no puede por sí mismo dar cuenta del precio justo, la sentencia justa, la ley justa o el salario justo; lo que se hace patente a través de cosas

¹⁰⁵ LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás* (Buenos Aires, 1953), p. 40.

¹⁰⁶ Y lo mismo ocurre con Ley.

¹⁰⁷ Cit. (n. 90).

¹⁰⁸ Lévese en cuenta que en los fallos de Cámara, antes de los votos de los jueces, se plantea la siguiente cuestión: “¿es justa la sentencia apelada?”. No se advierte que la “quaestio” se formule como, por ejemplo, “¿es esta norma una plausible particularización de la general en que se funda?”, o “¿está el fallo correctamente adecuado a la pretensión del actor?”.

¹⁰⁹ Cuanto mucho podríamos decir que el acto de ser del derecho subjetivo, en la realidad jurídica actual, es la acción.

jurídicas positivas¹¹⁰ tales como el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, y la *plus petita*¹¹¹. Estos son los motivos por los que entendemos que la idea de derecho subjetivo, derecho individual o derecho del hombre en tanto analogado principal, resulta –al decir de Ortega– invertebrado.

¹¹⁰ Aclaremos que tenemos en cuenta que los institutos referidos existían en la realidad jurídica argentina desde antes de su positivización. A este respecto, resulta esclarecedora la obra de Borda “La reforma de 1968 al Código Civil”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1971.

¹¹¹ Peculiar sentido cobra este instituto. Si bien no es este el lugar de un análisis exhaustivo, no podemos dejar de mencionar que si bien los jueces no pueden “dar” más de lo que se demanda, no significa que dejan de reconocer que lo estrictamente “dable” es mayor. De todas formas, más llamativa es la excepción que supone su aplicación en el ámbito del Derecho Laboral... ¿Tal vez sea porque no hay perfecta razón de derecho, como explica Santo Tomás de Aquino en II-II 57, 4?

DERECHO INDÍGENA

EXCLUSIÓN Y LEGISLACIÓN INDÍGENA

DAMIÁN TODOROVICH CARTES*
 Universidad Arturo Prat

RESUMEN:

La exclusión y la discriminación de los pueblos indígenas, son en el ámbito latinoamericano, la expresión de la situación de colonización a que se han visto sometidos desde el siglo XV, con la llegada de los europeos a América y que se mantuvo con las repúblicas nacientes, a partir del siglo de la independencia. La situación de exclusión se reproduce también mediante el discurso jurídico, que responde a la cultura hegemónica, mediante diversos institutos destinados a la “negación del otro” y que establecen, en el mejor de los casos, una “homologación jurídica de la diferencia” que oculta la existencia, en este caso, de los indígenas. En Chile, es la “Ley Indígena”, el instrumento mediante el cual se plantea esta situación de desigualdad, por lo que su modificación resulta justa y necesaria.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas y discriminación – Pueblos indígenas y exclusión – Derecho indígena y multiculturalismo – Ley indígena N° 19.253 en Chile.

ABSTRACT:

Exclusion and discrimination against indigenous peoples, are in the Latin American context, the term settlement of the situation, to have been subjected since the fifteenth century with the arrival of Europeans to America and remained with the republics springs, from the first century of independence. The situation of exclusion, also played by legal discourse, which responds to the dominant culture through various institutes for the “negation of the other” and define in the best case a “legal approval of a difference,” concealing the existence, in this case, of the Indians. In Chile, the “Indian Act”, the instrument by which this inequality arise, so that their modification is just and necessary.

KEY WORDS: *Indigenous Peoples and discrimination- Indigenous and exclusion -Indigenous law and multiculturalism-Indigenous Law No.19,253 in Chile.*

INTRODUCCIÓN

La discriminación étnica y la exclusión política de los pueblos indígenas, parecen ser la regla en América Latina y el Estado chileno no es la excepción a esa lamentable regla, entendiendo por tales aquellas prácticas que bien niegan o impiden el goce de derechos, en virtud de diferencias de tipo étnico o cultural, por un lado y la preterición de una parte de la

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Arturo Prat, Iquique, Chile. Magíster en Ciencias Sociales por la misma Universidad. Actualmente cursando Programa de Magíster en Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo- e: todocartes@yahoo.com

comunidad nacional de los mecanismos de participación y representación de sus intereses políticos¹, por otra.

Estas formas de discriminación y exclusión no son sino expresión de lo que algunos autores denominan la “negación del otro”², que surge desde los inicios del período colonial, basado en la conquista de los territorios americanos y sometimiento de sus habitantes, con la consecuente hegemonía cultural de los conquistadores, que desde la instauración de las repúblicas, se transformó en políticas de asimilación y homogeneización, igualmente negadoras de la “otredad” indígena.

“Según los informes del Banco Mundial, América Latina es el continente más desigual del mundo, y esta desigualdad aumentó en los últimos treinta años y en particular en los últimos diez años. Ni la liberalización económica, ni siquiera el crecimiento económico pudo resolver esta situación”³ y aunque Stephen Sberro, plantea que Chile junto a otros países del área, tienen una de las más avanzadas políticas de cohesión social, lo cierto es que en materia de legislación indígena se ha mantenido en un nivel de atraso respecto de los demás países latinoamericanos, en los que influyen decisivamente ciertos planteos de ideología jurídica.

Esta presentación pretende entonces analizar, no desde el punto de vista de dogmática jurídica, que entre los juristas se postula como la auténtica ciencia del derecho, sino más desde una postura crítica cómo es que la ideología subyacente a la práctica social discursiva jurídica, mantiene la exclusión de los pueblos indígenas y pretende al mismo tiempo legitimar esa exclusión, sin considerar que a partir de esa misma exclusión se legitima, por el contrario la “lucha” del movimiento indígena por la integración, por el carácter paradójico que posee el derecho mismo, según se dará cuenta en este trabajo.

1.- COHESIÓN SOCIAL

El concepto de cohesión social, no obstante tener una cierta formalidad, aparece como un concepto equívoco, pues este término suele usarse en diversos sentidos, con la ambigüedad y vaguedad propias del lenguaje natural, así “puede verse absorbido por otros de género próximo, como la equidad, la exclusión social y el bienestar”⁴, tan es así que por ejemplo en la XIV Cumbre de las Américas se definía como “la relación unitaria y armónica entre los distintos agentes que constituyen la sociedad”⁵ y en seguida se señala que para

¹ ITURRALDE, Diego, *Tierras y territorios indígenas: discriminación, inequidad y exclusión*, Texto presentado en: *Conferencia Racismo y Políticas Públicas*, United Nations Institute for Social Development (UNRISD); septiembre, Durban, Sud África, 2001. [Disponible en: <<http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/%28httpAuxPages%29/2FD862635EBC1>>]

² CALDERÓN, Fernando, HOPENHAYN, Martín, OTTONE, Ernesto, *Esa esquivia modernidad: desarrollo, ciudadanía y cultura en América Latina y el Caribe*, UNESCO-Nueva Sociedad (Caracas, 1996).

³ SBERRO, Stephan, investigador del Instituto de Estudios de la Integración Europea Ponencia presentada el martes 16 de noviembre de 2004 en el Colegio de México durante el seminario “Diálogo Social México-Unión Europea.”

⁴ CEPAL, *Cohesión social, sentido de pertenencia e inclusión social en América Latina*, Sergio Ottone (Dir.), Ana Sojo (Coord.), enero, 2007.

⁵ XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Chile, 2007.

obtener esta cohesión se debe dar garantía de “las condiciones indispensables de vida y el establecimiento de relaciones estables entre los ciudadanos que conviven en una nación”.

La conceptualización más clásica es la que aporta Emile Durkheim, quien al efecto plantea que mientras menor es la “división social del trabajo”, mayores son los vínculos entre los miembros de la comunidad, verificándose una solidaridad mecánica, merced a las similitudes segmentadas, vinculadas al territorio, las tradiciones y los usos grupales⁶. Con el advenimiento de la modernidad y la mayor división social del trabajo, esta solidaridad mecánica debilita los vínculos comunitarios, por lo que la cohesión, aparece como necesaria para mantener la debida solidaridad social, para que los individuos sigan vinculados a la dicha sociedad, de manera semejante a esa solidaridad mecánica de la pre - modernidad, estos nuevos lazos los denomina solidaridad orgánica.

Como aproximación a una definición tema, la CEPAL, nos propone el tradicional planteo aristotélico, esto es, distinguir por género próximo y diferencia específica, es decir, de lo general a lo más particular, para ello revisa en primer lugar el de capital social “(...) entendido como patrimonio simbólico de la sociedad en términos de capacidad de manejo de normas, redes y lazos sociales de confianza, que permiten reforzar la acción colectiva y sentar las bases de la reciprocidad en el trato, que se extienden progresivamente al conjunto de la sociedad (...)”⁷, aparece claro entonces, que este concepto, revela a una sociedad cohesionada, siendo entonces el resultado del proceso, es decir, representa el efecto de la cohesión.

Un segundo acercamiento se da con el concepto de integración social, en sentido restringido, “como proceso dinámico y multifactorial, que posibilita a las personas participar del nivel mínimo de bienestar que es consistente con el desarrollo alcanzado por un determinado país⁸”, se opone aquí al concepto de marginación social. Así la inclusión social resulta una forma más ampliada de integración, pues no implica el mero acceso a los medios diseñados, para tal integración, sino una acción de los actores sociales en su autodeterminación, así no bastaría *vg.* dar voto igualitario a los indígenas, que por lo demás existe, sino además procurar su autonomía en el diseño de sus políticas de protección de derechos culturales y territoriales.

Finalmente un tercer concepto anejo al de inclusión social, estaría dado por el de “ética social”, con la que se menta al consenso “en torno mínimos normativos y mínimos sociales”, esto es la solidaridad como valor ético y práctico, en el que la reciprocidad aparece como un criterio para la acción⁹.

Se plantea entonces, que la diferencia específica de la cohesión social vendría dada por la “dialéctica entre integración y exclusión, por una parte, y entre capital social y ética social, por otra”, es decir la diferencia radicaría en que en que esta incluiría la participación de los actores sociales, pero sin reducirse a ello.

⁶ DURKHEIM, Emile, *División on Labor Society*, citado por CEPAL, *Cohesión social, sentido de pertenencia e inclusión social en América Latina*, Sergio Ottone (Dir.), Ana Sojo (Coord.), enero, 2007.

⁷ CEPAL, *Cohesión social, sentido de...* cit. (n. 4).

⁸ *Idem.*

⁹ Esta tesis supone una ética de carácter no objetivista, fundado en la voluntad y particularmente en el consenso, cuestión no verificable empíricamente, por lo que nos remite a un constructo hipotético de carácter racional.

Esta visión nos parece acertada, por las ventajas que trae, pero con un leve matiz, en que el proceso no se produciría de manera estrictamente “dialéctica”, lo que implica la oposición y aun la agudización del conflicto, sino más bien dialogal, es decir, la interlocución a través de discursos, que portan ciertamente intereses de los tales actores, en contextos de racionalidad democrática, en nuestro caso del discurso del Estado (el que naturalmente suponemos de derecho) y los movimientos indígenas. En el otro sentido, nos tendríamos que poner en lógica de amigos y enemigos, que aunque satisface las condiciones de racionalidad, vulnera sensiblemente la posición del garantismo jurídico, tan caro al discurso democrático.

Así, los mecanismos de inclusión contemplarían medios tales como el empleo, educación, bienestar, titularidad de derechos, redistribución de la riqueza, etc., y por otra parte las valoraciones de los sujetos incluyen redes sociales, sentido de pertenencia y solidaridad, aceptación de las normas y disposición a participar de los espacios de deliberación¹⁰, erradicando con ello los fenómenos de discriminación, inequidad y exclusión vinculados a diversas esferas de la sociedad como la cultura, la economía y la política respectivamente¹¹.

2.- EL DERECHO

2.1.- *El paradigma Positivista*. El Estado moderno tomó sus primeras formas, caracterizado por las revoluciones burguesas (la Gloriosa Revolución y la Revolución Francesa) que consolidaron al trasponer el siglo XIX el liberalismo, que se focalizó en la limitación del poder del Estado, la libertad individual y la convicción en la regulación espontánea¹².

La transformación de la sociedad premoderna en moderna, operó según plantea Boaventura de Sousa Santos¹³, sobre la base de un equilibrio entre dos pilares fundamentales regulación y emancipación:

- i) La regulación sobre tres principios: El Estado (Hobbes), el mercado (Locke) y la comunidad (Rousseau).
- ii) La emancipación sobre tres dimensiones de racionalidad y secularización de la vida colectiva: Racionalidad moral práctica del derecho moderno, racionalidad cognoscitiva-instrumental de la ciencia y racionalidad estética como expresión del arte.

Sin embargo, este pretendido equilibrio nunca existió o por lo menos nunca llegó a desarrollarse, pues en ambos pilares se generaron desequilibrios internos, de este modo en el pilar regulatorio hay un crecimiento desmesurado del mercado sobre el Estado y de ambos sobre la comunidad.

¹⁰ CEPAL, *Cohesión social, sentido de...* cit. (n. 4).

¹¹ ITURRALDE, Diego, *Tierras y territorios...* cit. (n. 1).

¹² DUQUELSKI GÓMEZ, Diego, *Entre la Ley y el Derecho. Una Aproximación a las Prácticas Jurídicas Alternativas*, Editorial Estudio (2000).

¹³ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Subjetividad, Ciudadanía y Emancipación*, citado por DUQUELSKI GÓMEZ, Diego, *Entre la Ley...* cit. (n. 12).

A su turno en el pilar emancipatorio la racionalidad cognoscitiva-instrumental de la ciencia se desarrolla a costa de las demás racionalidades a las que termina colonizando, en ambos casos se trata de un proceso histórico no lineal.

Así en la primera etapa de conformación del Estado moderno, que hemos llamado liberal, el Estado tiene como función primordial la protección de los derechos individuales, que cumple gracias al monopolio del uso de la fuerza¹⁴, a costa de renunciar a la intervención en lo económico y social.

Para el autor belga Francois Ost¹⁵, la libertad pretendida por la tesis liberal que implica la libre circulación de los bienes, ideas y personas, se logra a través de un altísimo grado de abstracción, generalidad y previsibilidad, es decir, mediante el modelo del Código.

En efecto, en el *ancien regime*, lo que caracteriza al sistema jurídico es la multiplicidad y asistematicidad de las fuentes formales del derecho, de modo que existe multiplicidad y aún superposición en los órdenes normativos.

A esta, selva de las fuentes, en palabras de Ferrajoli, se opone el modelo del Código, que puede ser caracterizado de la siguiente forma:

- a) Monismo Jurídico.
- b) Monismo Político.
- c) Racionalidad deductiva lineal.
- d) Concepción del tiempo orientado hacia un futuro controlado.

A partir de esta concepción del derecho, se configura lo que hemos denominado el paradigma positivista, cuyo punto de apogeo se encuentra en la tesis del jurista austríaco Hans Kelsen, quien propone una teoría pura del derecho, con fundamento en el planteamiento kantiano de la separación entre ser y deber ser, a partir de la cual poder desarrollar una auténtica ciencia del derecho, sin referencia alguna a planteamientos valóricos, ideológicos o aún de otras ciencias.

Este paradigma positivista prevalece hasta nuestros días, aunque empieza a hacer crisis, en la segunda de las formas arquetípicas del Estado, denominado de Bienestar, en el que existirán algunas variantes en torno a la función del juez y atenuado por la “proliferación de las decisiones particulares, en las que la generalidad de la abstracción dejan lugar a lo concreto del juicio (...) ocasionando, entonces a través del *dossier* la dispersión de las autoridades encargadas de aplicar el derecho”, esta crisis, plantea el profesor argentino Diego Duquelski, se anuncia a partir de la década de los sesenta del siglo pasado, tanto por pensadores sociales de izquierda como de derecha y se vincula “(...) en forma directa con el agotamiento del régimen de acumulación consolidado en la posguerra, o régimen fordista-taylorista, caracterizado por una total separación entre concepción y ejecución en el proceso de trabajo, acoplada a integración forzosa de trabajadores en la sociedad de consumo a través de una cierta indexación de los salarios directos e indirectos (los beneficios sociales propios del *Welfare State*)”¹⁶.

¹⁴ Es relevante en este punto la tesis hobbesiano del pacto social, destinado precisamente, a precaver la guerra de todos contra todos, a que tendía el estado de naturaleza.

¹⁵ OST, Francois, *Júpiter, Hércules y Hermes: Tres Modelos de Juez*, en *Doxa* 14 (1993).

¹⁶ DUQUELSKI GÓMEZ, Diego, *Entre la Ley...* cit. (n. 12), p.19.

Esta situación crítica trae como consecuencia la crisis de la regulación estatal, hasta entonces indiscutida frente a la internacionalización de los mercados y la transnacionalización de la producción, es decir, el Estado ya no es el ente monopolizador de la producción de normas, sino por el contrario una fragmentación de la habilitación en este sentido, así nuevos problemas se plantean al Estado como la “ (...) crisis de representación, gobernabilidad democrática, pluralismo jurídico, etc. (...)”¹⁷. Debemos decir que con relación a nuestro tema, especialmente relevante resulta el del pluralismo jurídico, cuestión que trataremos más adelante.

2. 2.- LA LEGISLACIÓN INDÍGENA

En el mundo global aumenta la fragmentación, la inequidad, la exclusión social, por lo que evidentemente disminuyen las posibilidades de alcanzar “consensos” en torno a la pertenencia al proyecto del grupo, falta la denominada solidaridad orgánica, esto es, de las ideas, sentimiento y creencias que los unen. A tal punto que “ (...) El Estado resultante de la nueva distribución de poder mundial ha tirado por la borda las adquisiciones del Estado de Bienestar y del populismo distribucionista (...)” Aldo Palacios, plantea, siguiendo a Jacques Lours, que los retos del siglo XXI son la resolución de las tensiones: mundial/local, universal/singular, tradición /modernidad, largo plazo/corto plazo e indispensable competencia/igualdad de oportunidades, de modo que la solidaridad supone la tendencia a encerrarse en la propia identidad y dar lugar a la comprensión de los demás y el respeto a la diversidad¹⁸.

El principal instrumento legislativo chileno es la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, que fuera publicada en el *Diario Oficial* con fecha 5 de octubre de 1993. Esta ley fue la respuesta de la Concertación de Partidos Por la Democracia, coalición gobernante en el período posterior al gobierno militar del general Augusto Pinochet, a las peticiones de los pueblos indígenas, tal como se había comprometido “durante la campaña en el documento conocido como Acta de Nueva Imperial (...) ‘a poner todo su esfuerzo y voluntad en impulsar iniciativas legislativas, administrativas y económicas necesarias para concretar los planes y medidas contempladas en el Programa de Gobierno de la Concertación’”¹⁹. Esta ley de carácter indigenista, reconoce la existencia plural de etnias, en el Estado de Chile y establece el deber de este de promover el desarrollo de los indígenas y propender a la protección de sus tierras y cultura, creando un órgano administrativo, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, que declara como misión institucional “Promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional, a través de

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ PALACIOS COURRET, Aldo, *La Legislación, el Desarrollo Económico, Social y Cultural y la Situación del Movimiento Indígena en Perú*, en *América Indígena* 1, Vol. LIX (enero-marzo, 2003).

¹⁹ DONOSO, Sebastián, *Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro*, PUC, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, Dirección de Asuntos Públicos, año 3/N° 16/2008 disponible en <http://vinculosconlasociedad.uc.cl/5>

la coordinación intersectorial, el financiamiento de iniciativas de inversión y la prestación de servicios a usuarios”. Esta legislación, pese a reconocer la multiétnicidad en el territorio de la República, no abandona, como he dicho, el asimilacionismo indígenista, de índole etnocéntrica que ha tenido nuestro ordenamiento, con relación a los indígenas y no ha logrado satisfacer sus principales aspiraciones, por lo que tampoco ha logrado inclusión de los indígenas, por diversas razones, algunas de las cuales detallo a continuación:

La Ficción de la Igualdad. Como crítica general a este texto legal, se puede advertir que tal como todo el derecho de occidente, ha aceptado como supuesto legitimatorio la ficción de que todos los hombres son iguales ante la ley²⁰.

Como he dicho, esta ficción está a la base de nuestro ordenamiento jurídico y se halla consagrada en el artículo 3º de nuestra Constitución Política, fruto de la ideología liberal del siglo XVIII y en virtud de ella se considera que todas las personas son iguales, “en dignidad y derechos”, esta declaración de igualdad en la que parece haber consenso, en la actualidad, sin embargo, esconde y elude la profunda desigualdad, existente en nuestras sociedades, que en palabras de Luigi Ferrajoli, esta ficción deja sobrevivir la desigualdad, pues desconoce la diferencia.

Particularmente con relación a los indígenas, el Estado chileno históricamente y como parte del discurso ideológico de sus agentes, intenta plantear la unidad étnica y cultural de nuestro país, es decir, a partir del discurso jurídico se postula subrepticamente la exclusión de todos aquellos que viven una cultura distinta, como son los pueblos aborígenes. Con todo, es del caso, que la Ley N° 19.253 quebró con la tradición de nuestra legislación de desconocer la diversidad cultural y étnica, aunque mantiene su orientación hacia la asimilación y homogeneización.

Desde un punto de vista jurídico, la igualdad aparece en a lo menos dos sentidos posibles, igualdad ante la ley y como igualdad en los derechos, el primer sentido formal, se refiere al concepto clásico de “isonomía”²¹ en virtud del cual la ley debe ser igual para todos, por lo que cada individuo cuenta de manera idéntica frente a los demás, de modo que tanto en el antecedente de la norma como en su consecuencia jurídica se refleje esta igualdad. Así, al momento de establecer la norma, debe considerarse a la clase de individuos a que se refiere y en cuanto a su consecuencia, esta debe garantizar que la norma sea cumplida, por quienes caen bajo su tutela.

Este es el sentido de las constituciones liberales establecido a partir del siglo XVIII y, claro está del Código Civil francés de 1804 y, tiene como objetivo central la eliminación del “Estado de órdenes o castas”²² y que establece la supresión de la discriminación arbitraria, esto es, la que es caprichosa o contraria a la razón, en otras palabras, la que no se halla justificada racionalmente.

El segundo sentido de la igualdad, es el que se refiere a la igualdad en los derechos, que implica la idea de que los ciudadanos gozan de manera igualitaria de ciertos derechos, que se consideran fundamentales y se encuentran garantizados constitucionalmente²³, en

²⁰ CARCOVA, Carlos, *Ficción y Verdad en la Escena del Derecho* (junio, 2006).

²¹ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Ediciones Paidós I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona (Barcelona, 1993).

²² BOBBIO, Norberto, *Igualdad y...* cit. (n 21), p. 72.

²³ *Idem.*, p. 75.

este caso al decir de Bobbio, el blanco es la sociedad esclavista, o sea, aquella en la que no todos los hombres son personas, sino por el contrario, algunos son tratados como cosas.

El concepto de igualdad, propugnado por la Revolución, como condición del ejercicio de la libertad, en cuanto implica el desarrollo de la autonomía individual, como valor, se encuentra relacionado con un modelo de relación entre derecho y diferencia, que Ferrajoli denomina de “diferenciación jurídica de la diferencia”²⁴, en el que se valorizan ciertas identidades y se desvalorizan otras, es decir, existen algunas diferencias que resultan valorizadas, y constituyen una modalidad de privilegio, derechos o poderes y en clave crítica bien implica una “falsa universalización” del sujeto, al que identifica con el ciudadano (varón, blanco, propietario), en cuanto excluye a quienes no comparten dicha característica. Este modelo, asimismo, da lugar a otro modelo, como una suerte de evolución, que es el de “homologación jurídica de las diferencias”, según la tipología de Ferrajoli, caso en el cual las diferencias son valorizadas y a la vez negadas, en pos de una abstracción de la igualdad, una ficción de asimilación, que desconoce la diferencia, que subyace a los ordenamientos liberales, como en el caso chileno y su legislación para indígenas.

Es así como la ficción de la igualdad, en clave liberal, ha generado como reacción crítica de los grupos excluidos, que pretenden un modelo de “valoración jurídica de las diferencias”, en tanto no solo tolerante con la diferencia, sin discriminar ni privilegiar a ninguna de ellas.

En la tesis de Ferrajoli, concepto de igualdad como “homologación jurídica de la diferencia”, basada en una ficción, que niega o ignora de hecho las diferencias, resulta contestada, por cuanto no es comprendida como valor, sino como hecho, es decir como una tesis descriptiva, que paradójicamente ora niega la igualdad, porque de hecho existen diferencias ora por afirmar que existe jurídicamente la igualdad y no existen las diferencias.

También se han contradicho los modelos de relación entre derecho y diferencia, por quienes reivindican la identidad, por sobre la universalidad y ha generado lo que el profesor Migliore, ha denominado el “malestar de la cultura”²⁵. En efecto la multiculturalidad, como fenómeno social, parece tan antigua como la historia de la humanidad.

El hecho de la multiculturalidad implica la existencia de una variedad de culturas distintas en interacción en un determinado territorio, en las que las más de las veces una de ellas resulta hegemónica respecto de las demás, las que paradójicamente pueden ser mayoritarias.

En el caso iberoamericano, la multiculturalidad, resulta una realidad relevante e innegable, merced de la pluralidad cultural producto de la incorporación a los Estados nacionales de extensos grupos poblacionales indígenas, en el proceso de conquista y colonización iniciado por la corona de Castilla y la de Portugal en el siglo XVI y continuado por las repúblicas americanas independientes a partir del siglo XIX.

El hecho de la multiculturalidad, en términos puramente descriptivos, ha propiciado el surgimiento, en EE.UU., Canadá y alguno países europeos, desde una perspectiva prescriptiva, del multiculturalismo, dirigido a criticar la ficción de la igualdad y el falso universalismo de la tradición liberal; plantea un punto de vista en el que resulta relevante el

²⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Editorial Trotta (Madrid, 1999), pp. 73-96.

²⁵ MIGLIORE, Joaquín, *Pluralismo y bien común*, en *Revista Colección* 11, año VII, p. 302 (Buenos Aires).

“reconocimiento del otro” cultural, no en términos puramente individuales, en el ámbito jurídico, aunque no se trata en este caso, tan solo, de tolerar y respetar la cultura distinta, sino de un reconocimiento jurídico-político de las “comunidades de origen de los individuos (etnias, culturas o religiones) como instituciones intermedias entre el individuo y el Estado (...)”²⁶. Se plantea, como se ha dicho, la generación de un modelo de valoración jurídica de la diferencia, lo que incluye por cierto, en el caso del pluralismo jurídico, decir la existencia simultánea de dos o más ordenamientos normativos jurídicos eficaces y efectivos en un mismo territorio, cuestión que en los hechos ha ocurrido pues las sociedades simples (sin Estado) tienen derecho sin la necesidad de la existencia del Estado y cada comunidad da su propio sentido y aceptación a su ordenamiento jurídico, o sea el pluralismo jurídico va a existir en la medida que la propia cultura lo reproduce, reafirmando su propia identidad.

Sin embargo, la pluralidad jurídica es reconocida por el Estado Chile, sea que la niegue completamente o se presente en forma de indigenismo, que tiende a homogeneizarla en la asimilación.

El convenio 169 de la OIT, pone de manifiesto precisamente esta carencia consistente en la falta de adecuación de nuestro derecho interno, frente a las obligaciones que dicho instrumento impone al Estado, cual es el reconocimiento de un pluralismo jurídico eficaz y efectivo, el que incluso deba realizarse por vía constitucional, atendidas la circunstancia de que el convenio no reconoce la existencia de un *corpus* fijo, sino fundamentalmente de la potestad reguladora de los pueblos indígenas, la función jurisdiccional especial y el sistema institucional o de autoridades lo que implicaría incluso la aplicación de la costumbre *contra legem*²⁷, teniendo como único límite la vulneración de derechos fundamentales.

Desconocimiento de la autonomía. La ley indígena no reconoce la existencia de “pueblos indígenas”, sino, como he dicho, de etnias o comunidades indígenas²⁸. La expresión, “pueblo”, es considerada por los indígenas “irreemplazable”²⁹, tanto desde el punto de vista cultural como desde el punto de vista del derecho internacional, pues solo esa denominación, se ajusta al texto del convenio 169 de la OIT, el que se aplica a los pueblos indígenas y tribales. Este punto no resulta puramente semántico, pues tiene implicancias políticas y jurídicas relevantes. En efecto, el carácter de pueblo de las etnias indígenas, significa dotarlas del derecho de autodeterminación, cuestión que ha sido rechazada por los Estados, señalando que este derecho solo corresponde a estos y ciertamente, no a los pueblos indígenas, sin embargo es el propio Convenio 169 de la OIT³⁰, el que resuelve el entredicho de una manera más práctica que conceptual, en su artículo 1.3., excluye

²⁶ FERNÁNDEZ BUEY, F., *Para el debate sobre el multiculturalismo*, disponible en <http://www.upf.edu/materials/fhuma/etfipo/eticaa/docs/11.pdf>

²⁷ YRIGROYEN F., Raquel, *El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú. Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitución*, en *Identidades culturales y Derechos Humanos*, CALVO GARCÍA, Manuel (Coord.), Editorial Dykinson S.L. (Madrid, 2002), p. 236.

²⁸ VERGARA, J., GUNDERMAN, H., FOESTER, R., *Ley Indígena, Estado Chileno y Pueblos Originarios (1989-2004)* en *Las contradicciones de la mediación. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Movimiento Aymara Mapuche*, en *Estudios Sociológicos* 71 XXIV (2006).

²⁹ CASTRO LUCIC, Milka, *Desafíos de las Políticas Interculturales en Chile: Derecho Indígena y el Desarrollo Económico*, en *Rev Vzlana. De Soc. y Ant. Dic.* 38, Vol. 13 (Mérida, 2003), p. 520-5.

³⁰ LILLO VERA, Rodrigo, *El convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad*, disponible en www.estudiosindigenas.cl/trabajados/el%convenio%20169%20de%la%oit

la posibilidad de que esta expresión pueda “interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pudiera conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Sin embargo esta limitación, resulta infundada, pues se basa en una apreciación sesgada de la autodeterminación, considerada como independencia política, al modo que tuvieron los Estados modernos “excluyendo las demás formas de poder ejercer este derecho este derecho”³¹, como puede ser el de la autonomía, que habilite a los pueblos indígenas para decidir sobre asuntos de relevancia colectiva.

Otro aspecto a considerar en este punto, se relaciona a la tierra la que aparece no solo vinculada a tema de la propiedad de la misma, sino a cuestiones culturales y aun religiosas, por lo que resulta entonces vital en la consideración de los indígenas, como pueblo distinto. De modo que este no es un problema accesorio, sino fundamental que en el caso del Estado de Chile, ha legitimado históricamente el despojo de las comunidades.

Sin embargo, este tema debe ser tratado desde el punto de la propia autonomía de los pueblos indígenas. En este punto es central el concepto de territorio, esto es el espacio territorial donde hacer efectivos “los derechos territoriales y los culturales”³² refiriendo los territoriales a la gestión, utilización, goce, disposición y contribución a la conservación de sus territorios, que se expresaría en un conjunto de derechos en tres ámbitos: territorio, tierras y recursos naturales que estos albergan y en cuanto a los culturales para conservar su identidad histórica y cultural, a través del reconocimiento al derecho de la lengua, el derecho consuetudinario, formas de resolución de conflictos y patrones culturales.

Por cierto, ni la ley en comento ni ningún otro texto legal, consagra esta autonomía, lo que incidirá directamente en el ámbito jurídico, pues si bien se admite la “legislación indígena”, es decir la regulación normativa desde el Estado, pero no se admite la existencia de un “derecho indígena”, es decir un ordenamiento normativo adecuado a las costumbres que en este aspecto poseen los pueblos indígenas. Esta reticencia se origina el monopolio que el Estado detenta en materia jurídica, enmarcada en el modelo positivista que identifica Derecho y Estado, de modo que al perder este monopolio se pone en crisis el propio modelo.

A su turno la implementación de una educación multicultural, tampoco se regula, por lo que siendo por ejemplo la lengua oficial del Estado de Chile, esta es la de todos los órganos del Estado y por supuesto también de la escuela, por lo la pérdida de este patrimonio cultural se acelera, a pesar de considerarse este como el más valioso.

iii) *La estrategia de atomización del Estado.* Siendo la “función política del Estado capitalista (...) dispersar las contradicciones sociales de manera que se puedan mantener niveles tensionales funcionalmente compatibles con los límites estructurales impuestos por el proceso de acumulación y por las relaciones sociales de producción que en el tienen lugar”³³ de modo que los conflictos necesitan resolver íntegramente, sino de mantenerlo en un nivel de compatibilidad con el sistema.

³¹ LILLO VERA, Rodrigo, *El convenio...* cit. (n. 30).

³² “En octubre del año 2003 la Comisión de Verdad y Política del Nuevo Trato entre el Estado, Sociedad y Mundo Indígena en Chile, hizo entrega al Presidente del Informe Final, con propuestas para un Nuevo Trato en base a trabajos que por más de dos años realizaron diversas Comisiones en las que participaron representantes de pueblos indígenas y profesionales no indígenas (...); CASTRO LUCIC, Milka, *Desafíos de las Políticas...*, cit. (n. 29)

³³ DUQUELSKI GÓMEZ, Diego, *Entre la Ley y el Derecho. Una...*, cit. (n. 12), p. 56.

La ley indígena viene en consecuencia a coadyuvar en ese mantenimiento con la estrategia de la “atomización”, que consiste en el trato particular que se intenta asignar al conflicto social, de modo de transformarlo de colectivo en individual.

El caso de la ley indígena, esta atomización del movimiento social de los indígenas entre otras en la desarticulación de las comunidades rurales y redes comunales, pues la ley supone, particularmente, en su Título Tercero, para los efectos de transferir fondos a las comunidades, la existencia de las tales comunidades conforme al procedimiento establecido en la propia y para ello se requiere apenas el concurso de 10 personas mayores de edad (indígenas), por lo que si en la comunidad no todos están de acuerdo con una política determinada, solo la comunidad organizada aparece beneficiada, en el mismo sentido en el caso de las denominadas “asociaciones indígenas” (artículo 36 de la Ley), provocando, en consecuencia la dispersión en las comunidades³⁴.

En el mismo sentido respecto de las Áreas de Desarrollo Indígena, por la que solo parte de los pueblos se beneficia.

En fin, la ley favorece la existencia de los liderazgos funcionales por sobre los territoriales³⁵, pues las comunidades indígenas a que se refiere la ley, no son las tradicionales comunidades indígenas, aunque por cierto pueden coincidir, sino precisamente se trata de grupos intermedios u organizaciones comunitarias de carácter funcional, que no se definen necesariamente por el territorio al que se adscriben sino conforme reza el artículo 9 de la ley provengan de un mismo tronco familiar, reconozcan una jefatura tradicional, posean o hayan poseído tierras indígenas en común o provengan de un mismo poblado antiguo, de modo que cuando se favorecen los liderazgos territoriales, no siempre son verdaderos.

- iv) *Desconocimiento de los derechos colectivos.* La categoría de derechos colectivos, es a lo menos coetánea con el de derechos individuales, sin embargo estos resultan enormemente desarrollados, con relación a los primeros que tienen un desenvolvimiento significativamente menor, merced al predominio del individualismo en la sociedad moderna, que reconoce a los individuos como fundamento y fin último de la organización social, que no se constituye de manera natural, al modo aristotélico, sino que se construye, artificialmente a partir de los individuos³⁶, no es sino con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial, que en el contexto internacional, la categoría de derecho colectivos se torna relevante, con la suscripción del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que reconocen el derecho de libre determinación de los pueblos y algunos derechos de minorías³⁷. En este contexto el *Convenio 169 de la OIT* y la *Declaración Universal de Derechos de los Indígenas*, se refieren intensamente a los derechos colectivos.

³⁴ CASTRO LUCIC, Milka, *Desafíos de las Políticas...*, cit (29).

³⁵ *Idem.*

³⁶ LÓPEZ CALERA, Nicolás, *El concepto de derechos colectivos*, en *Identidades culturales y Derechos Humanos*, CALVO GARCÍA, Manuel (Coord.), Editorial Dykinson S.L. (Madrid, 2002), p. 49.

³⁷ CRUZ PARCERO, Juan A., *Sobre el concepto de derechos colectivos*, en *Revista Internacional de Filosofía Política* 12 (1998).

Suele hablarse de derecho colectivo cuando el titular de ese derecho es un grupo o una comunidad y cuando el objeto del derecho es un bien de carácter colectivo, en ambos casos su justificación no es pacífica y excede los límites de este trabajo, sin embargo es un hecho que los mencionados derechos en los instrumentos internacionales aludidos existen y son aquellos que solo pueden ejercerse, de manera efectiva en forma colectiva.

La ley 19.253, tímidamente, establece algunos derechos colectivos, pero en general no reconoce su existencia, reflejando con ello “una larga tradición jurídica de consagración de derechos individuales”³⁸, tradición impuesta desde la república, por el derecho nacional, la que se contrapone a lo dispuesto por el *Convenio 169 de la OIT*, que se orienta al reconocimiento de los derechos colectivos “(...) ante la insuficiencia de los derechos individuales para tratar adecuadamente las diferencias culturales (...)”³⁹. Así López Calera, siguiendo en esto a Will Kimlicka, señala que de la multiculturalidad surgen tres tipos de derechos, que denomina ‘diferenciados en razón del grupo’, a saber: a) derechos de autogobierno, relativos a la autonomía en la organización política; b) derechos poliétnicos, relativos a la cultura y tradiciones y; c) los derechos especiales de representación, en cuanto requiere de representación de grupos diversos.

3.- CONCLUSIÓN

Tal como plantean muchos autores, particularmente los aquí citados, la legislación para los indígenas dictada por el Estado de Chile, padece de múltiples afecciones, que tienen su origen en su gestación y estos padecimientos, no coadyuvan de ninguna forma a la inclusión de los sujetos indígenas de nuestro país, a diferencia de otros países iberoamericanos, en los que según Van Cott⁴⁰ enfrentamos un modelo multicultural en ciernes que se caracteriza por a) el reconocimiento multicultural; b) incorporación del derecho consuetudinario; c) protección de las tierras y recursos indígenas amenazados por el capital y el Estado y la implementación de la educación multicultural, el Estado de Chile se resiste a este modelo y persiste en un modelo que resultaba apropiado al siglo XIX, pero de ninguna forma a este siglo XXI en el que se debe resolver de manera satisfactoria y democrática las tensiones que vive el mundo global.

Por lo antes señalado, resulta sensato modificar la ley indígena, que parece redactada al modo de los ilustrados del siglo XVIII, esto es adecuando la realidad a las ideas (quizá sea mejor utilizar la expresión ideología), puesto que “buenas leyes” hacen “buenos pueblos” reconociendo hechos a estas alturas innegables como la multiculturalidad del Estado chileno y actuar en consecuencia, adecuando nuestra legislación a las exigencias del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile y cuya implementación tendrá serias implicancias de carácter político, legal y de las políticas públicas del Estado.

³⁸ DONOSO, Sebastián, *Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro*, PUC, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, Dirección de Asuntos Públicos, año 3 /Nº 16/2008 disponible en <http://vinculosconlasociedad.uc.cl/5>

³⁹ LÓPEZ CALERA, Nicolás, *El concepto de...* cit. (n. 36), p. 51.

⁴⁰ Citado por VERGARA, J., GUNDERMAN, H., FOESTER, R., *Ley Indígena, Estado Chileno y Pueblos Originarios (1989-2004)* en *Las contradicciones de la mediación. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Movimiento Aymara Mapuche*, en *Estudios Sociológicos* 71 XXIV (2006).

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Ediciones Paidós I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona (Barcelona, 1993).
- CALDERÓN, Fernando, HOPENHAYN, Martín, OTTONE, Ernesto, *Esa esquivada modernidad: desarrollo, ciudadanía y cultura en América Latina y el Caribe*, UNESCO-Nueva Sociedad (Caracas, 1996).
- CARCOVA, Carlos, *Ficción y Verdad en la Escena del Derecho* (junio, 2006).
- CASTRO LUCIC, Milka, *Desafíos de las Políticas Interculturales en Chile: Derecho Indígena y el Desarrollo Económico*, en *Rev. Vzlna. de Soc. y Ant. Dic.* 38, Vol. 13 (Mérida, 2003), p. 520-5.
- CEPAL, *Cohesión social, sentido de pertenencia e inclusión social en América Latina*, Sergio Ottone (Dir.), Ana Sojo (Coord.), enero, 2007.
- CRUZ PARCERO, Juan A., *Sobre el concepto de derechos colectivos*, en *Revista Internacional de Filosofía Política* 12 (1998).
- DONOSO, Sebastián, *Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro*, PUC, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, Dirección de Asuntos Públicos, año3/N° 16/2008 disponible en <http://vinculosconlasociedad.uc.cl/5>
- DUQUELSKI GÓMEZ, Diego, *Entre la Ley y el Derecho. Una Aproximación a las Prácticas Jurídicas Alternativas*, Editorial Estudio (2000).
- FERNÁNDEZ BUEY, F., *Para el debate sobre el multiculturalismo*, disponible en <http://www.upf.edu/materials/fhuma/etfipo/eticaa/docs./11.pdf>
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Editorial Trotta (Madrid, 1999), pp. 73-96.
- ITURRALDE, Diego, *Tierras y territorios indígenas: discriminación, inequidad y exclusión*, Texto presentado en: *Conferencia Racismo y Políticas Públicas*, United Nations Institute for Social Development (UNRISD); septiembre, Durban, sud África, 2001. [Disponible en: <http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/%28httpA uxPages%29/2FD862635EBC1>].
- LILLO VERA, Rodrigo, *El convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad*, disponible en www.estudiosindigenas.cl/trabajados/el%convenio%20169%20de%la%oit
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *El concepto de derechos colectivos*, en *Identidades culturales y Derechos Humanos*, CALVO GARCÍA, Manuel (Coord.), Editorial Dykinson S.L. (Madrid, 2002).
- MIGLIORE, Joaquín, *Pluralismo y bien común*, en *Revista Colección* 11, año VII, p. 302 (Buenos Aires).
- OST, Francois, *Júpiter, Hércules y Hermes: Tres Modelos de Juez*, en *Doxa* 14 (1993).
- PALACIOS COURRET, Aldo, *La Legislación, el Desarrollo Económico, Social y Cultural y la Situación del Movimiento Indígena en Perú*, en *América Indígena* 1, Vol. LIX (enero-marzo, 2003).
- RUIZ, Alicia, *Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo*, texto presentado al Seminario Internacional "Derecho, Democracia y Cultura Jurídica al Fin de Siglo", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, marzo de 1995.

SBERRO, Stephan, investigador del Instituto de Estudios de la Integración Europea Ponencia presentada el martes 16 de noviembre de 2004 en el Colegio de México durante el seminario “Diálogo Social México-Unión Europea”.

VERGARA, J., GUNDERMAN, H., FOESTER, R., *Ley Indígena, Estado Chileno y Pueblos Originarios (1989-2004)* en *Las contradicciones de la mediación. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Movimiento Aymara Mapuche*, en Estudios Sociológicos 71 XXIV (2006).

YRIGOYEN F., Raquel, *El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú. Hacia una interpretación comprensiva del Convenio 169 y la Constitución*, en *Identidades culturales y Derechos Humanos*, CALVO GARCÍA, Manuel (Coord.), Editorial Dykinson S.L. (Madrid, 2002), p. 236.

HISTORIA DEL DERECHO

NOTAS BIOGRÁFICAS Y OBRA DE FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. UNA
 MIRADA AL FUNDADOR DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL
 DERECHO

*BIOGRAPHICAL NOTES AND WORKS OF FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. A
 LOOK AT THE FOUNDER OF "HISTORICAL SCHOOL OF LAW"*

HUGO VILCHES FUENTES*
 Universidad Arturo Prat

RESUMEN:

Trata este trabajo de un relación biográfica de la vida y obra de este jurista alemán de comienzos del XIX, sus comienzos, sus estudios formales, su vida política y profesoral en el derecho de su país. En especial se hace un comentario crítico de uno de sus escritos más polémicos y fecundos para el devenir de la ciencia jurídica alemana y en especial para el desarrollo de la pandectística, como fue *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*.

PALABRAS CLAVE: Savigny – Ciencia jurídica alemana – Pandectística – polémica Savigny-Thibaut – El derecho romano en la Alemania decimonónica.

ABSTRACT:

Try this biographical work of are lationship of life and work of this German jurist of the early nineteenth century, the beginning, his formal studies, his political and profesorial in his country's right. In particular, it makes acritical comment of one of its most controversial and prolific writings for the future of German legal science and especially for the development of Pandect-science, as wasthe vocation of our age for legislation and legal science.

KEY WORDS: *Savigny -German legal science-Pandect-science-Savigny-Thibaut controversy-Roman law in Germany in the nineteenth century.*

SUMARIO: I. Friedrich Karl Von Savigny. 1. - Biografía 2. - Trasfondo histórico y político de su vida 3. - Sus obras. II. *De la vocación de nuestro siglo por la legislación y la ciencia del derecho*. Contexto de la obra. III. Reseña de *De la vocación...* Conclusiones.

* Profesor de Historia del Derecho. Correo-e: hugo.vilches.fuentes@gmail.com;

I. FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY: SU VIDA, SU TIEMPO Y SUS OBRAS

1.- *Biografía*¹: Diez años antes de la toma de la Bastilla nació Friedrich Karl Von Savigny, el 21 de febrero de 1779, en la patria del Goethe, en la imperial Frankfurt am Main, ciudad donde coronaban los Emperadores del Sacro Imperio Romano-germánico, distinguida como centro cultural, económico y político de primera magnitud. Su abolengo se remontaba probablemente a una familia de Lorena (Loire), de donde había emigrado a Alemania hacía 150 años. La *Biographie universelle* menciona a un Cristóbal de Savigny, nativo del condado de Rethel, en la Champagne, que se había hecho renombre en el siglo XVI por sus escritos enciclopédicos. Quizá sea él uno de los antecesores de nuestro Savigny. No encontramos ningún otro hombre de ese nombre en la historia de los sabios. Este apellido es pronunciado de manera esdrújula por los alemanes y de manera aguda por los franceses y los demás pueblos.

El abuelo de Savigny era gobernador en Deux-Ponts y su padre, Christian Karl Ludwig von Savigny, varias veces funcionario, consejero del gobierno y representante de varios príncipes del círculo del Alto Rhin en Frankfurt sobre el Main. Se refiere a este último que adornaba los libros de su biblioteca con una viñeta que representaba un manojito de llaves con la divisa: *non omnia possumus omnes*. Su madre fue Henriette Philippine Gros, mujer cultísima, hija de un ministro del gabinete palatino-bipontino.

La familia Savigny es importante y se encontraba en una buena situación de fortuna. Es acaudalada. Hecho que va a tener trascendencia en la vida de nuestro autor quien, careciendo de apremios económicos, pudo encaminar su existencia hacia la investigación histórico-jurídica, sin la acuciante necesidad de ganarse el pan de cada día en el duro menester de la práctica forense.

Huérfano desde los 13 años, Friedrich Karl fue recogido en la casa de su tutor, el afamado jurista Constantino von Neurath, pariente lejano de su padre, quien era asesor de la Cámara Imperial en Westzlar. Este último lo determinó a iniciarse en los estudios de derecho, pero en una forma tan poco atrayente que poco faltó para que esta iniciación lo alejara de la ciencia jurídica. Lo inició personalmente en los estudios jurídicos a través de un fatigoso curso que abarcaba la ciencia del derecho, el derecho natural, el derecho romano, el derecho germánico, el derecho internacional, tan necesario en el Imperio, compuesto de Estados diferentes y numerosos. Fue ganado enteramente para esta disciplina cuando en 1795, a los 16 años de edad, se incorporó a estudiar Derecho en la Universidad de Marburgo.

¹ Biografía elaborada sobre las aproximaciones de los siguientes trabajos: VON IHERING, Rudolf, *Savigny*, pp., 67 y ss.; CHIAPPINI, Julio O., *La vida de Savigny*, pp. 143 y ss.; y CERDA MEDINA, Mario, *El trasfondo histórico de la juventud de Friedrich Karl von Savigny*, pp. 151 y ss. Todos en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 14/1 en Homenaje a Savigny, intitulado *Savigny y la Ciencia del Derecho*, Universidad de Chile-sede Valparaíso (Valparaíso, 1979).

Allí entró en relaciones con el profesor Felipe Federico Weis, un jurista filólogo de la que entonces se llamaba Escuela Elegante², del cual, dice Hugo, escribió menos de lo deseado. El joven Savigny fue entusiasmado por aquel para el estudio del derecho y de su historia, y fue también Weis el que le dio la primera idea incitándolo a trabajar en la historia del derecho romano en la Edad Media, por lo cual Savigny, en el prefacio su obra en esta materia, lo llamó su “excelente profesor”. Weis unía a sus profundos conocimientos, un celo increíble por la literatura jurídica de la Edad Media, que fue también objeto de su última obra (1808), un producto de su tiempo, denominada: *Brachylogus juris civilis*.

Después de haber pasado un corto intervalo de tiempo en la Universidad de Goettingen (Gotinga), Savigny terminó sus estudios en Marburgo, obteniendo su título de Doctor en Jurisprudencia³ el 31 de octubre de 1800. En esta ocasión escribió, como disertación inaugural, su primer trabajo en derecho penal (su tesis doctoral), *De concursu delictorum formali*, que permitía adivinar, en el joven de 21 años, al futuro maestro.

Designado luego profesor adjunto (*Privatdocent*) en el área del derecho penal, no solo despertó todas las esperanzas, sino que las colmó; sus primeros pasos le valieron un éxito sin reservas. Poco tiempo bastó para que su renombre como escritor de derecho quedara consagrado para siempre. Un curso sobre los últimos diez libros de *Pandectas* atrajo su atención, especialmente sobre la difícil tarea de la posesión y le hizo reconocer, con rapidez, como la manera habitual de tratar esta teoría, importante para la práctica, poco respondía al contenido de las fuentes.

Aquí también, como él mismo lo dice, animado por su profesor Weis, se dedicó personalmente a tratar esta materia, y así apareció en el año 1803 *El derecho de la posesión. Una monografía civilista (Das Recht des Besitzes, eine civilistische Abhandlung)*, que bastaría para asegurar su nombre imperecedero en la literatura jurídica. Esta obra puede ser señalada como la piedra angular de la época actual de la jurisprudencia y a pesar de ser la obra de un principiante, es un germen de lo que más tarde realizó.

Este mismo año es nombrado profesor extraordinario de Derecho romano en la Facultad de Marburgo y al año siguiente contrae matrimonio con Kunigunde Bentano, hermana de los románticos Clemens Bettina Montano, hijos todos estos de un acaudalado comerciante de Frankfurt. Por medio de estos últimos se va a relacionar estrechamente con el Movimiento Romántico, que va a tener tanta importancia en la resurrección del

² Stein dice que fue Bronchorst el que “... determinó el tono característico del Derecho de las universidades holandesas (de fines del siglo XVI hacia el XVII). Dicho tono era una combinación de lo que llegó a ser considerado como una elegante y al mismo tiempo práctica forma de aproximarse al Derecho, en suma, una moderada amalgama de *mos gallicus* con el *mos italicus*”. Vid., STEIN, Peter, *El Derecho romano en la historia de Europa, Siglo XXI* (1996, trad. cast. Madrid, 2001), p. 138.

³ En varios países europeos denominan jurisprudencia a la ciencia del derecho, incluso a las escuelas o facultades universitarias donde se enseña Derecho. Nosotros, con ese término, designamos a las normas jurídicas particulares contenidas en las sentencias que dictan los tribunales como a los principios jurídicos contenidos en sentencias uniformes emanados de los tribunales superiores. En la Roma clásica, jurisprudencia constituye la multitud de opiniones privadas y controvertidas resultante del trabajo del jurisconsulto romano, razón por la cual este no hacía ciencia jurídica en el sentido moderno del concepto.

espíritu alemán, con La Restauración y el Historicismo Político, Filosófico y Jurídico⁴. La nueva familia de Savigny era de religión católica; empero, pese a ser protestante, Savigny, pragmáticamente educó a sus hijos en el catolicismo.

A fines de 1804 viaja a París con su mujer, en búsqueda de documentos sobre historia del Derecho de la Edad Media. Con tal motivo rechaza un nombramiento en la célebre Heidelberg, donde los estudiantes dejan su corazón. Sin embargo, propició allí a Heise –futuro sistematizador de las *Pandectas*– y a su próximo adversario Thibaut. Luego de una larga estancia en Francia, el gobierno bávaro designa a Savigny profesor titular de Derecho romano en la Universidad bávara de Landshut, hasta 1809, en donde también profesaban el penalista Anselm von Feuerbach –padre del filósofo materialista Ludwig– y Nicolás Thaddaeus von Göenner, magistrado, posteriormente cáustico opositor de Savigny respecto al problema de la codificación en Alemania.

Llegamos así a 1810. En Europa, derrotada la quinta coalición, Napoleón domina todo el continente, hasta la frontera rusa; en ese mismo año divorciado de Josefina, Napoleón contrajo matrimonio con la archiduquesa María Luisa, hija del emperador de Austria: conseguir un heredero y emparentarse con los Habsburgo serían dos de los móviles de esta celebrada boda. Sin embargo, el apogeo de la estrella napoleónica pronto decaería, con la crucial campaña de Rusia. En América, mientras tanto, estallaban los primeros movimientos revolucionarios separatistas respecto a España.

En ese año de 1810 se funda –morosamente, quizás, para la cultura alemana, ya señeramente avanzada– la Universidad de Berlín, con la intervención de Guillermo von Humboldt, Savigny y otros. Savigny dicta allí Derecho romano y por muy pocos votos no logra ser consagrado rector. Tal cargo habría de recaer en Juan Amadeo Fichte, discípulo de Kant e inspirador de un particular idealismo ateo. Fichte poco antes había publicado sus famosos *Discursos a la nación alemana (Reden an die Deutsche Nation)*, en 1808-1809.

En 1812, luego de un agitado claustro de profesores, Fichte renuncia a su rectorado. Cuenta la historia –en su crónica, su anécdota y su moraleja– que Fichte solía tener opiniones muy arbitrarias y voluntaristas en lo que concernía a la conducción de la Universidad y que, cuando era objetado, cortaba terminantemente las sugerencias diciendo: “No olvidéis que no soy yo quién habla, sino que es la Diosa Razón la que habla por mi boca”. Por supuesto que tal singular argucia finalmente terminaría desestimada y quizá fastidiando a los válidos interlocutores de Fichte. Y así el 16 de abril de 1812 el rey nombra rector a Savigny.

En 1814, se plasmaría una polémica ya clásica en la historia del Derecho: la controversia Savigny-Thibaut. Thibaut (1772-1840) enseñaba en Heidelberg desde 1806. Había estudiado Derecho en varias universidades alemanas: Goettingen, Königsberg –en donde conoció a Kant– y Kiel, donde finalmente se doctoró con su tesis sobre *De genuina iuris personarum et rerum indole veroque huius divisionis pretio*. Fue amigo íntimo de Goethe y de Schiller. En casa de este último incluso, escribió Thibaut una de sus más magnas obras: *System des Pandektenrechts* (1803).

⁴ Del Vecchio indica al Historicismo como aquella clase de pensamiento que se oponía a las doctrinas del Derecho natural racional. Tuvo tres manifestaciones diversas: el historicismo político o filosofía de la restauración, el historicismo filosófico o idealismo subjetivo y el historicismo jurídico o escuela histórica del derecho. Vid. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Bosch (Barcelona, 1991), pp. 109 y ss.

En 1814, ocho meses después de la batalla de las Naciones, en Leipzig, Thibaut publica un célebre opúsculo, *De la necesidad de un derecho civil para Alemania*. La idea de Thibaut era bien conocida: unificar políticamente a los disgregados Estados germanos en una sola y homogénea nación, a través de un Código único. La evidencia del pluralismo estatal que sufría Alemania la daba un claro dato: desde el Congreso de Viena en 1815 el país quedaba dividido en treinta y nueve Estados que constituirían la Confederación Germánica, presidida por Austria; cuyos súbditos, en buena parte, curiosamente eran de “razas no germanas”.

La idea de la codificación no resultaba del todo novedosa. Ciertos experimentos anteriores la abonaban: algunos Estados italianos, Baviera (1756), Prusia (1794), Austria (1811) y, sobre todo, Francia, con su *Code Napoléon*, de 1804.

La tendencia codificadora era de raíz nacionalista y racionalista, y fruto de las vocaciones de la revolución de 1789. También representaba a la idealista tendencia de creer en las infinitas posibilidades del hombre como creador, como realizador de una obra –un Código– capaz de resistir los embates del tiempo, dada su excelencia; y capaz, también, de ser omnicompreensivo, regulador, en el caso de la tarea legisladora, de todo tipo de situaciones planteables, a través de una sólida pantonomía jurídica.

Savigny, tan patriota y hasta chauvinista como Thibaut, se opone a tales concepciones; lo haría con éxito en un también famoso folleto: *De la vocación de nuestro tiempo (siglo) para la legislación y la jurisprudencia (ciencia del Derecho)*. En esta relativamente breve, pero sustanciosa obra, Savigny se declara adverso a la codificación; decía que las leyes –y *a fortiori* los códigos– “son casi fosilizaciones del Derecho, constituyen algo muerto que detiene la evolución jurídica ulterior. El Derecho, sostiene Savigny, vive sobre todo en la práctica judicial y en la costumbre, que es la expresión inmediata de la conciencia jurídica popular”.

Y así, Savigny preconizaba la unificación nacional no a partir de un código único – que podría ser incluso un factor disgregador, dado el celo localista de los Estados alemanes– sino a través de la unidad espiritual del pueblo en virtud de la historia⁵.

De modo que para Savigny el Derecho no podía ser otra cosa que un producto histórico, permanentemente ligado a la costumbre, al espíritu del pueblo –*volksgeist*–. La conciencia colectiva, análogamente, sería la promotora de las demás manifestaciones del hombre: arte, religión, literatura, lenguaje. Este historicismo, claro, se alzaba contra el racionalismo filosófico y contra, también, el imperialismo napoleónico; todo en una metafísica panteísta que por recalcar en lo consuetudinario no habría de escapar de un delicado relativismo axiológico (sus críticos le espetaban, en este punto, sostener concepciones contradictorias). El Derecho pasa a ser entonces de índole nacional, con pérdida, como manifestación de cultura, de universalidad.

También señalaba, Savigny, que Alemania no estaba preparada para un código único, por falta de fuentes científicas del Derecho: doctrina, jurisprudencia. También, porque era necesaria la preparación de magistrados probos e informados. Por fin, destacaba

⁵ Aquí la palabra historia está usada como sinónimo de pasado, el pasado histórico. No está usada en sentido de ciencia de ese pasado, relato, para lo cual es más propio usar la de Historiografía o Historia, así, con H inicial mayúscula.

la ausencia de un derecho procesal capaz de encauzar debidamente al Derecho material. Como sea, quizás el más esclarecedor aporte de Savigny reposa en haber propuesto una nueva Ciencia del Derecho que no cancela a la experiencia jurídica, y que no hace un Derecho de gabinete, a espaldas de la insobornable historia.

Savigny publica también en este mismo año de 1814 su primer volumen de la *Revista para la Ciencia Histórica del Derecho (Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft)*, en los que da forma a la teoría de la Escuela Histórica del Derecho, consagrándose como su jefe indiscutido.

En 1815 y 1816 fueron publicados los dos primeros tomos de la *Historia del Derecho Romano en la Edad Media*, obra que, con un total de seis tomos, continuó publicando hasta 1831, y que es rico fruto de profundas investigaciones efectuadas en Alemania, Francia, Italia y Austria.

Asimismo en 1816, en el Tercer volumen de la *Revista para la Ciencia Histórica del Derecho* aparece otro artículo de Savigny, que ratifica los enunciados jurídico-políticos de la Escuela Histórica y que se titula *Voces a favor y en contra de los nuevos códigos (Stimmen für und wider neuen Gesetzbücher)*.

En el mismo tiempo en que Savigny efectuaba la composición de su *Historia del Derecho Romano en la Edad Media*, realizaba investigaciones profundas acerca de las fuentes de ese derecho que se concretaban en comunicaciones a la Academia de Ciencias, de la que era socio ordinario desde 1811, o en artículos en la *Revista*, y que posteriormente (1850) se reunieron en los llamados *Textos varios o Escritos Misceláneos (Vermische Schriften)*.

En 1816 Niebuhr (1776-1831) descubre en Verona, la de Montescos y Capuletos y la del inmortal canto trágico *Romeo y Julieta*, el manuscrito de las *Instituciones* de Gayo. Este fundamental hallazgo hace reverdecer el estudio de las fuentes romanas, permanentemente auspiciado por Savigny; tanto es así que Gustavo Hugo escribiría en 1818: "Sin Savigny no lo habríamos tenido a Gayo". Savigny, en su tratado *Der zehente Mai 1788* rinde homenaje al quincuagésimo aniversario del doctorado de Hugo, sólido precursor de la Escuela Histórica del Derecho.

En 1817 pasó a ser miembro del Consejo de Estado prusiano (Staatsrat) y en 1819 Consejero del Tribunal de revisión y casación de las provincias renanas de Prusia.

Luego de publicar notas sobre Niebuhr y la *Rechtsgeschichte des Adels*, aparecerían en 1840 los tres primeros volúmenes del *System des heutigen Roemischen Rechts (Sistema de Derecho romano actual)*, monumental estudio sobre el derecho romano, en cuyo prólogo Savigny defiende, una vez más, la toma de posición de la Escuela Histórica.

En 1841 se publican otros dos volúmenes de la obra, y al año siguiente Savigny es designado a cargo del Ministerio para la Revisión de la Legislación (Ministro para la legislación), creado especialmente para el jurista, por el rey Federico Guillermo IV, antiguo discípulo y protector de Savigny, que le pidiera hacer una Memoria para la ordenación adecuada de la revisión de las leyes, labor que realizó cumplidamente formulando unas *Proposiciones para la adecuada ordenación de la revisión de las Leyes* presentada al 8 de enero de 1842, donde fiel a sus ideas, rechazó la propuesta de un Código Civil general, a la que condenó como una intervención forzosa. Esta negativa tuvo como consecuencia que la comisión legislativa limitara su labor a la elaboración de leyes individuales.

Savigny, absorbido por las nuevas funciones, abandona sus cátedras, a los sesenta y tres años, a las que nunca volvió, ni siquiera tras su dimisión ministerial el año 1848. En

marzo de este año una revolución liberal estuvo a punto de unificar a los distintos Estados alemanes, pero fracasó cuando el rey de Prusia, Francisco Guillermo IV, presionado por Austria rechaza la corona imperial, para después aceptar el convenio de Oltmuz (1850), que restablecía la Confederación Germánica. No tocaría entonces a los *Hohenzollerns* la creación del Imperio Alemán, poco después plasmado por el férreo barón Oton de Bismarck.

En los años 1847 a 1853 aparecieron los volúmenes VI al X del *Sistema...* que, reducido a la teoría general del Derecho y al capítulo de las *obligaciones*, quedaría –tal como la *Geschichte ...*– sin terminar.

El 25 de octubre de 1861 muere Savigny, tras su larga y plétórica vida. Hoy, la mayoría de sus ideas serían posiblemente anacrónicas, según la óptica para mirar las cosas; sin embargo, su época lo vio como patriota y como jurista del más alto rango: filósofo y romanista, civilista, hombre de Derecho, su vida y su obra significan capítulo insoslayable en la Historia Universal del Derecho.

Muy poco después de su muerte, la Sociedad de Juristas de Berlín decidió honrar la memoria de este gran jurisconsulto con una fundación, destinada a auspiciar la aparición de trabajos científicos jurídicos. Tal fundación fue finalmente creada en 1863.

2.- *Trasfondo histórico y político de su vida*⁶. La vida no es fácil. ¿No habría de saberlo Friedrich Karl que a los trece años perdiera a sus padres y hermanos, que viera morir prematuramente a sus hijos, observara su tierra destruida por las acciones bélicas y a sus ciudadanos escarnecidos por la prepotencia extranjera?

Un temple admirable debe tenerse para resistir tales infortunios y para entregarse, sin embargo, a la investigación histórico-jurídica, polemizar con el ánimo sereno sobre abstrusas y difíciles materias. Sostuvo una ardua lucha con los representantes del derecho natural racionalista, dominante en su época de juventud, y con los adversarios de su postura.

Sin embargo, en honor a la verdad, también debe establecerse que Savigny tuvo un buen pasar durante su vida, pues contó con importantes recursos económicos, los que utilizaría, además, para llevar adelante sus propósitos científicos y académicos.

Por otra parte, a los pocos años de haberse producido en América el movimiento y la *Declaración de Independencia* de los Estados Unidos, acontecimientos que produjeron gran efecto en Europa y también en Alemania, estalló en Francia una nueva revolución, pero esta vez de contenido mucho más radical que la americana, ya que no solo tenía carácter político, como la de Estados Unidos, sino que presentaba desde el principio el carácter de una profunda conmoción social para aquel país. Por toda Europa se sintió el tremendo temblor de tierra que sacudió a la más poderosa potencia continental por aquel entonces. La Revolución Francesa encontró inmediatamente calurosa acogida en Alemania, especialmente entre la flor de la intelectualidad, particularmente entre “figuras espirituales”, como los poetas Wieland y Herder, los filósofos Kant y Fichte, y los historiadores Schloezer y Johan von Müller, saludaron al movimiento como una realización de las mejores esperanzas de la época. Parece indudable que la mayoría de los pensadores estaban, entonces, en contra del sistema absolutista y de toda clase de privilegios, deseando llevar a cabo las ideas de la Ilustración.

⁶ Cfr. CERDA MEDINA, Mario, *El trasfondo histórico de la juventud de Friedrich Karl von Savigny*, en *Revista de Ciencias Sociales* 14/II, en Homenaje a Savigny, Universidad de Chile-sede Valparaíso (Valparaíso, 1979), pp.151 ss.

Pero en esto hubo diversas maneras de aprobar lo que sucedía en Francia, divergencias que iban entre los que, llenos de entusiasmo, corrieron a París desde el primer momento, hasta los excitados por la oratoria y la literatura revolucionaria y los escépticos, como Schiller, Kant y muy especialmente Goethe, trataron de distinguir lo positivo y lo progresivo de tan gran conmoción, de lo peligroso, disolvente y caótico de la misma. Estos opinaban que era necesario mantener a Alemania alejada del conflicto.

La revolución en Francia no llegó a causar, en Alemania, ningún estado revolucionario y apenas algunos conatos de revolución en los diversos territorios del Imperio. Ni las revoluciones ni los derrumbes monárquicos eran cosa nueva en Europa, y el extranjero no tenía ninguna razón para asombrarse de que Francia pasara por donde habían pasado antes que ella Inglaterra, los Países Bajos, Portugal, Suecia, Polonia, América del Norte, etc. Las revoluciones eran un fenómeno tan poco enojoso que hasta las monarquías le prestaban incluso, a veces, su apoyo, cuando no las habían fomentado ellas mismas.

Pero los acontecimientos futuros van a tocar a Alemania cuando Napoleón intenta formar su imperio que duró hasta 1814, en que fue obligado a abdicar y a abandonar todas sus conquistas. Se volvió a establecer las fronteras habidas hasta el año 1792.

Después del Congreso de Viena quedaron en Alemania 39 Estados diferentes, de los cuales cuatro eran ciudades libres y el resto tenían constituciones monárquicas. La idea de restaurar el Sacro Imperio es abandonada y los Estados formaron una Unión. Se redacta el documento conocido como la *Santa Alianza* (pacto o tratado de los tres monarcas: Alejandro (Zar), Federico Guillermo, y Francisco) que despertó la ira de los liberales porque se le confundió con la *Cuádruple Alianza*, tratado firmado dos meses después con los franceses a instancias de Metternich.

Con el Congreso de Viena y la suscripción de los dos tratados mencionados acaba de cerrarse definitivamente la Era de las guerras de la Revolución Francesa. Europa empobrecida y sin fuerzas empezaba a disfrutar de los beneficios de la paz, hasta que llegasen los frutos de las ideas de la aquella Revolución.

Dentro de este marco histórico, sintéticamente reseñado, es donde se desenvuelve la primera etapa de la vida de F. K. von Savigny. Es indudable que todo el período es rico en acontecimientos y ellos, con seguridad, han influido en su formación e individualidad.

Durante él se asiste al ocaso del Sacro Imperio, casi dos veces milenaria, al nacimiento de nuevas potencias europeas y americanas, a conmociones políticas y sociales, al restablecimiento del equilibrio europeo y a la restauración monárquica. El mapa se arma y desarma varias veces según las fuerzas históricas que actúan. Los ejércitos franceses difunden a través de toda Europa los principios revolucionarios, el *Code civil* y la técnica administrativa moderna. Muchos privilegios y costumbres son abolidos, los bienes de la Iglesia Católica secularizados (desamortizados); desaparecen los gremios y corporaciones de raíz medieval aventados por la libertad de comercio e industria y, en todas partes, se advierte el advenimiento de una era de igualdad y libertad en la noción del liberalismo.

En una palabra se acerca la era del reinado, sin trabas legales, religiosas y políticas, del capitalismo moderno y la entronización de la nueva clase social, cuyo ascenso político, económico y científico se prometía desde fines de la Alta Edad Media europea: la burguesía, los nuevos poderosos.

Las novedades de la Revolución van a ser recibidas con agrado y complacencia en los medios afectados por las desigualdades y limitaciones provenientes del feudalismo,

especialmente en los ambientes ilustrados nobles y burgueses. Pero, naturalmente, los horrores y tropelías del Terror van a deformar la imagen de la Revolución motivando actitudes más reticentes y selectivas, cuando no una sañuda hostilidad de parte de los círculos y clases más afectadas.

La ocupación de Alemania por los ejércitos franceses de la Revolución va a despertar una conciencia nacional y una esperanza y fe en la reanimación de su alma, despedazada y oprimida, y una búsqueda apasionada de lo alemán a través de la poesía, pintura, plástica y filosofía.

La niñez de Savigny había transcurrido en Frankfurt, ciudad imperial. En julio de 1792 es coronado allí Francisco II, el último emperador del Sacro Imperio, ¿No estaría allí el joven Savigny, mozo de trece años? ¿La cera impresionable de su joven espíritu no quedaría marcada para siempre por el cuño de la tradición imperial? ¿Por qué Savigny indeleblemente mantendrá un pensamiento imperial, que no se radicará en el plano de la política militante, que aborrecía, sino en el más fértil del ideal cultural?⁷.

La tradición de una familia al servicio del Imperio, el recuerdo del abuelo y del padre, prematuramente muerto, funcionarios de elevada jerarquía administrativa, la educación esmerada y aristocrática, han contribuido seguramente a plasmar la personalidad distinguida, seria, selectiva, jerárquica, piadosa, caritativa y distante de Savigny. Y luego su creador –el aristocrático y versado Von Neurath– no hizo otra cosa que educarlo con miras de hacer de él un funcionario imperial, al servicio de su señor feudal, el Landgrave de Hesse-Kassel, por toda la vida.

Es claro que un observador nato como Savigny no pudo haber escapado al agrietamiento de la estructura del Sacro Imperio. ¿Desde colegial no conocía acaso la historia del Imperio y el derecho internacional? Para un niño sensible, inteligente y profundo ¿puede ocultarse un secreto a voces como era la declinación imperial desde 1648? La imperial pretensión, posteriormente frustrada, de un Carlos V debió haber impresionado al joven Savigny. Koschaker dirá que el imperialismo de su mentalidad era un imperialismo puramente cultural.

La posición de Savigny frente a la idea imperial no debe extrañar, pues aunque el Imperio había dejado de ser una verdadera potencia, la extensión y el carácter de su influencia sería siempre materia de debate, dejando una profunda huella en toda Europa. El debate acerca del Imperio medieval fue un fundamento ideológico para la creación del Segundo Reich o Imperio alemán de 1871 y aun el Tercer Reich de Hitler obtuvo buenos frutos de la leyenda histórica de Carlomagno, Otón el Grande y Federico II.

La Revolución Francesa y sus guerras, la ocupación del territorio renano por las fuerzas invasoras, el Imperio napoleónico y sus conquistas y la secuela política y social de una y otro, así como la difusión del *Código civil* francés en gran parte de Alemania, de grado o por fuerza, afectaron profundamente a Savigny, tanto que nunca los miró con simpatía, aunque con la mesura que le era característica, casi no se refiere a tales acontecimientos sino cuando repercuten sus efectos en su trabajo científico.

⁷ Los hechos prueban, una y otra vez, que la mejor manifestación del mundo conservador no son sus políticos, sino sus intelectuales (escritores, pensadores, historiadores, científicos, etc.). En estricto rigor, Savigny también estuvo cerca de la política, en cargos políticos, no obstante contribuyó con su saber y con la significación política de su labor intelectual, de modo que su aporte es ampliamente más científico-jurídico que político.

Savigny no es un político militante. No hará labor política, ni siquiera política jurídica y cuando debe hacerla, motivado por su lealtad a Federico Guillermo IV, su discípulo, es a regañadientes y contra sus entrañables ideas acerca de la evolución del derecho. No obstante, su labor legislativa, escasa, es excelente, especialmente en materia cambiaria y penal. Pero no existe una doctrina política que lleve su nombre y, por el contrario, repudia las ideas publicistas conservadoras de su tiempo como las de Ludwig Haller en *Restauración de las Ciencias Políticas* y Adam Müller *Principios del arte de Gobernar*, a quienes juzgó como políticos oportunistas y eternos defensores de intereses⁸. Sus ideas sobre la materia eran monárquicas patriarcales, pero cuya postura conservadora no era adversa a innovaciones.

En un tiempo tan lleno de tensiones, como el que vivió Savigny, era muy difícil mantenerse ajeno a los acontecimientos políticos. Las semillas sembradas por la Revolución Francesa habían de germinar, muy particularmente en la zona del Rhin, y conllevaban las ideas de unificación nacional y de reforma constitucional con amplia participación ciudadana.

Por otro lado, la Restauración monárquica, la política de equilibrio europeo y la política reaccionaria de la *Cuádruple Alianza*, dirigida por Metternich, deseaban mantener el *statu quo*, cuando no retroceder a tiempos definitivamente superados. En el mismo contexto, la lucha entre Austria y Prusia por la hegemonía en Alemania proseguiría con igual intensidad que en el pasado. Mantenerse neutral, imparcial y consecuente con sus ideas acerca de la evolución de las instituciones, tenía que motivar muchos ataques. Y Savigny no se libró de reproches de incapacidad política, indiferencia y hasta de ser peligroso para la seguridad del Estado.

Tales reproches no son justificados si se considera que Savigny se había formado un cuadro muy claro, tanto poético-histórico del pensamiento popular, todo lo patriótico que nacional y político de Alemania, en correspondencia con los cuales siempre había comprometido su querer político. Nuestro autor comprendía claramente que su conducta se hallaba comprometida con la misión histórica de Alemania y este sentido pangermanista fue el que le ayudara a trasladarse de la Universidad bávara de Landshut a la de Berlín en un momento decisivo para la patria.

En 1814 manifestaba en una de sus cartas que se sentía feliz de vivir en esta gran época, en el país y junto al pueblo desde donde partiera el alzamiento de Alemania.

Hoy día, cuando se habla de Savigny nadie se recuerda los acontecimientos que rodearon su vida y solo se venera o desestima su obra jurídica, como si ella pudiera haberse realizado sin contacto con el tiempo, el espacio y las gentes de la Alemania de su época, sin pensamiento iusnaturalista precedente, sin una filosofía kantiana pugnando por imponerse, sin un ordenamiento político de despotismo ilustrado que lucha por mantenerse y sin la irrupción de una ideología liberal que tiende a desplazarlo. En este ámbito de mueve Savigny, transido de sabiduría histórica, aventando mesuradamente lo que –a sus ojos– es mera creación racionalista sin profunda raigambre histórica. Por eso está contra el ideario de la Revolución, porque en él ve la concreción de falsas esperanzas, fundadas en la creencia

⁸ Savigny parece querer conservar la esencia de las tradiciones y no los intereses pasajeros, realidades y no razones o conveniencias. Aunque es difícil no hallarlos mezclados, al punto que resultan indistinguibles unos de otros.

de que la época estaba llamada a establecer de una vez y para siempre el mejor régimen político y social de la historia.

Es probable que Savigny no tuviera la totalidad de la razón, que sus ideas no constituyeran la expresión definitiva del quehacer de la ciencia jurídica, que su doctrina jurídica estuviera exenta de profundidad filosófica y que –tergiversándola– haya servido de base para una política reaccionaria como la que se perfiló en Alemania hacia la mitad del siglo XIX.

Todo ello está sujeto al tamiz de la crítica contemporánea. No se puede olvidar, sin embargo, que su escuela vino a remecer el enrarecido ambiente del final del siglo XVIII y de comienzos del XIX; que despertó el interés por el conocimiento de la historia de las instituciones y de las fuentes efectivas del derecho; que esclareció la posición del derecho creado por el legislador y la importancia de la costumbre jurídica; que perfeccionó el método jurídico con el objeto de hacer de la Jurisprudencia una verdadera ciencia jurídica.

Se le reprocha que retardara la codificación en Alemania hasta, prácticamente, el siglo XX. Pero, ¿tenía o no razón, al desconfiar de la solvencia científica de los juristas de su tiempo? Es un punto que queda por esclarecer. Porque poco cuesta afirmar que se es competente para cualquier empresa codificadora, pero es difícil probar –al cabo de pocos años– que la codificación tiene un aceptable grado de perfección y que los hechos mismos demuestren que la codificación ha sido defectuosa o prematura.

3. - *Sus obras.*

a. Obras en idioma alemán⁹:

1. De concursu delictorum formali dissertatio, (Marburgi, 1800) (Ergaentz wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften" Bd. IV, S. 74-168).
2. *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung* (Giessen, 1803) (*El derecho de Posesión. Una monografía civilista*; Giessen 1803).
3. *Authenticae in de Institutionen* (en Hugos Civilist. Magazin, Tomo 3 (1805), *Weider abgedruckt* in "Vermischte Schriften" Bd. III, S. 1-21).
4. *Brekmanns Papiere zu Goettingen* (en Hugos Civilist. Magazin Tomo 3 (1805), *Wieder abgedruckt* in "Vermischte Schriften". (*Papeles de Brenkmann sobre Goettingen*; en Hugos Civilist. Magazin, Tomo 3 (1805).
5. *Verbindung der Centurien mit den Tribus* (en Hugos Civilist. Magazin, Bd. 3 (1805), *Wieder abgedruckt* in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 1-13). (*Conexión de los centurios con las tribus*; en Hugos Civilist. Magazin, Tomo 3 (1805).
6. *Beitrag zur Lebensgeschichte des Cujas* (en Hugos Civilist. Magazin, Bd. 3 (1805), C. 317-320, *Wieder abgedruckt* in "Vermischte Schriften", Bd. IV, S. 169-172). (*Aporte a la historia de la vida de Cuyas*; en Hugos Civilist. Magazin, Tomo 3 (1805), p. 317-320).
7. *Besprechung Von Gustav Hugos Rechtsgeschichte* (Hallische Allg. Lit. Ztg. Nr. 251-52 v. 20-21 Okt. 1806; *Wieder abgedruckt* in "Vermischte Schriften", Bd V, S. 1-36).

⁹ En *Revista de Ciencias Sociales* 14/ II, en Homenaje a Savigny, Universidad de Chile-Sede Valparaíso (Valparaíso, 1979), pp. 839 ss.

- (Recensión de la “*Historia del Derecho*” de Gustav Hugo (3ª ed.); Hallische Allgemeine Literatur Zeitung Nr. 251-252 del 20-21 Oct. 1806.
8. *Besprechung Vol G. Van Linden, Dissertation über Ciceros Topica* (Loewen 1805) (Hallische Jahrb. Nr. 165, 12 Nov. 1806). (Recensión de la *Disertación de V. Van Lynden sobre la Tópica de Cicerón*; Loewen 1805; Hallische Jahrbuch Nr. 165 de 12 de Nov. 1806.
 9. *Besprechung Von Fr. D. Schleiermacher, Gelegentliche Gedanken über Universitaeten im deutschen Sinn* (Heidelberger Jahrbücher 1808, S 296-305; wieder abgedruckt in “Vermischte Schriften”, Bd. V, S. 57-68). (Recensión de “*Pensamientos ocasionales sobre la Universidad, en sentido alemán, de Fr. D. Schleimacher*”; Heidelberger Jahrbücher 1808, pp. 296-305).
 10. *Besprechung von L F. Griesingers Geschinchte und Theorie der Suitaet, Stuttgart 1807* (Heidelb. Jahrb. F. Jurisprud. U. Staatsw., Jg. 1808, S. 135-142; wieder abgedruckt in “Vermischte Schriften”, Bd. V, S 37-48) (Recensión de “*Historia y Teoría de la “Suitaet” de L. F. Griesingen Stuttgart 1807*”; Heidelberg. Jahrb. Für Juriisprudenz und Saatswese, 1808, pp. 135-142).
 11. *Besprechung von J. A. L. Seidentrickers Entwurf eines Systems des Pandektenrechts zu Vorlesungen, Jena 1807* (Heidelb. Jahrb. Jg. 1808, s. 278-282; wieder abgedruckt in “Vermischte Schriften”, Bd. V, S. 49-56). (Recensión de “*Proyecto de un sistema de derecho las Pandectas, para la enseñanza*”; Heidelb. Jahrb. 1808, pp. 278-282).
 12. *Besprechung von A.G. Cramer, De verborum significatione tituli Pandectarum et Codicis cum variae lectionis apparatus*, Kiliae 1811 (Heidelb. Jahrb., Jg. 1812, s 577-583; wieder abgedruckt in “Vermischte Schriften Bd V., 69-80. (Recensión de “*De vervorum significatione tituli Pandectarum et Codicis cum variae lectiionis apparatu*” de A.G.Cramer; Kiliae 1811, heidelb. Jahrb., 1812, pp. 577-583).
 13. *Besprechung von domitii Ulpiani fragmenta libri regularum singularis ed G. Hugo*, Berolini 1811 (Allg. Lit-Ztg. 1812, 11-12 Mai, Nr. 115-16; wieder abgedruckt in “Vermischte Schriften”, Bd. S. 81-103). (Recensión de “*Domitii Ulpiani fragmenta libri regularum singularis*”, editado por G. Hugo; Berolini 1811; Allgemeine Literatur Zeitung 1812, 11-12 de mayo, Nr. 115-116).
 14. *Besprechung von Fr. A Wolf, Von einer milden Stiftung Trajans*, 1808 (Juristische Jehrbücher); wieder abgedruckt in Vermischte Schriften”, Bd. V, S 57-68). (Recensión de “*Acerca de una fundación moderada de Trajano*” de Fr. A Wolf; Juristische Jahrbücher, 1808).
 15. *Besprechung von Jupille, Droit de la Possesion* (Hugos Civilists. Magazin, Bd. 3 (1812), S. 421-432; wieder abgedruckt in “Vermischte Schriften”, Bd. V., S. 104 bis 114). (Recensión de “*Droit de la Possesion*” de Jupille; Hugos Civilist. Magazin, tomo 3, 1812, pp. 421-432).
 16. *Über die Entstechung und Fortbildung der Latinitae als eines eigenen Standes im Roemischen Staate* (Abh. D Akad d. Wiss. (1816), S. 201-208, erweitert in Z f. D. Gesch. Recht wiss., Bd 5 (1823), S. 229-241; wieder abgedruckt in “Vermischte Schriften”, Bd. I. S. 14-28). (Sobre el surgimiento y desarrollo de la latinidad como una clase especial en el estado romano; Abh. D. Academie der Wissenschaften (1816).

17. *Über das Vaticanisch Manuscript des Ulpian* (Hugos Civilits. Magazin, Bd. 4 (1813); wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, S. 28-56). (*Sobre el manuscrito vaticano de Ulpiano*; Hugos Civilist. Magazin, tomo 4, 1813).
18. *Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814 (Neudruck, hrsg. V. Jacques Stern in "Thibaut und Savigny", Berlin 1914). (*Sobre la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la ciencia del derecho*; Heidelberg 1814).
19. *Über das ius Italicum* (Abh. D. Akad., Bd. 4 (1818), S. 44-54; wieder abgedruckt Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 5, 242-267; dritter Abdruckt in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 29-80). (*Sobre el "Ius Italicum"*; Abhand. Der Akademie der Wissenschaft, tomo 4, 1818 pp. 44-54).
20. *Über die erst Ehescheidung in Rom* (Abh. D. Akad. D. Wiss., Bd. 4 (1818), S. 61-66; Wiederabdruck ergaenz Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 5 (1825), S. 269 bis 279; dritter Abdruck in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 81-93). (*Sobre el primer divorcio en Roma*; Abhand. Der Akademie der Wissenschaft, tomo 4, 1818, pp. 61-66).
21. *Über die Unzialeinteilung der roemischen Fundi* (Abh. D. Akad. D. Wiss., Bd. 4 (1818), S. 55-60; wieder Abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 94-104). (Über die Unzialeinteilung der remischen Fundi (no he encontrado traducción razonable).
22. *Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (A.F. Gesch. Rechtswiss., Bd. I (1815), S. 1-17; wieder Abgedruckt mit Einleitung in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 105-126). (*Sobre la finalidad de la Revista de Ciencia Histórica del Derecho*; Zeitschriftu für geschichtliche Rechtswissenschaften, tomo I, 1815, pp. 78-95).
23. *Beitrag zur Geschichte der roemischen Testamente* (Z. F. Gesch. Rochtswiss, Br. I (1815), S. 78-95; Wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 127-150). (*Contribución de la Historia de los testamentos romanos*; Zeits. F. Gesch. Rechtsw., Tomo II, 1815).
24. *Geschichte des roemischen Rechts iml Mittelalter*, Bd.I, Heidelberg 1815, Bd. 2 1816, Bd. 3 1822, Bd. 4 1826, Bd. 5 1829, Bd. 6 1831 (2, verm. U. Teilw. Umgearb. Aufl. In 7 Bdn., 1834-1851) (*Historia del Derecho Romano en la Edad Media*, tomo, Heidelberg, 1815, tomo 2 1816; tomo 3, 1822, tomo 4, 1826; tomo 5, 1829; tomo 6, 1831).
25. *Über Duarens Handschrift des Ulpian* (Z.F. Gesch. Rechtswiss., Bd. I (1815), S. 319-322; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, S. 76,80). (*Sobre el manuscrito de Duaren de Ulpiano*; Zeift F. Gesch. Rechtsw., tomo I 1815, pp. 319-322).
26. *Über L. 44 d. De donationibus inter virum et uxorem (XXIV 1)* (Z. F. Gesch. Rechtswiss, Bd. I (1815), S. 270-280; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III. S. 81-94). (*Sobre el L. 44 D. De denationibus inter virum et uxorem (XXIV)*; Zeit. F. Gesch. Rechtsw., tomo I, 1815, pp. 270-280).
27. *Beitrag zur Geschichte des lateinischen Novellentextes* (Z.F.Gesch. Rechteswiss., Bd. 2 (1851), S. 100-136; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, s. 95-121). (*Contribución a la historia de los textos latinos*; Zeit. F. Gesch. Rechtsw., tomo II 1851, pp. 100-136).
28. *Erklaerung einer Urkunde des sechsten Jahrhunderts, nebst einem Abdruck des Textes dieser Urkunde* (Abd., d. Akad, d. Wiss. (1818), s. 67-84; wieder abgedruckt en "Vermischte Schriften", Bd. III S. 122-154). (*Explicación de un documento del siglo sexto, junto a la*

- publicación del texto del documento; Abhand. Der akademie der Wissensch, 1818, pp. 67-84).
29. *Besprechung von N. Th. V. Goenner, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, Erlangen 1815* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. I. (1815), s. 373-423; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. V, S. 115-172). (*Recensión de "sobre legislatura y ciencia del derecho en nuestro tiempo" de N. Th. V. Goenner; Zeit. F. Gesch. Rechtsw., tomo I 1816, pp. 373-423*).
 30. *Über die juristische Behandlung der Sacra privata bei den Roemern und über einige damit veerwandte Gerenstaende* (Z.F. Gesch. Rechtswiss., Bd. I. (1816), s. 362-404; wieder abgedruckt mit Zusaetzen in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 151-204). (*Sobre el tratamiento jurídico de la "Sacra privata" entre los romanos y algunas materias relacionadas a el; Zeift. F. Gesch. Rechtsw., tomo I, 1816, pp. 362-423*).
 31. *Neu entdeckte Quellen des roemischen Rechts* (Z. F. Gesch. Reschtswiss, Bd. 3 (1816), S. 129-172; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, s. 155 bis 204). (*Fuentes recientemente descubiertas del Derecho romano; Zeit. F. Gesch. Rechtsw., tomo III 1816, pp. 129-172*).
 32. *Über den Literalcontract der Roemer* (Abh. D. Akad. D. Wiss. (1819), S. 289-306; wieder abgedruckt mit Zusaetzen in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 205-2612). (*Acerca del contrato literal de los romanos; Abhand. Der akademie der Wissenschaft, 1819, pp. 289-306*).
 33. *Beitraege zur Erlaeuterung der Veronesschen Handschriften* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. # (1817), s. 289- 308; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, s. 205-227). (enthalt Briefe von Hugo und Heise mmit Bemerkungen zum Gasfund und Kritische Bereuchtung dieser Bermerkungen durch Savigny). (*Aportes para la explicación de los manuscritos de Verona; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo III, 1817, pp. 205-207*. (Contiene cartas de Hugo y Heise con anotaciones sobre descubrimientos de Gajus y una crítica de esas anotaciones hechas por Savigny).
 34. *Beitra zur Geschchte der Geschlechtstutel* (Z. F. Gesch. Rechts. Wiss., Bd. 3 (1817), S. 328- 348; erweitert wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd., I, s. 262-291). (*Contribución al estudio de la historia de la tutela; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo III, 1817, pp. 328-348*).
 35. *Über dier vindiciarum und über das Verhaeltnis derselben zu den Intedicten* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 3 (1817), S. 421-434; wieder abgedruckt mmit Nachtrag in "Vermischte Schriften", Bd. I. S. 292-314. (*Sobre la lis vindiciarum y sobre la relación de la misma con los interdictos; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo III, 1817, pp. 421-434*).
 36. *Über die lex Cincia de donis et muneribus und deren spaetere Umbildungen* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd., 4 (1818), s. I-59; mit Nachtrag wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 315-385). (*Sobre la "lex Cincia de donis et muneribus" y su transformaciones posteriores; Zeit F. Gesch. Rechtswiss., tomo IV. 1818, pp. 1-59*).
 37. *Über den Zinswucher des M. Brutus* (Abh. D. Akad. D. Wiss (1818-19), s. 179 BIS 188, Wieder Abgedruckt Mis Nachtrag in "Vermischte Schriften", Bd. I. S. 386-406. (*Sobre la usura en los intereses de M. Brutus; Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften, 1818- 1819, pp. 179-188*).

38. *Besprechung Von Thémis ou bibliothèque du Jurisconsulte*, Teil I-2, Paris 1819-20 (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 4 (1820), S. 482-490; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. V, s. 173-182). (*Recensión de "Themis ou bibliothèque du Jurisconsulte"* parte 1-2 París, 1819-1920; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo IV, 1820, pp. 482-290).
39. *Über die Lex Voconia* (Abh. D. Akad. D. Wiss. 1820-21, italienische Übersetzung von Conticini, Pisa 1834; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. I, S. 407-446). (*Sobre la lex Voconia*; Abhand. Der Akademie der Wissenschaften, 1820-1821).
40. *Lettre adressée aux rédacteurs de la Thémis sur l'histoire de Cujas para M. Berriat Saint-Prix* (Thémis, t. 4 (1822), pp. 193-208; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. IV, S. 173-194). (*Lettre adressée aux rédacteurs de la Thémis sur l'histoire de Cujas par M. Berriat-Saint-Prix*; Thémis, tomo 4, 1822, pp. 193-208).
41. *Über den roemischen Colonat* (Abh. D. Akad. D. Wiss. (1825), S. 1-26; erweitert abgedruckt in Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 5 (1828), S. 273-320; englische Übersetzung in Philological Museum Cambridge for Deightons, nr. 4; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Br. II, S. 1-66). (*Sobre el colonato romano*, Abhand. Der Akademie der Wissenschaften 1825, pp. 1-2).
42. *Über die roemische Steuerverfassung unter den Kaisern* (Abh. D. Akad. D. Wiss. (1825), s. 27-71; wieder abgedruckt in Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 6 (1828), S. 321-396, nochmal mit Nachtraegen in "Vermischte Schriften", Bd. II, S. 67 bis. 215). (*Sobre el derecho tributario bajo los emperadores*; Abhand. Der Akademie der Wissenschaften, 1825, pp. 27-71).
43. *Über das Interdic Quorum bonorum* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 5 (1823), S. 1-25, und Bd. 6 (1828), s. 229-272; mit Nachtrag wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. II, S. 216-320). (*Sobre el Interdicto Quorum bonorum*; Zeit. F. Gexh. Rechtswiss., tomo V, 1823, pp. 1-25; tomo VI, 1828, pp. 229-272).
44. *Über Cicero pro Tullio und die Actio vi Bonorum raptorum* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 5 (1823), s. 123-130, wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, s. 228-236). (*Sobre Cicero pro Tullio y la Actio vi Bonorum Raptorum*; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo V, 1823, pp. 123-130).
45. *Über den juristischen Unterricht in Italien* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 6 (1828), S. 201-228; wieder Abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. IV, S. 309-342). (*Sobre la enseñanza jurídica en Italia*; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo VI, 1828, p. 201-208).
46. *Von dem Schutz der Minderjaehrigen im Roemischen Recht, und insbesondere von der Ley Plaetoria* (Abh. D. Akad. D. Wiss. (1835), S. 1-39; wieder abgedruckt ergaentz in Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 10 (1840), S. 232-297, nochmals in "Vermischte Schriften", Bd. II, s. 321- 395). (*Sobre la protección de los menores en el derecho romano, especialmente sobre la Lex Plaetoria*; Abhand. Del Akademie der Wissenschaften, 1835, pp. 1-39).
47. *Die PreuBische Staedteordnung* (Rankes Histor-Polit. Zeitschr., Bd. I (1832), S. 389-414; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. 5, S. 183-221). (*El ordenamiento urbano prusiano*; Rankes Historische-politische Zeitschrift, tomo I, 1832).
48. *Wesen und Wert der deutschen Universitaeten* 8 Rankes Histor-Polit. Zeitschr., Bd I (1832), S. 569-592; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. IV, S. 270-

- 308), (*Sentido y valor de las universidades alemanas*; Rankes Historische politische Zeitschrift, tomo I, 1832, pp. 569-592).
49. *Über die Decretale Super Specula des Papstes Honorius III.* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 8 (1823), s. 225-237; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd III, s. 413-427). (*Sobre el "Decretale Super Specula" del Papa Honorius III*, Zeit. F. Gesch. Reschtswiss, tomo VIII, 1833, pp. 225-237).
50. *Über das altroemische Schuldrecht* (Abd. D. Akad. D. Wiss (1835), S. 69-104; wieder abgedruckt mit Nachtrag in "Vermischte Schriften". Bd. II, S. 396-470). (*Sobre el antiguo derecho romano de las obligaciones*; Abhand. Der Akademie der Wissenschaften, 1835, pp. 69-104).
51. *Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neueren Europa* (Abhandl. D. Akad. D. Wiss. (1838), S. 1-40; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. IV, S. 1-73). (*Contribución a la historia jurídica de la nobleza en la nueva Europa*; Abhand. Der Akademie der Wissenschaften, 1838, pp. 1-46).
52. *Neu entdeckte Fragmente des Ulpian* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 9 (1836), S. 1-6; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III s. 237-244). (*Fragmentos recientemente descubiertos de Ulpiano*; Zeit. F. Gesch. Reschtswiss, tomo IX, 1836, pp. 1-6).
53. *Erklärung der L. 22 pr. Ad municipalem (50, 1)*; (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd.) (1836), S. 91-98; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, S. 245 bis 254). (*Explicación del L. 22 pr. Ad municipalem (50,1)*; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo IX, 1836, pp. 91-98).
54. *Über die handschriftliche Grundlage des Ulpian* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 9 (1838), S. 157-173; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, S. 57 bis 75). (*Sobre las bases manuscritas de Ulpiano*; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo IX, 1838, pp. 157-173).
55. *Über die Gesta Senatus von Jahre 438* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 9 (1838), s. 213-224; wieder abgedruckt mit Nachtrag in "Vermischte Schriften", Bd. III, S. 255-278). (*Sobre la Gesta Senatus del año 438*; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo IX, 1838, pp. 213-224).
56. *Der roemische Volksschuluss der Tafel Von Heraklea* (Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 9 (1838), s. 300-378, Nachtrag Bd. II (1842), S. 50-71; mit weiteren Nachtraegen wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. III, S. 279-412). (*El plebiscito romano de las Tablas de Heraclea*; Zeit. F. Gesch. Rechtswiss, tomo IX, 1838, pp. 300-378).
57. *Der zehente Mai 1788* (Gedaechtnisaufsatz zu G. Hugos Gold. Doktorjubilaem, Z. F. Gesch. Rechtswiss., Bd. 9 (1838), s. 421-432; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. IV, S. 195-208). (*El diez de mayo de 1788*; Trabajo conmemorativo por la celebración de los 50 años de doctorado de G. Hugo); Zeit. F. Gesch. Rechtswiss., tomo IX, 1838, pp. 421-432).
58. *Erinnerungen an Niebuhrs Wesen und Wirken, durch seien Briefe veranlaßt* (in: Lebensnachrichten über Barthold Nieburhr, Bd. 3, Hamburg 1839, s. 341-368; wieder abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. IV, s. 209-254). (*Recuerdos de la influencia y la obra de Niebuhr, provocados por sus cartas*; Lebensnachrichten über Barthold Nieburhr, tomo 9 Hamburgo, 1839, pp. 341-368).

59. *System des heutigen Roemischent Rechts*, Bd. I 1840, Bd. II 1840, Bd. III 1840, Bd IV 1841, Bd. V 1841, Bd. VI 1. Arbt 1846, 2 Abt. 1847; Bd. VIII 1849 mit Quellen. Registerband 1851. (*Sistema del derecho romano actual*, tomo I 1840; tomo II 1840; tomo III, 1840; tomo IV, 1841; tomo V, 1841; tomo VI, primera parte 1846, segunda parte, 1847; tomo VII, 1848; tomo VIII 1949; con fuentes y registros, 1851).
60. *Darstellung der in den PreuBischen Gesetzen über di Ehesscheidung unternommenen Reform* (Anonym, 1844; ergaenzt wiede abgedruckt in "Vermischte Schriften", Bd. V, S. 222-414). (*Descripción de las reformas introducidas en las leyes prusianas sobre divorcio*; 1844).
61. *Das Obligationenrecht als Teil des Heutigen roemischen Rechts* Bd. 1 1851, Bd. 2 1853. (*El derecho de las obligaciones como parte del derecho romano actual*; tomo I, 1851, tomo II, 1835).
62. *Der groehte Teil von Savignys Kleineren, oben einzeln angerführten Arbeiten*, ist 1850 in 5 Baenden unter dem Titel, "Vermischte Schriften" gesammelt erschienen. (La mayor parte de las obras pequeñas de Savigny, arriba señaladas, aparecieron en 1850, reunidas en cinco tomos, bajo el título "Vermischte Schriften" (*Obras Diversas*).

b. Sus obras traducidas al castellano:

1. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, La España Moderna (Madrid) traducción de Adolfo Posada; también en Editorial Atalaya (Buenos Aires, 1946); también en Edeval (Valparaíso, 1978). Hay también traducción de José Díaz García, editada por Aguilar (Madrid, 1970), e incluida en el volumen *Thibaut-Savigny. La Codificación*, selección y prólogo de Jacques Stern.
2. *Sobre el Fin de la Revista de la Escuela Histórica*, en *La Escuela Histórica* (Savigny, Eichhorn, Gierke y Stammler), Librería General de Victoriano Suárez (Madrid, 1908). Traducción de Rafael Atard; también en *Revista de Ciencias Sociales* 14, *Savigny y la ciencia del derecho*, Edeval (Valparaíso, 1979).
3. *Recensión del libro de N. Th. Goenner sobre legislación y jurisprudencia*, en *La Escuela Histórica*, volumen individualizado en el número anterior.
4. *Sistema de Derecho romano actual*, traducción de Messía y Poley, Góngora S.A. (Madrid, 1978).
5. *Tratado de la posesión según los principios de Derecho romano*, Imprenta y Tipografía de la Sociedad Literaria y Tipográfica (Madrid, 1845).
6. *Opiniones en favor y en contra de nuevos códigos*, traducción del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, publicada como parte del texto *La codificación civil en Alemania (Opiniones de Thibaut y Savigny)*, prólogo de Norberto Gorostiaga, Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales (Buenos Aires, 1940). También, en traducción de José Díaz, en *Thibaut-Savigny. La codificación*, volumen individualizado en el N° 1 de esta lista.
7. *Los fundamentos de la ciencia jurídica*, extractos de la obra individualizada en el N° 4 de esta lista, en *La ciencia del Derecho*, Savigny, Kirchmann, Zitelmann y Kanntorowicz, Losada (Buenos Aires, 1949), traducción de Werner Goldschmidt.

II. DE LA VOCACIÓN DE NUESTRO SIGLO POR LA LEGISLACIÓN Y LA CIENCIA DEL DERECHO¹⁰

Contexto de esta obra: Este opúsculo fue escrito por un jurista conservador, en una época políticamente convulsionada y culturalmente compleja porque en ella convergen, como sucede con ciertas épocas, una serie de circunstancias que podemos caracterizar como de extinción de un cierto estado de cosas y el advenimiento de uno nuevo.

En esto está radicada, a mi juicio, su mérito o su desgracia, o ambas a la vez, según la mayor o menor rigurosidad crítica con que asuma quien juzgue esta obra. Savigny es un hombre de su época y da cuenta de ella de modo cabal en cuanto a la evolución del Derecho se trata, ubicándose justo en el vértice entre la época del *ius commune* y la codificación del Derecho.

Marc Bloch recuerda en su *Introducción a la historia* un genial proverbio árabe que señala que los hombres se parecen más a su tiempo que a sus propios padres y en el caso de Savigny este juicio se ajusta plenamente. Sin embargo, y para que esta aseveración sea más completa agregar que no solo nos parecemos a nuestra época sino quedamos marcados hacia la posteridad por la posición que tomamos en esa época.

Savigny fue, como pocos en Europa continental, de aquellos juristas que se opusieron a la codificación del Derecho en su país, porque esta operación era extraña a la evolución natural que experimentaba el Derecho a través del tiempo en tanto solo obedecía a circunstancias externas, como los fundamentos políticos y los racionales.

A Savigny le parecía que el Derecho era una manifestación más del pueblo, del espíritu popular, como la lengua o la religión y que la codificación significaba su petrificación al colocar, por sobre el orden jurídico, unos principios de derecho natural racional que, de modo sistemático y deductivamente, debían informar todo el Derecho. Esto, según nuestro autor, era una negación de la esencia del Derecho, cuyo origen y base se encuentra en su manifestación consuetudinaria y no en la norma escrita. Que esta es solo consecuencia de la costumbre y que nos ayuda precisamente a conocerla en tanto actúa como mecanismo transmisor de ese conocimiento.

Más aún, pensaba, no sin razón, que una vez producida la codificación, en el futuro sería solo Derecho positivo la norma escrita, la ley y que el juez estaría muy limitado en su acción jurisdiccional al tener que aplicarla solo a ella. Este opúsculo Savigny lo escribe para fundar su opinión acerca de lo que entiende por Derecho positivo. Para él la costumbre es el Derecho que, desde épocas remotas, vive en la conciencia del pueblo como una manifestación más de su espíritu y de su cultura.

Para comprender adecuadamente las ideas de Savigny hay que compenetrarse con el momento histórico que le toca vivir, donde confluyen una serie de acontecimientos que marcan su pensamiento y su obra, sin los cuales no es posible comprender ni explicarse los motivos de su oposición a la codificación. Nosotros comprendemos que lo hace desde el Historicismo que, en un sentido amplio, es la Filosofía de la Restauración, cuya culminación política va a estar en la Santa Alianza del Congreso de Viena de 1815 y la reinstalación de las monarquías europeas al concluir las guerras napoleónicas.

¹⁰ En alemán, *Über den beruf unseler zeit für gesetzgebung und rechtswissenschaft* (Heidelberg, 1814).

III. RESEÑA DE *DE LA VOCACIÓN*¹¹...

Este opúsculo consta de una Introducción y Once capítulos. Epígrafes:

- Capítulo I.- Origen del derecho positivo
- Capítulo II.- Leyes y Códigos
- Capítulo III.- El derecho romano
- Capítulo IV.- El derecho civil en Alemania
- Capítulo V.- Nuestra vocación para la legislación
- Capítulo VI.- Los tres Códigos modernos

- I.- El Código de Napoleón
- II.- La compilación prusiana
- III.- El Código austríaco

- Capítulo VII.- Qué es lo que se puede hacer donde no hay Código
- Capítulo VIII.- Qué se debe hacer con los Códigos existentes
- Capítulo IX.- Principios comunes a los países que tiene Códigos y a los que no lo tienen
- Capítulo X.- Proposición de Thibaut
- Capítulo XI.- Conclusión

Introducción: En este proemio nuestro autor comienza reflexionando que en varios países (el destacado es nuestro) de Alemania se ha sentido, en la última época, el deseo de una mayor organización de la justicia civil y habiendo pasado inadvertida esta manifestación por un tiempo ha sido considerada por los hombres de Estado y gentes doctas. Sin embargo, sostiene que un motivo más importante que la mera necesidad¹² es el sentimiento que, en vistas de la opresión vivida por la nación alemana, existe el ánimo de mostrarse digno en el presente. De ahí que quién sienta en su alma la vocación del siglo, lo proclame y que los juristas no sean los últimos en ese empeño. Piensa que es en el

¹¹ Savigny intitula este opúsculo *De la vocación de nuestro ...*, para llegar precisamente a la conclusión contraria: que no existía tal vocación para la legislación, para la codificación, a la que tan determinadamente se opuso para Alemania, oposición que produjo un gran resultado a la postre: el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900, fruto de la rica ciencia alemana del derecho, cuyo punto de partida fue la Escuela Histórica del Derecho de Savigny. Guardando todas las proporciones y diferencias debidas, podríamos decir que tenemos en Chile un Savigny propio, en la persona del profesor Dr. Alejandro Guzmán Brito, quien se opuso en su momento, a comienzos de los años 70, en este caso, a la recodificación del derecho civil en Chile, fenómeno enteramente análogo al de la codificación; Vid., GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clase y condiciones*, Ediciones Universitarias de Valparaíso (Valparaíso, 1977); en especial pp. 11-19. Precisamente este libro sirvió de marco histórico y teórico para justificar la no conveniencia de proceder a una recodificación en Chile del derecho privado (civil, comercial y otras) porque no estaba madura su ciencia. Muy probablemente aún, a esta fecha, no lo está, a pesar de los enormes avances experimentados en estos 40, o más, años.

¹² No parece peregrino atribuir que el uso de esta palabra en esta *Introducción* viene como consecuencia de la obra de Antonio THIBAUT, *De la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania*, con quien Savigny entró en polémica, en la cual sostenía que debían unificarse todas las leyes vigentes en los varios Estados germanos, formando un solo Código; escrito que motivó precisamente a Savigny a escribir el opúsculo que comentamos aquí resumido.

Derecho civil donde la diferencia entre la edad pasada y la actual se ofrece más palmaria y que cuando el Código francés se insinuó en Alemania propagó su gangrena y su acción corruptora, el que no tenía ningún principio informador: todo tendía a un fin externo, completamente extraño a la esencia del Código.

Luego de hacer un breve discurso acerca del estado de la discusión jurídica de su tiempo, señala que de las dos opiniones de que tiene noticia acerca de la ordenación del Derecho civil, la una tiende a restablecer las antiguas condiciones, y la otra quiere la formación de un Código único para toda la Confederación Germánica.

Para esclarecer la segunda de estas opiniones cree menester hacer unas reflexiones, ya que históricamente suele ser considerada desde un doble punto de vista. Ante todo, está relacionada con muchas opiniones e investigaciones realizadas en la última mitad del siglo XVIII donde se había perdido todo amor por todo lo característico y grande producido en los demás siglos, es decir, todo aquello saludable y provechoso que la historia produce, como por ejemplo en religión y en política, y concentrándose exageradamente en la época actual que se creía destinada a la realización de una perfección absoluta, manifestándose en todas partes esta nueva y vigorosa tendencia. Este movimiento también se manifestaría en el Derecho civil, en cuya virtud se pedían nuevos Códigos, con sus perfecciones que debían garantizar una mecánica exactitud en la administración de la justicia; de modo que el magistrado de todo juicio propio, debía limitarse a una simple aplicación literal de la ley. Debían, además, estos Códigos estar completamente libres de toda influencia histórica y todo, señala con gran ironía, “por obra de una extraña y solemne abstracción debían adaptarse a todos los pueblos y a todos los tiempos”.

Sin embargo, con gran entusiasmo agrega que esa tendencia está pasando y que su época debe congratularse porque el gusto histórico ha despertado por todas partes. Pero advierte que de la experiencia descrita pueden obtenerse algunas ventajas, ya que bajo el imperio de dichas opiniones se produjeron tres Códigos para los tres grandes Estados de Europa, de la cual se pueden obtener grandes lecciones que deben alertar a todos.

Estos proyectos (Códigos) van unidos, en opinión de Savigny, a una opinión general acerca del origen del derecho positivo, según la cual todo derecho no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado. La ciencia del derecho atendería únicamente a la materia de semejantes actos. De este modo la ciencia del Derecho sería esencialmente variable y accidental, pudiendo recurrir, como por triste necesidad, a la ayuda del derecho consuetudinario, que se conceptúa vago e insuficiente complemento. Estas dos grandes ideas (acerca de la ley y el derecho consuetudinario) se han combatido mucho. Pero ha servido de concordia la consideración que hay derecho natural o racional, una especie de legislación ideal buena para todos los tiempos y para todos los casos, la cual es preciso descubrir a fin de perfeccionar definitivamente el derecho positivo.

Deja claro el autor, en esta parte, que la materia a tratar en su libro es la siguiente: si la opinión acerca del origen del derecho positivo, que se ha señalado anteriormente, es fundada o no.

Capítulo I: En este apartado, intitulado *Origen del Derecho Positivo*, nuestro autor pregunta a la historia cómo es que se ha desenvuelto dicho Derecho. Ve que en todas las naciones el Derecho civil reviste un carácter dado, al igual que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Indica que todas estas manifestaciones no tienen una existencia aparte

sino que son actividades del pueblo, indisolublemente ligadas y que solo aparentemente se revelan a nuestra observación como elementos separados. Lo que forma un solo todo es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas.

Estima que en épocas muy remotas de la sociedad humana el derecho vive, al igual que la lengua, en la conciencia popular. En esta etapa los pueblos son pobres de ideas, pero tienen la ventaja de una plena conciencia de su ser y de sus condiciones, mientras que en la nuestra, tan artificiosamente complicada por tantos elementos, estamos oprimidos por nuestra propia abundancia que no podemos gozar y aprovechar plenamente.

Compara el desarrollo del derecho y de la lengua cuando, al señalar que aquel necesita de un organismo material que procure estabilidad a su ejercicio, así como la lengua lo encuentra en la constante y no interrumpido uso que se hace de ella. En el derecho lo encontramos en los cánones (este término está utilizado en sentido amplio como sinónimo de norma o disposición escrita, y no solo en el restringido empleo que hace del mismo el Derecho Canónico) promulgados por medio de la escritura y de la palabra, con un cierto grado de abstracción. En las edades primitivas solo encontramos actos simbólicos, cuya gravedad y solemnidad están relacionadas con la importancia de los principios jurídicos característicos. Estos actos, dice Savigny, pueden considerarse como “la verdadera gramática del derecho” en dicho período, que los antiguos jurisconsultos romanos mantenían y aplicaban con exactitud. En los últimos tiempos, señala el autor, estos actos se desprecian, sindicándolos como patrimonio de la barbarie y de la superstición, sin darnos cuenta que estamos rodeados de formas jurídicas.

Así es como consideramos parcialmente los tiempos primitivos. Insiste en la dependencia que tiene el derecho de la costumbre y del carácter del pueblo. Para el derecho no hay un solo instante de reposo. El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter. Pero este interior progreso existe también en los tiempos de mayor cultura, pero que es más difícil de estudiar, cuyo trabajo, por una razón de especialización, realizan los juristas, tomando un aire científico, de modo que lo que antes vivía en la conciencia popular, conviértese en adelante en materia de la competencia de los juristas.

Designa con la expresión elemento político del derecho la dependencia de que está respecto de la vida social del pueblo, y elemento técnico del derecho su vida separada y científica. Según lo expuesto, derecho será, aún en épocas distintas, derecho natural (en un sentido diferente del derecho natural de que comúnmente se hablaba en esa época: el iusnaturalismo racionalista), o bien derecho científico, según que predomine uno u otro elemento, ya que una separación absoluta entre uno y otro es imposible.

En síntesis, piensa Savigny (y esta es su tesis más relevante, sobre la cual desarrolla toda su tesis que funda la “nueva escuela”) que el derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a los cuales puede darse el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y creencias populares y luego por la jurisprudencia, más por una fuerza interior, activa, pero jamás por el arbitrio del legislador.

Capítulo II: Las leyes pueden llegar a modificar el derecho y da ejemplos de su Alemania, como de la antigua Roma. Una segunda influencia es la que ejerce la legislación sobre el Derecho Civil. Acepta esta intervención pero solo con el fin de purgar adecuadamente la costumbre, desvanecer dudas e indeterminaciones en algunas instituciones y principios.

Pero estas especies de influencias parciales no se consideran, cuando se trata, como está ocurriendo, de la necesidad de un Código general.

Cuestiona acerca de dónde debe derivar dicho Código, si del derecho nacional, o del derecho vigente, con mejoras y modificaciones que motivos políticos aconsejen necesarios. Indica que la formación de Códigos modernos comprende derecho vigente y leyes nuevas, con la sanción exclusiva del gobierno. Los efectos que, de un semejante Código se esperan, son: un alto grado de certeza y una uniforme aplicación.

Señala que, destinado a ser fuente única de derecho, es necesario que contenga efectivamente la solución de cualquier caso que pueda presentarse. Pero es pesimista a la hora de establecer si semejante empresa ha de ser fructuosa, puesto que la dificultad de la ciencia jurídica está en encontrar los principios y teoremas que informen el Código, y aun en el caso de llegar a ser así, la administración de justicia no estará gobernada por el Código sino por algo extraño al mismo.

Aquí nuestro autor ironiza con los nombres con que se denomina a eso extraño que suele denominarse con raros nombres: Derecho natural, jurisprudencia o analogía de derecho. Veía, además, nuestro autor, dificultades provenientes de un imperfecto conocimiento de dichos principios (se refiere a los del derecho natural) que generará contraposición entre las decisiones particulares de la administración de justicia, así como el que surgirá de la exclusiva aplicación de un derecho positivo, dado el peligro de tropezar con el obstáculo de la letra.

En cuanto a la forma del Código, Savigny señala que puede frustrarse por falta de habilidad en la exposición del mismo. Espeta que el lenguaje de las leyes debe ser lacónico y conciso como los Plebiscitos y los Edictos romanos; pero no hay que olvidar que existe una estéril concisión, como las leyes de la Edad Media.

Por último, deja entrever que su época la cataloga como “media”, que no siente, por sí misma, la necesidad de un Código. Indica que podría compilarlo para una época posterior, a guisa de provisión de invierno; pero desconfía que se haga realmente ya que para él rara vez los vivos se imponen una tarea en pro de sus hijos, o sus nietos.

Capítulo III: No es raro que se crea que el Derecho romano es de gran valor, de una pureza evidente y que se le debe mirar como un derecho natural sancionado. Sin embargo, piensa que los partidarios de este Derecho, si lo observaran de más cerca, limitarían su admiración solo a la teoría del contrato.

Savigny cree que la excelencia del Derecho romano es distinta: ella se debe a la existencia de unos cuantos principios fundamentales, obra de la grandeza de los jurisconsultos romanos. Para estos, cuando tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de este y se desarrolla plenamente como si ese caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que de él mismo deba deducirse. Así, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica. Obtiene las siguientes conclusiones de lo que es, a su juicio el Derecho romano:

a) la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica se ve siempre elevada a la altura del proceso científico.

b) en cada teorema fundamental se ve a un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo que cada caso práctico se descubre la regla que lo informa,

c) se revela una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa,

d) reconoce como de suma importancia para el desenvolvimiento del derecho romano la idea de la ficción, ej., la *bonorum possessio* respecto de la *haereditas*, o la *publiciana actio* respecto de la *rei vindicatio*, y

e) mantención viva en el pensamiento jurídico romano del precedente, por su particular característica de derecho consuetudinario.

Enseña el Derecho romano, según piensa el autor, que estando el derecho en progreso vivo no se siente necesidad alguna de codificación, aun cuando haya habido condiciones muy favorables para llevarla a cabo. Por ello es que frente a lo que vive en su tiempo, esto es, el fenómeno codificador, Savigny dice, tomando como ejemplo lo sucedido en Roma “no encontramos huella alguna de una empresa semejante”. Y lapidariamente concluye su reflexión: es cosa bien clara que esta marcha hacia la codificación ha sido ocasionada tan solo por la incontrastable decadencia del derecho (!!!).

Capítulo IV: Ha estado vigente en toda Alemania un derecho civil uniforme denominado *ius commune*, modificado en parte por el derecho municipal, establecido en todas partes, espontáneamente, esto es, sin el concurso de la fuerza. Las fuentes principales son “los libros Justinianos”, aplicados con ciertas modificaciones producto de la actividad científica de los juristas. Contra este derecho se levanta la voz, por considerarse un elemento exótico, ajeno a la nacionalidad alemana, impidiendo que su derecho indígena alcance perfección científica. Savigny cree que el desarrollo nacional no puede ser completamente autónomo, como en los pueblos de la antigüedad. Cree que del mismo modo como la religión no es un producto espontáneo de condiciones singulares y propias, ni la literatura vive sin influjos extranjeros, no debe extrañar que un derecho extranjero sea su derecho civil común.

Según nuestro autor, la opinión contraria a la expresada es errónea ya que sin la intervención del derecho romano al derecho alemán no le habría sido posible un perfeccionamiento ininterrumpido. Afirma que el derecho municipal alemán no es fácil de entender sino atendiendo a su relación originaria con el romano. Esta importancia histórica hace que el derecho municipal resulte por completo incomprensible si no se acude a las fuentes comunes.

Acerca de esta confusa combinación, del ya demasiado complicado derecho común con el derecho municipal, es que se han levantado vivos clamores, en dos sentidos. Uno, en contra de la administración de justicia. Pero cree que de esto no es responsable el derecho civil, sino el procedimiento, que conspira contra la agilidad en la tramitación de las causas en algunos Estados en Alemania; y Dos, la deformidad del derecho municipal; este ha sido acusado de nocivo para la administración de justicia y causa graves males a las transacciones sociales. Pero Savigny cree que todo esto tiene otro origen: el inmenso poder que, desde hace mucho tiempo, ejerce sobre Europa la idea de reducir todas las cosas a una absoluta uniformidad.

La indicación más importante que en favor de la uniformidad del derecho se hace es la siguiente: que por efecto de ella crece el amor hacia la patria común. Pero, asegura Savigny, si esta hipótesis es cierta, todo alemán sensato deberá hacer votos porque Alemania consiga también el beneficio de un derecho uniforme para todos sus Estados; pero la verdad

de semejante hipótesis es lo que está por demostrarse. Por último piensa que, frente a esta realidad, lo más perjudicial está en los cambios prontos y arbitrarios que puede sufrir el derecho civil, aunque sea ganando este, a veces, en sencillez y facilidad de aplicación, ya que cuanto se hace por los hombres será siempre mirado y juzgado por la opinión popular de un modo distinto.

Capítulo V: Si se ha analizado de la necesidad de un Código para Alemania, en este Capítulo el autor desea saber si existe la capacidad que se requiere para emprender una obra de esta naturaleza. Cita a Bacon, quien quería que el siglo en que se llegase por fin a una codificación, sobrepujase por su inteligencia a todos los anteriores. Así, una época, que en otros aspectos esté muy avanzada en el camino de la civilización, puede estar muy desprovista de aptitud legislativa.

En la época de nuestro autor, no compartían semejante opinión los adversarios del Derecho romano. No todos los siglos son aptos para todo; véase los que pasa en las bellas artes. La aptitud para la codificación depende del grado de perfección que alcance la técnica legal, por lo que sobre ella debe versar la investigación que debe hacerse. Savigny piensa que desgraciadamente todo el siglo XVIII fue pobre en jurisconsultos alemanes, solo quedaron algunos trabajos preparatorios, pero poco más se hizo que esta simple obra de preparación.

Savigny cree que los juristas necesitan de una doble capacidad: capacidad histórica para recoger con acierto cuanto hay de característico en cada época y en cada forma del derecho, y capacidad, que él llama sistemática, para considerar toda idea y todo principio en íntima relación y en acción recíproca en el conjunto. Esta doble capacidad escasea en el siglo pasado (refiriéndose al XVIII), los cuales solo se distinguieron por múltiples y agudas investigaciones filosóficas. En su época poco se ha progresado en la organización de la ciencia jurídica y por esa razón nuestro autor no tiene fe en que exista en Alemania aptitud para formar un buen Código. Entre los jurisconsultos de su nación no encuentra alguno que tenga un sistema admirable, como el de los antiguos jurisconsultos romanos o el espíritu que informa las Pandectas. De aquí es que Savigny afirme que su siglo no está en disposición de producir un buen Código, por ser esta empresa de dificultades mayores.

Atribuye la falta de aptitud para formar un Código, también, a la incapacidad de su época de producir la suficiente literatura jurídica como ocurrió en la antigua Roma. Otro aspecto que debe ser examinado para el caso que se comenta es el lenguaje. Se atreve a preguntar, a cualquiera que aprecie el mérito de una expresión adecuada y precisa y que mire el lenguaje como un instrumento de la ciencia, si se tiene un idioma con el cual pudiera compilarse un Código. Y no es que ponga en duda la robustez de su idioma, pero el que no tenga aptitud es un indicio que se está atrasado en esa esfera del pensamiento.

Capítulo VI: Savigny dirige ahora su mirada a los Códigos que la Edad Moderna¹³ cuenta entre sus creaciones. Desde ahora Savigny cree que estos tres Códigos se han

¹³ Para aquella parte de la historia moderna que está más cerca de nosotros y bajo cuya influencia vivimos todavía se ha reservado el nombre de contemporánea (desde la Revolución Francesa). Aún así, se señala que, desde la segunda mitad o fines del siglo XX, se vive la postmodernidad; otros, la era postindustrial, o, lo que es lo mismo, la era del capitalismo financiero, y para otros, finalmente, la era de la cibernética o tecnocrónica.

publicado en una época en que precisamente la cultura jurídica estaba en condiciones de negar idoneidad para crear uno nuevo, de modo que le servirán para apoyar o condenar su opinión.

I.- *El Código de Napoleón*: Este es el Código más conocido, en el cual el influjo del elemento político legislativo ha predominado sobre el elemento técnico, razón por la cual tiene más innovaciones que las hechas por los Códigos alemanes. Las causas de este predominio son varias, particularmente el que la Revolución Francesa haya anulado casi todo el derecho civil producto de una ciega aversión a lo existente y guiada por la contemplación de un estado que se reputaba perfecto. Pero Bonaparte lo redujo todo a su despotismo militar, a pesar de que en teoría se decía republicano. Solo restableció antiguas instituciones en cuanto le convenía a sus intenciones, pero no porque tuviera una fe en ellas. Por ejemplo, Napoleón pensaba que había que suprimir los fideicomisos porque los consideraba absurdos.

Piensa que los franceses tienen un sentimiento de inoportunidad y la imperfección del trabajo compilado en este Código. En todo caso, para los alemanes esta situación solo tiene un interés histórico, que luego será un simple recuerdo.

En cuanto al aspecto técnico del Código, el Consejo de Estado francés no ha hecho absolutamente nada, sin discusión alguna de las instituciones jurídicas fundamentales. Solo quedó reducido a ser una obra precipitada de sus conocidos redactores; esto es, de cuatro juristas.

Savigny luego pregunta ¿en qué condiciones se encontraba en Francia la ciencia del Derecho cuando estos juristas se formaron? Los autores del Código: Bigot de Preaumeu, Portalis y Malleville, les encuentra tener escasa erudición jurídica, ya que el terreno en el cual el Código fue preparado, refiriéndose a los antecedentes y obras de conocimiento del derecho romano, es mínimo y defectuoso. En cuanto a los frutos que ha producido señala que se ha elaborado tan mal este Código que al ser aplicado constantemente, en la práctica se han notado vacíos importantísimos, razón por la cual cree que los franceses realizaron una obra muy imperfecta, dando varios ejemplos que refuerzan su opinión, en materia de propiedad, obligaciones, nulidad de los contratos, especialmente la nulidad de matrimonio y estado civil.

Por último, señala que este Código propone un sistema de *subsidium* para los vacíos que presente, el que está formado por un conjunto indeterminado de elementos distintos, en que cada uno tiene su propio valor. Estos elementos son: 1.- la equidad natural, ley natural; 2.- el Derecho romano; 3.- Las antiguas costumbres; 4.- los usos, ejemplos, decisiones, jurisprudencia; 5.- el Derecho común; 6.- Principios generales, máximas, doctrina, ciencia. Acerca de la relación de estos diversos elementos entre sí, no se dice nada, salvo cuando se afirma que vale como supletorio el derecho natural, en el caso de ser insuficiente el uso y la doctrina.

II.- *La Compilación prusiana: (Landrecht)* Nuestro autor hace una comparación entre esta Compilación y el Código francés, encontrando al primero superior por diversas razones, entre ellas que el segundo fue confeccionado precipitadamente para atenuar graves males de la Revolución. Una segunda diferencia es que la Compilación prusiana deja vigente todos los derechos provinciales (fuentes locales) como derecho auxiliar, de los cuales se elaborarían posteriormente Códigos especiales. Siendo esta una virtud de la

Compilación, según nuestro autor, esto conforma su tesis que su siglo no es apto para la codificación.

Un elemento que le parece a Savigny muy importante y que hace superior a la Compilación sobre el Código, es que en el segundo el oficio del juez consiste en una mecánica aplicación de la ley. En esta virtud es que prohibió toda interpretación y que en caso de ambigüedad o silencio de la ley se debía consultar al poder legislativo. Muy de otra suerte es la Compilación prusiana, la que quiere que el juez tenga presente el motivo de la ley, pero que por lo general decida en cada caso, aun en el silencio de la ley, según los principios generales de la Compilación, y según lo prescrito por la ley en casos análogos. La condición del magistrado, en ambos casos, es distinta: su ministerio de puramente mecánico se transformó en científico.

III.- *El Código austríaco*: La historia del Código austríaco tiene gran semejanza con la Compilación prusiana: el impulso dado a ambos fue coetáneo a mediados del siglo XVIII.

En lo que a materia se refiere, podría esperarse una mayor originalidad en el Código austríaco que en la legislación prusiana, ya que los autores de aquel estaban menos ligados que los de este al Derecho romano y debían por tanto hacer valer solo la equidad natural.

En este Código las ideas relativas a los derechos son en parte demasiado generales e indeterminadas y en parte están determinadas con demasiado exclusivismo en la letra del Derecho romano o, más bien, sobre la falsa interpretación de sus últimos comentaristas, lo que no hubiera podido ocurrir con un profundo conocimiento de las fuentes. Ahora bien, en el Código austríaco se ha puesto como base la distinción entre derechos personales y reales, sin que se definan, ni según el Derecho romano, ni de ningún otro modo. Piensa Savigny, que siendo importante la determinación de la idea de las relaciones jurídicas, en el punto recién señalado, la Compilación prusiana es más exacta.

Nuestro autor examina, luego, una serie importante de reglas prácticas del Código, en diversas materias, luego de dejar sentada su apreciación de las ideas generales, o parte fundamental o teórica, como la llama, que deben ser fundamentales en una obra de esta naturaleza. En cuanto a las reglas prácticas que contiene el Código lleva a indicar que pueden dirigirse a ellas no pocas objeciones, en diversas materias, como: distinción entre derechos reales y personales, la noción de cosa, posesión y propiedad, objetos de la usucapion, servidumbres, derecho de uso, tutelas y curatelas.

Otro aspecto que preocupa a nuestro autor es lo relativo a la decisión de casos particulares de derecho (que también denomina “administración de justicia”) conforme a las prescripciones de este Código. Si las normas en él contenidas no suministran una solución al caso, ha de ser objeto de una mayor atención. En efecto, el Código alude a una doble fuente que se debe considerar, a manera de complemento; en primer término se atenderá a las decisiones textuales de casos análogos; en segundo lugar, al derecho natural. Cree que la primera será de escaso valor debido a la insuficiencia material y formal del Código y la segunda es altamente perniciosa para la administración de justicia. La consecuencia será, al igual que el Código francés, en que inadvertida y ocultamente la teoría científica mantendrá sobre la administración de justicia el influjo que el propio Código quería quitarle.

El autor señala que si sus asertos emitidos, respecto de los tres Códigos, son fundados, establece que resultará confirmada su opinión que el presente siglo (el XIX) no tiene vocación alguna para acometer codificaciones, puesto que existían en la cultura de su

siglo obstáculos insuperables. Más aún cree que sus observaciones no se refieren tan solo a defectos parciales, cuya enmienda podría dar al conjunto su perfección, sino más bien dice relación al carácter de la obra toda.

Capítulo VII: Para saber lo que debe hacerse, Savigny piensa que es preciso distinguir los países en que domina hasta hoy el derecho común (*ius commune*) y un derecho municipal, de aquellos que ahora viven bajo Códigos propios. En los primeros, tres cosas constituyen las prósperas condiciones del Derecho civil; 1º suficientes fuentes de derecho; 2º magistrados probos; 3º buen procedimiento. Piensa que donde existe Código debe este suprimirse y volver a imperar al derecho común y el municipal. Nuestro autor reconoce, en todo caso, que el derecho que él defiende está repleto de una enorme masa de ideas y de opiniones jurídicas transmitidas y acumuladas de generación en generación, un montón de materiales que nadie domina, pero que los empuja y dirige. Está consciente que sobre ello es que recaen las quejas que se producen respecto del estado del derecho europeo y que de ahí es que se originan todos los deseos favorables a una codificación.

Nuestro autor cree que “es necesario apoderarse de todo ese conocimiento histórico del derecho, el patrimonio jurídico de las pasadas generaciones y llegar a servirse de ellos, pero todo hay que llegar a hacerlo con la sabiduría de esta ciencia y no con arbitrio”. Señala que cuando, merced a un severo estudio, se haya adquirido un más completo conocimiento y una mayor y más aguda perspicacia histórica y política será posible un juicio recto sobre los materiales transmitidos hasta nosotros. En el espíritu histórico está también la única garantía contra esta ilusión: reputar general a toda la humanidad lo que es propio y particular. Piensa nuestro autor, denotando una fuerte dosis de actualidad, que mientras no conozcamos nuestra individual relación con el mundo todo y con su historia, debemos ver nuestras ideas en un falso aspecto de universalidad y espontaneidad: el único remedio contra esa ilusión engañosa es el espíritu histórico. Esto lleva a plantear a Savigny la completa necesidad de un conocimiento histórico de los materiales jurídicos legados, desde las épocas más remotas para conocer el estado primitivo del pueblo.

De lo expuesto, señala que conforme a esta doctrina, lo que se debe hacer del derecho civil y del derecho local, fuentes verdaderamente útiles, es el riguroso método histórico aplicado a la jurisprudencia. Su carácter es encontrar la doctrina toda, el principio orgánico, de manera que cuanto haya de vivo se separe de las partes muertas, las cuales quedarán como meros objetos del dominio de la historia.

La masa jurídica, objeto de estos estudios, es el derecho romano, el derecho germánico y las modificaciones sufridas por estos dos elementos: el primero es importante por el alto grado de cultura, sirve de ideal y de ejemplo; el segundo, si bien no tiene esas ventajas, en ciertos casos, podría ser más oportuno dado que está íntimamente ligado a las costumbres de su país.

Conceptúa nuestro autor como punto de partida del estudio que propone: el derecho de Pandectas. La primera condición para lograr este fin es una fundamental historia del derecho y el hábito de considerar toda idea y todo principio desde el punto de vista histórico: quien no llegue a penetrar el derecho romano y sus fuentes, andará errante por la literatura posterior, de la Edad Media y Moderna, que versa sobre el mismo. Este conocimiento debe darle un carácter de generalidad a nuestra ciencia no circunscribiéndose solo a los jurisconsultos teóricos, a los doctos y a los historiadores: debe ampliarse hasta

comprender a los legistas prácticos. Es preciso que la teoría tenga mucho de práctica y que nuestra práctica sea científica.

Señala, luego, una interesante idea: en los países del derecho común no se deberían hacer códigos; pero la legislación civil no debe por esto considerarse en manera alguna como superflua. Dejando a un lado las leyes para fines políticos (que no entran aquí) se podría perseguir con ella un doble objeto; decidir las contiendas y formular las antiguas costumbres. Con la solución de controversias se da aplicación práctica y real al derecho romano.

Si alguna vez la ciencia del Derecho llegase a ser propiedad común de los juristas, habríamos conquistado nuevamente los materiales de ese derecho consuetudinario vivo, del cual la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido una miserable sucedánea merced al pobre estado de nuestras Facultades de Derecho. Entonces los materiales históricos del derecho se penetrarían íntimamente enriqueciendo el conjunto: tendríamos un propio derecho nacional potente y adecuado, dejando para la historia, por fin, el derecho romano.

En estas condiciones se conseguiría algo más elevado aún que una buena administración de justicia: una clara y lúcida intuición del derecho, y por último, se podría saber qué y cómo convendría hacer con el derecho para el futuro: si es por medio de códigos o de otro modo.

Capítulo VIII: Se refiere nuestro autor, en este capítulo, solo a los Códigos alemanes (*Compilación prusiana y Código austríaco*). Del francés no va hablar en este capítulo desde el momento que lo considera como producto de una enfermedad política sufrida y del cual aún se sienten sus tristes consecuencias.

Indica que, respecto de los Códigos alemanes, no se le habría interpretado bien si se creyese que era partidario de su supresión como cosa deseable. Muy por el contrario. Se haría mucho daño en ello. Más bien su pensamiento de profundizar en el estudio histórico del derecho es plenamente aún aplicable en estos Códigos, de modo que hará más fácil e inteligible su aplicación y su mejora y perfeccionamiento y para ello es necesaria la dedicación al estudio teórico de este derecho y no confiar solo en que la mera aplicación por los tribunales del mismo será suficiente para los fines que estima Savigny.

Luego se hace una referencia a la enseñanza del Derecho en las Escuelas respectivas de París, en la cual toda ella gira en torno al Código francés y nada se estudia de derecho penal, procedimiento penal, ni historia del derecho. El Derecho romano se enseña según el Código, indicando en cada artículo las variantes que hay respecto de aquel. Además de ser equivocada la enseñanza ella es muy breve: dos años el bachiller, tres el licenciado y cuatro el doctor, sumado a las pocas horas de clases por semana, menos las vacaciones que en París son largas.

Los redactores de este Código habían señalado que, siendo insuficiente por sí mismo su aplicación, el complemento científico de su estudio era imprescindible, lo que, conforme a este plan de estudios, ello no se cumple. Reitera que la enseñanza gira alrededor del Código, y el Derecho romano que se enseña no es para tomarlo en cuenta. Se pregunta ¿dónde estará, pues, el fundamento de esta ciencia? Considera el trabajo de los glosadores superior al de Bartolo porque aquellos estudiaron de la fuente misma. Así cree imprescindible que para estudiar y aprender las instituciones del Código resulta necesario examinar las materias de su raíz propia (se refiere a sus fuentes, de diverso carácter).

Diversa es la situación en Austria en 1810, donde se enseña Derecho romano, comenzando por la afirmación que el nuevo Código procede de aquel, y en Prusia se ha producido una organización de los estudios dando plena libertad de los planes atendida la experiencia de sus universidades, en que se estudian las antiguas fuentes del Derecho.

Del conjunto de los tres códigos analizados resulta evidente que no podrá fundarse una particular vida científica y que solo será posible mantener un verdadero espíritu científico mientras persistan como objeto directo de estudio jurídico sus fuentes históricas, pues esta ciencia (su estudio) no es distinto de la ciencia de los códigos.

Capítulo IX: Savigny dice en este Capítulo que el estudio científico del derecho debe ser igual tanto en los países que tienen códigos como en los que no lo tienen, esto es, el derecho común y las costumbres locales (derecho municipal). Entonces sus ideas llevan, por otro camino, al mismo fin que las fantasías de un Código general se proponen: hacer del Derecho civil un interés común de toda la nación y por tal modo consolidar más y más su unidad. Así como hay una lengua y una literatura alemanas, así también las fuentes del derecho y la investigación histórica de las mismas. Aquí cree que el papel que deben jugar las universidades alemanas es capital para el desarrollo del derecho patrio.

Capítulo X: En este capítulo se refiere nuestro autor a lo propuesto por Thibaut en su obra, a la cual contesta con este opúsculo. Indica que desean sinceramente el mismo fin, pero disienten y discuten acerca de los medios para lograrlo. Examina el proyecto de Thibaut, lo que este quería que fuese duradero y que solo fuera mejorable con la leve modificación en ciertos lugares particulares. Es una obra difícilísima, pero ¿quién hará esta obra? Piensa que dos clases de colaboradores son necesarios: los letrados de profesión y los jurisperitos dedicados exclusivamente a cultivar la ciencia. Savigny, a propósito del número de juristas que deben concurrir a elaborar el Código, piensa que esta es una obra en la cual, la fuerza asociada no aumenta en la proporción en que crece el número de los que se asocian, sino que se trata de un todo orgánico.

En Roma, en los tiempos de Papiniano podía hacerlo uno solo, y los demás se limitarían a perfeccionarlo, purgándole de los defectos que tuviera, ya que uno solo podía considerarse como representante del orden entero. Pero hoy la situación es totalmente diversa. En las actuales circunstancias se requiere un alto grado de unidad orgánica. Con la presencia de varios juristas solo se logrará una composición mecánica. La cualidad más estimable y necesaria de un Código, la vida, se podría lograr no en una asamblea sino de un solo individuo. La pregunta que cabe es si es posible encontrar ese verdadero y único legislador¹⁴.

Thibaut cree que el Código debe ser popular, y nuestro autor está de acuerdo en ello, pero aquí nos encontraremos con la barrera de saber cual es el mejor lenguaje a utilizar para su redacción, ya que este es el medio más eficaz con que dos inteligencias pueden

¹⁴ Esto nos hace recordar Andrés Bello y Chile con el Código Civil. De hecho Bello leyó a Savigny y lo siguió en varios aspectos en la composición de "su" Código Civil. Muy probablemente Bello se persuadió que, ante las dificultades de la Comisión que redactaría nuestro Código Civil él, se haya propuesto continuar solo su labor hasta su conclusión, como efectivamente así ocurrió, lográndose un texto muy virtuoso para su tiempo, material y formalmente.

ponerse en comunicación. Savigny cree que un lenguaje simple, característico y popular se encuentra en muchas crónicas, pero que también puede manifestarse de otros modos. Si alguna vez se encontrase, muchas cosas buenas serían posibles, entre ellas una buena historiografía y un buen código popular.

Capítulo XI: Su conclusión consiste en resumir los puntos en que está de acuerdo con los defensores de un Código y los puntos de disensión.

En cuanto al fin, en el cual se está de acuerdo, se quiere la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones de la arbitrariedad y la injusticia. Ha de ser común para toda la nación. Importa entonces la unidad de Alemania. Ve el verdadero medio para ello en una organización progresiva de la ciencia del Derecho, la cual puede ser común a toda la nación.

En cuanto al juicio que merece la situación actual, se está de acuerdo, unánimemente, en considerarla defectuosa. Pero los demás ven la causa del mal en las fuentes del derecho y por ende estiman un buen remedio, un Código, mientras para nuestro autor encuentra el mal en “nosotros mismos”. Por ello es que vienen muy bien las palabras del insigne Melanchton pronunciadas en *Oratio et dignitate legum* T.I. p. 247 y *Oratio de vita Irnerii et Bartoli* T. II p. 411, que, en latín, cita en su opúsculo: “*Nam mihi, aspiciente legum libros et cognitio pericula Germaniae, saepe totum corpus cohorrestcit, cum reputo quanta incommoda succutura sint, si Germania propter bella amittit hanc eruditam doctrinam juris et hoc curiae ornamentum... Non igitur deterreamur periculis, non frangamur animis... Nec possessionem studii nostri deseramus. Itaque deus flectat animos principum ac potentum ad hujus doctrinae conservationem, magnopere decet optare bonos et predeces. Nam, hac remota, nec dici potest quanta in aulis tyranni, in judiciis barbaries, denique confusio in tota civili vita secutura eset: quam ut Deus prohibeat, ex animo petamus*”.

CONCLUSIONES

La vida de Savigny es un vivo ejemplo para un jurista de cualquier tiempo. Desde muy joven la vocación por el Derecho le fue despertada cuando, como a pocos ha sucedido, su tutor lo introdujo en la senda de esta ciencia problemática. Sus años juveniles los vivió para el Derecho (Jurisprudencia) con tal intensidad que ya a los 21 años, con el grado de Doctor, era nombrado profesor en Marburgo y bastaría escribir *El derecho de la posesión* y *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* para que su generación comprendiera que estaban ante una figura, como el Goethe, su coterráneo y coetáneo, lo era en la poesía y la literatura.

Desde antes de su muerte, y más aún con ella, su figura es gigante. Hoy, a pesar del transcurso de 200 años, sus ideas no son ajenas al debate jurídico actual y a las contingencias y problemas de su práctica. Sin que desconozcamos los logros del derecho codificado, la oposición de Savigny a ese proceso aún resuenan en nuestros oídos y tornan actual la visión de la historia, su concepto del Derecho, la reactualización de los fundamentos y bondades del derecho común como sistema, aunque hoy en un nuevo contexto y producto de otras necesidades y desafíos.

Su vida, además, es un paradigma de una toma de posición ante la vida, aspecto que va a influir decisivamente en la postura que adopta dentro de la ciencia de su tiempo. A mi juicio, no era un camino fácil oponerse al movimiento de la codificación que, como una avalancha, se esparcía por Europa. La dificultad de oponerse a este proceso estriba en que se habían acumulado tan poderosas razones teóricas y prácticas que lo hacían, casi, inevitable.

Pero Savigny se las ingenia para encontrar los lados débiles y las inconsistencias y dificultades que existían. Lo paradójico de Savigny es que muchas de sus ideas habrían de servir a los futuros países codificadores, con el objeto preciso de evitar esas dificultades o, mejor dicho, superarlas. Por ejemplo, es un hecho no discutido que Bello leyó a Savigny, lo cual se hace patente cuando se lee *De la vocación...* Y en el caso de su país, Alemania, la obra de Savigny no hace sino retrasar este proceso codificador civil, pero en la elaboración del Código Civil de 1900 sus ideas serían consideradas, ya para hacer, ya para dejar de hacer algo en él y con él.

Las debilidades que resaltaba del proceso de codificación del Derecho, son los que Bello tuvo que enfrentar y superar y las coincidencias entre lo que este hizo, en definitiva, con lo planteado por aquel son numerosas y palpables. Savigny cree, por ejemplo, que la empresa codificadora debe ejecutarse por una sola persona; que para el buen éxito de ella el conocimiento de la historia del derecho y del derecho romano eran fundamentales; la utilización de un lenguaje adecuado lo mismo, etc.

Todo ello llevó a Bello a estudiar cada aspecto que Savigny resaltó como elemento negativo o ausente en su tiempo, que no permitían augurar un buen fin en el plan codificador, lo que terminó transformando a aquel en jurista, romanista insigne y filólogo destacado en las letras hispanoamericanas. Pero lo distintivo de Bello, con relación a Savigny, es que aquel era de mentalidad racionalista e ilustrada, aspectos que Savigny nunca compartió, aunque aquel no dejó de hacerle concesiones a la tradición y este a la modernidad.

Pero el mérito mayor de Savigny es haber planteado la necesidad de los estudios históricos del Derecho, con lo que dio origen a toda una Escuela, en el sentido intelectual del término, todo un movimiento, que trajo singulares avances en el conocimiento del

derecho romano, derecho que, en muchos aspectos, en su país, era derecho vigente y no histórico.

Con Savigny se inaugura una nueva etapa en el conocimiento del derecho. En efecto, a través de su Escuela Histórica del Derecho primero, luego la Escuela Analítica y posteriormente los positivistas y sociólogos, separando el Derecho de su finalidad ideal, lo autonomizan, al negarle un fundamento ético o racional pensando que es posible encontrarlo en la vida social misma, oponiéndose con este planteamiento a todas las escuelas de filosofía jurídica existentes, hasta comienzos del siglo XIX, que habían considerado al Derecho como una derivación de principios superiores a los cuales estaba estrechamente ligado.

Savigny, colocado por el destino en un singular vértice histórico, pudo dejarnos una enseñanza acerca de su visión en una época cruzada por una serie tan impresionante de acontecimientos, en cuya obra jurídica, precisamente, se explica y adquiere sentido. Su concepción del Derecho fue profundamente contradictoria planteando una visión historicista para explicar el origen y evolución del derecho, mientras al mismo tiempo por otro lado tiene un acendrado espíritu religioso. Ambos serían producto del espíritu popular, ambas creaciones humanas, cuyo desarrollo y transmisión generacional le otorga un carácter propio, sin despreciar las influencias: en aquel, el derecho romano y en esta, la religión cristiana.

En fin, nuestro autor dejó una herencia intelectual y científica fabulosa a la Ciencia del Derecho, de la cual puede sacar aún gran utilidad, reelaborando sus planteamientos y sirviéndonos de ellos, guardando las proporciones, en cuanto sea posible para sus nuevos desafíos como para sus ciencias afines y/o complementarias.

II. RECENSIONES

GONZÁLEZ MIRANDA, Sergio, *La llave y el candado. El conflicto entre Perú y Chile por Tacna y Arica (1883-1929)*, LOM Ediciones (Santiago, 2008), 222 páginas.

El profesor Sergio González Miranda, Académico del INTE (Instituto de Estudios Internacionales) de la Universidad Arturo Prat, sociólogo de la Universidad de Chile, escribió su tesis doctoral, titulada *Pax Castrense* en la frontera norte, la que le permitió obtener el grado de Doctor en Estudios Americanos con mención en Relaciones Internacionales, el año 2004, la modificó para que pierda la forma propia de una tesis, y pase a asumir una ordenación, distinta de una tesis más adecuada para el lector, de esta manera finalmente publicado por LOM Ediciones, el año 2008, resultó en este libro.

En la mitad superior de su cubierta delantera se aprecia la fotografía de un par de esculturas, que se yerguen en el bandejón central de una avenida, visto de frente, y que representan la del lado derecho una llave y la del lado izquierdo un candado, sin lugar a dudas la imagen más representativa para este libro, y más aun al estar ubicada en un camino que lleva a la vía que une a Arica con Tacna.

El argumento de este libro se despliega con la situación posguerra del Pacífico, que va describiendo en el desarrollo de los capítulos, de esta manera expone los manejos de las diplomacias peruana y chilena, así a las primeras las movía un cierto idealismo al desenvolverse, mientras que a las segundas un realismo pragmático, lo primero que quedaba evidenciado con la esperanza de no renunciar, a toda costa, a la soberanía de Arica, no solo por el simbolismo del que resplandecía el imponente peñón, sino que además por sus compatriotas que habitaban en la ciudad que yace tendida a los pies del morro, que a diferencia de Tarapacá, existían en una cantidad relevante, que pesados en la balanza del idealismo dio el favor a la localidad más norteña, llevando a que el sello de *las cautivas* persistiera finalmente no en la ciudad tarapaqueña; por otro lado el realismo de la diplomacia chilena, la llevó a ceñirse a la literalidad de lo pactado en el tratado, por lo que siempre propendieron a la ejecución del plebiscito, hasta que aceptaron como la mejor medida, *la partija*, pero siempre luego de haber barajado otras opciones como la entrega de un corredor a Bolivia, para que el altiplánico país supere su mediterraneidad.

En este contexto político se da la denominada *Pax Castrense*, concepto fundamental en la obra y que perfecciona la idea original elaborada por el profesor PhD. Jorge Tapia Valdés, al complementarlo con la teoría de amigo-enemigo de Carl Schmitt. La *Pax Castrense* tiene cierta legitimidad jurídica, de tal manera que responde a un Estado de Derecho y al Derecho Internacional, pero es siempre transitoria, es excepcional, encajando con la concepción schmitteana del excepcionalismo, como fenómeno político no puede ser abarcado totalmente por el derecho, así de esta manera la población civil de ambos países que terminaron por entenderse como enemigos, producto de la agitación a la que fueron sometidos, ejecutaron actos de violencia, particularmente de persecución de los peruanos

que aun quedaban en las tierras en ese momento administradas por Chile, como de las agitaciones de la población y los ataques contra la autoridad chilena ejercitada por peruanos. Naturalmente, los actos de las ligas patrióticas chilenas fueron más eficaces que los de las agrupaciones plebiscitarias peruanas, ya que estas últimas tenían que cruzar fronteras. Esta situación de hostigamiento que ejercitaban las ligas patrióticas, resultó desfavorable para la diplomacia chilena, en cuanto a que la comisión de arbitraje estadounidense se inclinaba más en favor de Perú.

En suma la *Pax Castrense* es una situación fáctica entre dos naciones que están en paz, pero no amistad. Siempre existe una tensión y la posibilidad de que se agudice el conflicto, dando el paso de la política hacia la guerra, situación que nos recuerda a innumerables casos de la historia mundial, como la guerra fría, la paz armada o la situación en que se encuentran las coreas, en que existe una convivencia regida por normas obligatorias, pero que no logra impregnar a la población civil de la amistad que existe en un escenario normal, de relaciones internacionales, resaltando siempre este componente de conflicto social.

Este libro es un gran aporte al estudio de historia nacional (evidentemente regional también, está de más explicar por qué) puesto que se dedica a contar la historia posterior a los hechos que conforman una de las páginas más gloriosas de la historia de nuestra patria, y que es la Guerra del Pacífico, su relato complementa racionalmente todo lo que es resultado de las campañas de las tropas chilenas, perfeccionando la construcción de la memoria histórica de la nación, con estos sucesos poco tratados por otros historiadores.

Para la iushistoria es otro gran aporte, puesto que como bien sabemos la fuente material de la ley y que la empuja hacia su evolución, es el contexto político en que esta se dicta y/o se encuentra rigiendo, de tal manera que para el estudio histórico del derecho contemporáneo a la posguerra, trátase de investigación referente la legislación sobre la habitabilidad y convivencia en las salitreras, o sobre los reglamentos que regían a las fuerzas armadas apostadas en los territorios antes advenedizos, o quizás un estudio jurisprudencial de los procesos a los que hayan sido sometidos quienes cometieron delitos contra la persona o propiedad de los peruanos, será menester remitirse a esta obra.

Para el derecho internacional y las relaciones internacionales es otro gran aporte, ya que como bien sabemos la historia nos llama a aprender del pasado, y aplicar ello a las vivencias de la actualidad. Así esta obra da las lecciones de lo ocurrido en un conflicto diplomático, y qué conclusiones de esta se pueden aplicar en futuros conflictos. Este texto no solo es parte de la historia, puesto que como dice el autor en la misma primera frase del libro: hoy “la frontera norte nos jalona de las solapas...”, el hoy es mío, para ser enfático en la actualidad y vigencia del conflicto, que nos tiene sujetos a un proceso en la Corte Internacional de La Haya, en que arriesgamos un fragmento de lo ganado en la guerra, y afirmado por la partija.

Finalmente voy a decir que este libro, *La llave y el candado*, logra ser bastante entretenido (por lo menos para los aficionados a Clío, como yo) tanto por su estilo narrativo, como por los datos interesantes de los cuales desconocía y que expone. Para terminar, es un libro que realmente lo vale leerlo.

Elio Segovia Olave

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento* (Santiago, 2010), 315 páginas.

El trabajo desarrollado por el profesor Corral Talciani constituye, al igual que otras de sus grandes obras, otro esfuerzo por reunir, reelaborar y coordinar estudios que anteriormente ha desarrollado y que en esta ocasión, centra en el análisis de los contratos y del daño producto del incumplimiento. Esta obra obedece a la necesidad de ofrecer tanto al medio académico y profesional un tratado que abarca distintas temáticas sobre los contratos, abarcando aspectos de su desarrollo histórico y por el marco jurídico que está regulado en nuestro Código Civil y de cómo estos han sido víctimas de la modernidad, analizando aspectos relevantes como la formación electrónica en el Derecho civil chileno. De igual forma en la obra se recogen aspectos centrales del daño que produce el incumplimiento contractual, a través de la extensión del resarcimiento de los daños contractuales, en especial las reglas de la causalidad y de la previsibilidad del mismo.

De esta forma la obra del Dr. Corral Talciani viene a constituir un gran aporte en materia contractual y de daños por su incumplimiento, y tal como lo expresa el autor, la obra en comento puede dividirse en dos grandes partes: la primera que aborda temas del concepto de contratos en general; y una segunda en donde se abarcan aspectos del incumplimiento y sus consecuencias.

En la primera parte, el autor, abarca temas relevantes del Derecho de los contratos, específicamente a través del concepto de contrato y su evolución histórica, pasando desde el concepto de contrato en Roma y en el *Code Napoléon* hasta llegar a nuestro Código Civil chileno. Compartimos con el autor, la falta de claridad al momento de analizar los conceptos de contratos, en donde tener una misma visión y entendimiento jurídico sobre ciertos conceptos, es fundamental para que el sistema jurídico sea coherente en sí; sin embargo, tratándose de los contratos, este requisito no se ha cumplido. Es por ello que el autor analiza la expresión contrato y lo diferencia con la noción que persiste en países europeos, a excepción de Francia, en donde es coincidente con la que utiliza nuestro código.

En este mismo sentido el autor nos entrega otra de sus monografías relativas a los contratos, pero esta vez abordando el auge, caída y resurgimiento de la libertad contractual, cuestión que, en especial en lo relativo al resurgimiento, se detalla la gran cantidad de casos en donde la libertad contractual ha tomado gran importancia, viéndose robustecida su estructura con las nuevas figuras contractuales. De igual forma, se exponen los nuevos problemas que sufre la libertad contractual con la aparición de nuevas creaciones contractuales, como los contratos de *leasing*, *factoring* o *franchising*, entre otros, los cuales han debido ser regulados mediante legislación particular, lo que no compartimos como solución puesto que, tal como ocurre en Italia, puede llevar a una época de descodificación en el sentido de que el código no cumple su función de organizar el material jurídico disperso.

Es así, como se abordan otros problemas, entre los cuales revisten especial interés, los contratos de formación electrónica en el Derecho civil chileno, partiendo de la gran inseguridad que se observa en la formación del comercio electrónico, puesto que no existe una seguridad en la forma o contenido de un contrato electrónico. Igualmente expone sobre la dificultad que presentan los contratos informáticos, es decir, aquellos que versan sobre un bien o servicio de carácter informático, como los contratos de desarrollo de software, ventas de hardware, etc. No cabe duda de la enorme importancia que tiene esta materia en el mundo jurídico moderno, considerando que cada día, y a pesar de la inseguridad reinante, la contratación se expande precisamente mediante el mundo cibernético, al punto de existir incluso un sustituto de la firma manuscrita, denominada en el mundo cibernético firma electrónica, existiendo ley que la regula, incluso.

Finalmente, en esta primera parte el profesor Corral Talciani se detiene en un principio transversal en el Derecho como lo es el de la buena fe, analizando precisamente el concepto del artículo 1546 del Código Civil y su extensión contractual horizontal tanto a las tratativas precontractuales, a la celebración propiamente dicha del contrato, e incluso a los efectos postcontractuales. Es más, el autor extrapola el concepto de buena fe al ámbito de la responsabilidad aquiliana, como en el ejercicio de los derechos reales o personales, así también como en el desarrollo de un litigio o en los actos administrativos y en el Derecho laboral.

En la segunda parte de la obra se analiza, en primer término, la extensión del resarcimiento de los daños contractuales, en donde el incumplimiento contractual no solo permite aplicar soluciones como la ejecución forzada, sino que también soluciones por equivalencia y pago de los daños y perjuicios, estableciendo como premisa que no todo daño que sufre el acreedor con ocasión de un incumplimiento contractual comprometerá la responsabilidad del deudor. Al efecto expone los pormenores de la regla de la previsibilidad como criterio para medir los daños contractuales, la cual en síntesis establece los límites a la indemnización en cuanto al grado de reprochabilidad si actuó con dolo o culpa, además de la previsibilidad al tiempo del contrato. Luego analiza, la causalidad como alternativa a la solución de la previsibilidad, recogida la primera por el Derecho germánico.

En la misma línea, posteriormente analiza la resolución del contrato como instrumento de tutela del acreedor ante el incumplimiento contractual, analizando los supuestos o requisitos de la resolución.

Resulta interesante el capítulo 11 relativo a la resolución o revisión del contrato por la teoría de la imprevisión o la excesiva onerosidad sobreviniente, en donde recoge la disparidad de opiniones que existe en nuestra doctrina sobre la aplicación de la misma en el Derecho vigente, en donde unos la niegan, sin perjuicio de que se admita que mediante una reforma legislativa se incluya; otros en cambio la aceptan como una forma de ineficacia contractual. La jurisprudencia por su parte derechamente no ha acogido la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente, entregando una aplicación absoluta e irrestricta al artículo 1545 del Código Civil, salvo casos excepcionales.

Finalmente el autor analiza la cláusula penal en la resolución de un contrato. Interesante capítulo, puesto que analiza la posibilidad de sobrevivencia de la cláusula

penal por sobre la resolución contractual, la cual no empece a la primera, ello por cuanto según razona el autor, la cláusula penal es un contrato absolutamente diverso del contrato asegurado, cuestión que nos parece acertada.

Gonzalo Ramírez Águila

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, *Responsabilidad civil contractual de las agencias de viajes* (Santiago, 2010), 176 páginas.

Este libro constituye una gran novedad jurídica, por cuanto no existe en nuestra literatura jurídica ninguna otra obra que trate el problema de la responsabilidad civil que tienen las agencias de viajes, aun considerando que grandes son las dificultades que genera precisamente este tipo de relaciones jurídicas. No cabe duda que esta es una materia que reviste gran interés para miles de estudiantes que año a año realizan giras de estudio o para otra no despreciable cantidad de personas que compran paquetes turísticos con las agencias de viaje y que no en pocas oportunidades han visto como, por parte de estas agencias no existe un fiel y cabal cumplimiento de sus obligaciones contractuales, tratando de enterarse recién en aquel momento, que en nuestra legislación, no existe una normativa que regule el contrato de viaje combinado, ni menos sobre la responsabilidad de las agencias de viaje, por lo que la presente obra constituye una gran novedad al respecto.

La obra en comento está compuesta por tres capítulos a saber: el primero trata sobre el contrato de viaje combinado; el segundo sobre las partes del contrato y el tercer capítulo trata sobre la responsabilidad civil de las agencias de viajes. Sin embargo, y tal como lo indica el profesor Eduardo Court M., quien realiza el prólogo a la obra, en realidad son dos los temas que aborda el libro: por un lado, el contrato de viaje combinado y por otro, la responsabilidad contractual y precontractual a que puede dar origen a quienes lo pretendan celebrar o celebren definitivamente.

En la primera parte, el autor aborda diversos aspectos relativos al contrato de viaje combinado, exponiendo en primer término la nula regulación legal que existe en Chile al respecto, encontrando solo una en la Norma Chile Oficial NCh3068.Of2007 sobre requisitos de agencias de viajes, la cual, según concluye el autor, no tiene gran influencia en la regulación necesaria de este tipo de contratos. Con todo, observa que existen normas internacionales que sí se refieren al tema, tales como la *Convención de Bruselas* relativa al contrato de viaje, y la Directiva 90/314/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas.

Es igualmente interesante el alcance que realiza el autor en cuanto a la definición y objeto del contrato, el cual en una primera visión abarca el concepto de turístico, pero que realizando una mirada más jurídica y objetiva, descarta finalmente, puesto que no tiene como objeto único regular los denominados paquetes turísticos sino que también abarca otro tipo de viajes como los de estudios, negocios, etc., cuestión que me parece de suma importancia al momento de entregar un marco jurídico regulatorio al contrato de viaje combinado.

Con todo, y en lo relativo a la naturaleza jurídica de la reserva, el autor expone un conflicto al cual no entrega una solución concreta. En efecto, plantea el autor la problemática referente a que cabría calificar a la reserva como un contrato de promesa, en el entendido que proceden todos los requisitos del artículo 1554 del Código Civil, cuestión

que más adelante pone en entredicho, puesto que señala que el contrato de viaje combinado en Chile es consensual, dado que no existen normas especiales para su perfeccionamiento, sin perjuicio de la aplicación de la Ley 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, especialmente en lo relativo a los contratos por adhesión. De esta forma lanza una pregunta en cuanto a si puede calificarse esta reserva verdaderamente como un contrato de promesa? y al respecto distingue aquellos casos en que el contrato principal sería consensual, como el no regido por la Ley de Protección al Consumidor, a lo cual responde el autor que “el tema es discutido, pero la doctrina tiende a unificarse a que ello si es efectivo”. Al respecto discrepo del autor, por cuanto a que jamás podrá obviarse la norma perentoria del artículo 1551 N° 1 del Código Civil en cuanto a que la promesa debe ser por escrito, toda vez que la promesa es un contrato excepcional y que solo se admite en la medida que concurren los requisitos del mencionado artículo, de suerte que si falta uno de ellos, la promesa no produciría efectos como tal.

En la segunda parte de la obra, el autor, distingue claramente dos estadios de eventuales responsabilidades: una precontractual y una contractual propiamente tal.

En cuanto a la responsabilidad precontractual, el autor se expresa a favor de la postura que regula sus efectos mediante el sistema de responsabilidad extracontractual, no sin dejar en claro, por cierto es, que en doctrina se discute aun si a la responsabilidad precontractual le es aplicable el sistema de la responsabilidad contractual o extracontractual. Con todo, encuentra hechos generadores de responsabilidad precontractual en los folletos informativos, los cuales a la luz de las normas del Código de Comercio pueden generar este tipo de responsabilidad.

En este sentido el autor concluye acertadamente que mediante el acto de interpretación de las normas de la Ley de Protección al Consumidor, la cláusula de un contrato o de folleto informativo que contenga la facultad de la agencia de viajes de revisar el precio, vulnera la referida Ley de Protección al Consumidor, razón por la cual, pagado el precio, este no variará, a menos que explícitamente se pacte en el contrato.

En relación a la responsabilidad contractual por infracción del contrato de viaje combinado, el autor distingue con gran acierto las distintas etapas de ejecución del contrato, dividiendo el trabajo en el incumplimiento de la agencia de viajes, el incumplimiento por parte de los prestadores efectivos de servicios, la determinación del sujeto responsable, el deber de asistencia que pesa sobre la agencia de viajes respecto del consumidor y las posibles cargas que soporta el consumidor y en donde su incumplimiento pueden generar la excepción de contrato no cumplido para la agencia.

Finalmente, el autor se plantea una final pregunta en cuanto al sistema de responsabilidad aplicable al incumplimiento contractual, ante lo cual distingue si el contrato se encuentra amparado o no por la Ley de Protección al Consumidor, en cuyo caso, citando a Corral Talciani, será objetiva respecto de la prestación del nuevo servicio o devolución del proceso pagado, pero subjetiva para la indemnización de perjuicios proveniente del incumplimiento contractual. En relación a los contratos no regulados por Ley de Protección al Consumidor, serán claramente aplicables las reglas generales del sistema de responsabilidad subjetivo.

A modo de conclusión debemos señalar que este es la primera obra relativa a la responsabilidad civil contractual de las agencias de viajes, la cual nos advierte de la evidente falta de regulación legislativa, la cual plantea múltiples conflictos en un tema que no es de poca aplicación, ni de menos importancia.

Gonzalo Ramírez Águila

