

REVISTA DE
Derecho
Público 73

Recensiones

Recensiones

Ana María García Barzelatto

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Chile

Tratado de Derecho Constitucional

Tomo XIII

De los derechos y deberes constitucionales

Alejandro Silva Bascuñán

Editorial Jurídica de Chile

1ª edición 2010, 438 páginas.

El distinguido y apreciado catedrático, don Alejandro Silva Bascuñán, nos sorprende una vez más con un nuevo tomo de su notable *Tratado de Derecho Constitucional*.

La primera edición de este Tratado, publicado en tres volúmenes por Editorial Jurídica de Chile, el año 1963, tuvo una enorme acogida por los constitucionalistas; y durante las siguientes décadas del siglo XX fue un texto de obligada e indispensable consulta entre los cultores del derecho constitucional.

A comienzos de los años noventa, la literatura constitucional denotaba serios vacíos siendo evidente e inminente la necesidad de un estudio profundo y exhaustivo de la nueva Carta Política aprobada en 1980. Se hacía indispensable un estudio profundo de la nueva normativa a la luz no solo de su historia fidedigna, sino también en consideración al devenir del acontecer político nacional, a las tendencias constitucionales contemporáneas, las nuevas doctrinas y, sobre todo, en atención al vigoroso y creciente impulso de la jurisprudencia constitucional chilena y comparada.

En este contexto, resulta interesante destacar el trabajo notable y dedicado del autor y de su fiel colaboradora, María Pía Silva Gallinato, quienes durante los últimos quince años han perseverado imperturbablemente en la elaboración de los trece tomos que hoy componen la obra. En efecto, los cuatro primeros tomos de este tratado se publicaron en 1997, el quinto, sexto y séptimo vieron la luz el año 2000, y desde entonces, en forma ininterrumpida, se han publicado los tomos octavo (2002), noveno (2003), décimo (2004), decimoprimer (2006), decimosegundo (2008) y actual decimotercero (2010).

El estudio de los derechos y deberes constitucionales está contenido en los tomos XI, XII y XIII del Tratado. Sin embargo, considerando el ritmo de esta monumental obra, habrán de publicarse a lo menos dos nuevos volúmenes para completar el análisis de lo que resta de los derechos, además de las acciones constitucionales.

El tomo XIII, recientemente publicado y que hoy reseñamos, se divide en dos partes. La primera se destina al estudio de los siguientes derechos individuales: derechos de reunión, de petición y de asociación; la segunda parte estudia la libertad de trabajo y su protección, el derecho de sindicación, el derecho de acceso a funciones y empleos públicos, y el derecho a la seguridad social.

Con facilidad se avanza en la lectura de esta sólida y consistente obra, la cual desarrolla sistemáticamente la génesis, contenido y evolución de cada uno de los referidos derechos, su consagración en nuestra historia constitucional, conceptos, características, alcances, limitaciones, incluyendo las indispensables referencias a los tratados internacionales, al derecho comparado y, evidentemente, a la abundante y nutrida jurisprudencia constitucional, tanto de nuestros tribunales superiores de justicia como del Tribunal Constitucional chileno.

Los derechos más extensamente desarrollados en esta obra son el de asociación (pp. 49 a 200), y la libertad de trabajo y su protección (pp. 203 a 315). A continuación, nos detendremos particularmente en el derecho de asociación en atención a que su desarrollo comprende casi la cuarta parte de este tomo XIII de la obra.

Tres aspectos fundamentales se distinguen en el derecho de asociación, reconocido en el N° 15 del artículo 19 de la Carta Política, los que se analizan separadamente: a) el régimen general del derecho de asociación; b) el estatuto de los partidos políticos; y c) los límites del pluralismo político.

1. Régimen general del derecho de asociación:

Como es costumbre del autor en los tomos anteriores, el estudio del respectivo derecho es precedido por una mirada que comprende la evolución histórica de su regulación jurídica. Reconocido por primera vez en nuestro ordenamiento en 1874, el derecho de asociación es reiterado en la Ley Fundamental de 1925, para darle posteriormente un impulso vigoroso de orden sociológico en la Constitución de 1980, en cuanto en ella, a juicio del autor, se reconoce explícitamente que la comunidad “está integrada no solo por individuos, sino por un conjunto de personas, de familias y de grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”. En opinión de Silva Bascuñán, es así como queda superada la concepción individualista de la sociedad política, preocupada de desarrollar personalidades basadas en sus energías particulares, lo que “no puede ser en verdad más ajeno a la realidad del ser humano... que es un ser eminentemente social” (p. 51).

Además de la cita de numerosa jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, recuerda la distinción formulada por el Tribunal Constitucional (Rol 184-1994) entre el derecho de asociación y la libertad de asociación. Esta “libertad consiste precisamente en el poder de autodeterminarse en cuanto pertenecer o no, crear o no, una sociedad, asociación o grupo corporativo específico, vale decir, no ser coaccionado a integrarse a un determinado ente societario...” (p. 65). Destaca, en consecuencia, el autor que en el derecho de asociación se comprenden no solo la facultad de la persona para integrar cualquier tipo de organización sino la de no verse forzado a incorporarse a una asociación determinada e, incluso, de no participar en asociación alguna. Así el inciso tercero del N° 15, en estudio, dispone: “nadie puede ser obligado a pertenecer a un asociación”.

Si bien la libertad de asociación en los términos señalados es parte de derecho del asociación, ésta tiene de partida una limitación evidente respecto de los colegios profesionales, puesto que a la luz de la disposición constitucional no es posible exigir la colegiatura obligatoria para el ejercicio de una determinada profesión. Coincidimos con el autor en cuanto a las serias inconveniencias que esto conlleva, desde el punto de vista de la ética profesional y del control del ejercicio de determinadas profesiones. Se recuerda en la obra lo sostenido durante la génesis del anteproyecto constitucional para considerar una excepción al principio con la colegiación obligatoria en los colegios profesionales.

2. Estatuto de los partidos políticos:

En los capítulos referidos a los partidos políticos, el lector podrá encontrar una excelente y completa síntesis de la evolución de la situación jurídica de los partidos políticos en Chile que distingue cuatro etapas¹. La primera transcurre desde el comienzo de nuestra organización republicana hasta la promulgación de la Carta de 1925. La segunda abarca el período de vigencia de ésta, hasta la ruptura de la normalidad institucional el 11 de septiembre de 1973. La tercera se centra en las decisiones adoptadas por el gobierno militar hasta la promulgación de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.603 de partidos políticos y la cuarta se inicia con la referida ley y termina con la restitución de la democracia en 1990 (p.100).

Interesantes conclusiones y aportadoras reflexiones hace el autor respecto de la regulación jurídica actual de los partidos. Una de ellas es que, sin perjuicio de que en principio no es recomendable contemplar definiciones o categorías conceptuales en las Constituciones, considera necesario definir a nivel constitucional los partidos políticos, de modo de poder “distinguir su realidad de la de otros grupos que pueden tener analogías, semejanzas y aun expresar resistencia o emulaciones” (p. 177). La evolución de la democracia occidental ha puesto de relieve la importancia que han asumido los partidos en la conducción de la sociedad. Propone el autor incluir en la Ley Fundamental el siguiente precepto que defina explícitamente esta forma asociativa: “Los partidos políticos son asociaciones voluntarias de ciudadanos formadas con la finalidad de contribuir de manera democrática a la formación de la voluntad política del pueblo, intervenir en la generación del poder político e influir en su inspiración y conducción” (p. 178).

3. Límites del pluralismo político:

Finaliza el acápite de esta materia con el tratamiento de los límites al pluralismo político, último punto que contiene el N° 15 del artículo 19 en los incisos sexto, séptimo y octavo, que tienen por objeto garantizar el pluralismo político y la defensa del régimen democrático. Incluye un capítulo que recuerda las normas que limitaron el pluralismo político durante la Carta de 1925² y el derogado artículo 8° de la Carta de 1980, destacando las atribuciones que corresponde a este respecto al Tribunal Constitucional. Más bien contrario a estas limitaciones, el autor hace presente que los nuevos preceptos y disposiciones restrictivas del pluralismo no han tenido aplicación, lo que hace pensar que pareciera que “en una democracia sólida, en la que libremente se expresen las inquietudes sociales y políticas, en la que los órganos públicos funciones adecuadamente y en la que exista una dirección política firme y decidida, se ha de encontrar la adhesión y lealtad ciudadana suficiente como para protegerse de aquellos que quieran destruirla” (p. 200).

Sin duda este nuevo tomo del Tratado de Derecho Constitucional ha venido a enriquecer nuestra literatura constitucional y es un aporte indiscutido para especialistas, abogados, jueces y estudiantes que necesiten profundizar en el estudio de los derechos fundamentales.

¹ El análisis de los partidos políticos desde el punto de vista histórico y doctrinario se encuentra en los tomos II (pp. 64 a 100) y III (pp. 377 a 395) de este Tratado.

² Al respecto, el DL N° 50 de 1932 dictado durante la llamada República Socialista; la Ley N° 6.026 de 1937 dictada durante el segundo gobierno de Arturo Alessandri Palma; la Ley N° 8.987 llama de Defensa de la Democracia, bajo la presidencia de Gabriel González Videla y el primitivo artículo 8° de la Constitución de 1980.

Enrique Navarro Beltrán

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Chile
Director Departamento de Derecho Público

Los Recursos Procesales

Mario Mosquera Ruiz y Cristián Maturana Miquel.
Editorial Jurídica de Chile (2010); 613 páginas

1. El oficio de pedagogo

Los autores, Mario Mosquera Ruiz (recientemente fallecido) y Cristián Maturana Miquel, constituyen –sin duda alguna– dos de los más grandes procesalistas chilenos del último medio siglo.

Se trata de un diálogo y retroalimentación recíproca entre el maestro y el discípulo, hoy también maestro.

Por lo demás, la enseñanza desde tiempos de Sócrates y Alcibíades simboliza muy bien la encarnación entre madurez y juventud.

La vida, dice Ortega, objetivamente necesita de la madurez y, por tanto, la juventud también la necesita.

Y es que, como nos lo recuerda Cicerón, ¿qué mayor gloria para la vejez que verse rodeada de la juventud estudiosa? De allí que el maestro debe estar en contacto con las nuevas generaciones.

Nada más importante que un buen pedagogo y maestro. Por ello, resalta nuestra Gabriela Mistral, esencial es el estudio y perfeccionamiento, a la vez que el cuidado ejercicio de los oficios.

Y es que el asiento geológico de nuestros males se vincula a “los oficios y las profesiones descuidadamente servidos”. Por ello, que el estudio y perfeccionamiento, a la vez que el cuidado y probo ejercicio de los oficios, resulta fundamental.

Así, “el abogado defensor de pleitos turbios suele pensar que su honorabilidad personal sufre poco o nada de sus defensas deshonestas; el médico torpe, por descuido en sus curaciones, duerme, come y vive tranquilamente, encima de su degradación profesional; el pedagogo que se consiente didáctico del 1800, estima que el no informarse y el sestear sobre pedagogía relevada, no tiene gran cosa que hacer con su probidad”.

Por eso para nuestra poetisa la primera condición para que el oficio sea amado es que “no nos sea impuesto”. Llegando a sostener, en un escrito de 1927, que “solamente Dios es asunto más trascendente para el hombre que su oficio”. De este modo, concluye, no puede calificarse a la persona alejada de su profesión.

Eso de que fulano es mal profesional pero excelente persona no cabe, afirma, puesto que “no hay probidad que pueda quedarse afuera del oficio”. Y es que —concluye nuestra poetisa— *“quien cojee en su profesión, cámbiela, sencillamente, pero hínquese en otra donde pueda alcanzar el último tramo y ser probo, partiendo de su oficio como de un centro”*.

En este caso se trata, además, de dos formadores de largas generaciones de abogados, habiendo constituido una verdadera escuela de procesalistas chilenos, con el sello de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Para ser un buen pedagogo además se debe estar muy atento a los nuevos acontecimientos, particularmente en un área tan evolutiva como es el Derecho Procesal. Puesto que enseñar es, ante todo y sobre todo aprender, como lo recuerda Miguel de Unamuno en su Última Lección.

2. La obra sobre los recursos procesales

Su origen más remoto podemos encontrarla en las ya clásicas separatas o apuntes de clases de los autores, que hoy no sólo circulan por todas las Facultades de Derecho sino que pueden encontrarse hasta en el espacio cibernético.

La obra aborda con gran minuciosidad y detalle los principales recursos procesales regulados en nuestra legislación positiva. Así, se incluye a los de aclaración, reposición, apelación, hecho, casación, queja, de nulidad y revisión, además de las acciones constitucionales, lo que es ciertamente una novedad en nuestra literatura.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho también tiene su manifestación en esta materia procesal. Por ejemplo, fundamental resulta la discusión acerca de la procedencia de la casación por infracción a la Constitución Política de la República. Del mismo modo, la nulidad penal por infracción a garantías constitucionales, dentro de las cuales tienen un especial lugar las relativas al debido proceso.

3. El recurso de protección

Sabido es que el antecedente histórico de esta acción se remonta a las facultades protectoras de los tribunales de justicia y que tuvieron hasta 1874. Posteriormente, y por casi un siglo, el único mecanismo tutelar constitucional en nuestro país lo constituirá el hábeas corpus.

En Hispanoamérica también puede citarse el amparo mexicano, de mediados del siglo XIX, que hoy día se extiende bajo diversas modalidades en toda la región. O el mandado de seguridad, en Brasil.

Se trata de que existan mecanismos que garanticen efectivamente los derechos, evitando que éstos solo sean meras declaraciones.

En efecto, tal como lo recuerda el Acta Constitucional que establece la protección, “por muy perfecta que sea una declaración de derechos éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección”.

Como nos lo recuerda Calamandrei, todas las declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen medios jurídicos procesales que aseguren su eficacia real. De allí que hoy se hable incluso del Derecho Procesal Constitucional.

En estos 32 años transcurridos el incremento de las acciones ha sido ciertamente notable. De unas pocas decenas –a fines de los setenta– a más de 7.000 en la actualidad y que se refieren a diversas situaciones vinculadas a bienes jurídicos tan importantes como la vida, la igualdad, la privacidad, la libertad, la asociación y la propiedad.

La obra pormenoriza la tramitación de esta acción cautelar que se encuentra consagrada en la Carta Fundamental y cuyo procedimiento se contiene aún en un Auto Acordado dictado al efecto por la Corte Suprema, en mandato del Acta Constitucional de 1976, modificado el año 2006.

Sobre este punto, los autores dan cuenta de las principales decisiones procesales dictadas por los tribunales superiores en la última década.

4. El recurso de amparo

La acción de habeas corpus se encuentra regulada en la propia Carta Fundamental en el artículo 21.

El punto principal, como lo señalan los autores, es que la materia no está regulada en un cuerpo legal, sino que en un auto acordado de 1932 y en las antiguas disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

El Código Procesal Penal solo aludió al amparo ante el juez de garantía puesto que entendió que debía dictarse una normativa especial que regulara el amparo, lo que tampoco ha sucedido hasta esta fecha.

5. El recurso de amparo económico

Esta acción se encuentra establecida y regulada en el artículo único de la ley 18.971.

En los últimos años se han presentado dos aspectos relevantes.

Lo primero relativo al alcance de la misma, si es solo por el inciso segundo del artículo 19 N° 21 constitucional, esto es, referido a la normativa del Estado empresario (tesis histórica) o si procede también por el inciso primero, que alude a la libertad económica y a sus límites (tesis literal).

Del mismo modo, a partir del año 2002 se ha venido sosteniendo por la Sala Constitucional (aunque no de forma unánime) que se trata de una acción meramente declarativa, razón por la cual no cabría adoptar medidas para restablecer el imperio del derecho.

Un punto procesal de particular interés es que la ley alude a que la tramitación se efectuará de acuerdo a la normativa del amparo y esta última, como se ha dicho, es bastante precaria.

6. Acción de inaplicabilidad

Sin duda que un aspecto que ha influido de manera sustancial en el fortalecimiento del Derecho Procesal Constitucional, como se señala en la obra, ha sido el establecimiento de una nueva justicia constitucional, a la que los autores dedican cerca de cien páginas.

Los Tribunales Constitucionales surgen en Europa, en 1920, creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen. A partir de esa fecha, y en particular después de la segunda guerra, se expanden por el continente: Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958) y España (1978), por mencionar algunos.

En Hispanoamérica también se establecen, siguiendo el modelo español. Hoy además se aprecia su presencia en la Europa oriental y Asia. Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

Por su parte, en Estados Unidos, ha sido la Corte Suprema desde el siglo XIX la que ha velado por la supremacía constitucional. Recuérdese la afirmación del Juez Marshall, en 1803, en cuanto a que “La ley contraria a la Constitución es nula”, de modo que “los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento”.

Como señalara el ex Presidente Frei Montalva, con motivo de la reforma de 1970: *“Todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política”*.

Sin embargo, su necesidad institucional puede encontrarse en las palabras pronunciadas por el ex Presidente Balmaceda, el 20 de abril de 1891, cuando Kelsen sólo tenía 10 años, desencadenada ya la cruenta guerra civil, al exhortar que *“sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y forma que la Constitución establezca”*.

Sabido es que la reforma constitucional de 2005 otorgó al Tribunal Constitucional el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Así, no sólo le corresponde velar por el control preventivo de las leyes, ya sea obligatorio (tratándose de las leyes orgánicas e interpretativas) o facultativo (en caso de requerimiento por parte de parlamentarios durante la tramitación de las leyes), sino también el a posteriori.

De este modo, las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad han sido trasladadas desde la Corte Suprema (que las retuvo durante 80 años) al Tribunal Constitucional. Aunque no se trata de una acción similar a la anterior, desde que ahora se acciona en relación a la aplicación de un precepto legal que resulte contrario a la Constitución, como lo indica el artículo 93 N° 6 de la misma. Como puede observarse, las condiciones fácticas resultan, por ende, fundamentales al momento de resolver la acción de inaplicabilidad.

Para dimensionar la expansión de esta acción constitucional, debe tenerse presente que en los cinco primeros años de funcionamiento del nuevo Tribunal Constitucional ingresaron cerca de un millar y medio de presentaciones.

Incluso en dicho período se han declarado cuatro inconstitucionalidades, referidas a los artículos 116 del Código Tributario (delegación de la jurisdicción a través de una norma infralegal), 171 del Código Sanitario (consignación previa para reclamar sanción sanitaria), 595 del Código Orgánico de Tribunales (gratuidad del turno de los abogados) y 38 ter de la Ley de Isapres (facultades de la Superintendencia de Salud respecto de las tablas de factores por edad y sexo de los contratos de salud previsional).

Debe destacarse la actualizada jurisprudencia que se incluye en el presente libro, conteniendo recientes decisiones de las Salas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Pleno acerca de esta materia, modificada hace solo pocos años por la reforma constitucional de 2005 y por la legislación adecuatoria procesal promulgada hace un año.

7. Comentarios finales

La obra que reseñamos viene a llenar un importante vacío en la materia, habida consideración de las innumerables reformas constitucionales y legales experimentadas en los últimos 30 años en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente después de la Constitución Política de 1980.

Sin duda se transformará en un clásico jurídico, obra obligatoria para todo buen abogado, juez y académico.

Ya decía don Andrés Bello, en su discurso inaugural en 1843, que la cultura universitaria se sustenta en “los buenos maestros, los buenos libros y la buena dirección de la enseñanza”.

Los profesores Mosquera y Maturana conjugan dichas condiciones al ser grandes maestros y pedagogos y ahora, con esta obra, parte de sus enseñanzas pueden ser conocidas por quienes no tuvieron la oportunidad y el privilegio de haber sido sus alumnos.

José Ignacio Vásquez Márquez
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Chile

Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009

Bernardino Bravo Lira
Abeledo Perrot, Santiago, 2010, 414 páginas.

Una reflexión histórica sobre el constitucionalismo y el Estado en Hispanoamérica

El presente año, en el cual se celebra el Bicentenario de nuestra Independencia nacional y el establecimiento de la República, el destacado historiador Bernardino Bravo Lira ha sido galardonado con el Premio Nacional de Historia y nos sorprende con un apropiado y oportuno fruto sobre la historia del Estado en Iberoamérica, titulado “**Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009**”. El Estado es analizado desde el punto de vista de su Constitución, formal e histórica, de su pasado y presente, y lo más interesante es que constituye un ingente esfuerzo de sistematización de realidades nacionales diversas.

La obra que comentamos es la última cosecha de un largo y perseverante cultivo del catedrático de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile desde hace más de 40 años, así como miembro de número de la Academia Chilena de la Historia, basado en la investigación historiográfica de tópicos tales como, el derecho, la justicia, las instituciones políticas de nuestro mundo hispanoamericano, el Estado, el Presidente de la República, la Judicatura, la codificación, el constitucionalismo y la protección de las personas, incursionando también en la biografía de polémicos políticos de nuestra historia patria.

Desde su consagración como historiador con la publicación de “*Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile 1924-1973*”, a fines de los años setenta, continuando con “*Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*”, de 1986, “*El Estado de derecho en la Historia de Chile: por la razón o la fuerza*”, en 1996, “*El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico (siglos XVI a XX)*”, 2006, para recordar solo algunos hitos, Bravo Lira ha venido investigando y publicando numerosas obras que en perspectiva constituyen una auténtica anatomía y genealogía de la estructura política y jurídica del fenómeno moderno del Estado en la versión mestiza del Nuevo Mundo.

Bernardino Bravo nos entrega en esta oportunidad una investigación cuyo objeto va más allá de la historia institucional, pues incursiona con una discutible tesis en la historia constitucional de América. Advierte el autor, que esta obra viene a ser el marco de referencia de otra anterior del mismo, titulada: “*El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal Europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*”, publicada en México en 1992. Observamos también que

la nueva obra sirve a aquél para rectificar y precisar ideas y conceptos anteriores, entre los cuales es posible destacar, uno fundamental en la línea de su investigación, como es el de calificar de simple *reconstitución* a la forma moderna del Estado Constitucional, creada a partir de una norma fundamental escrita, la constitución racional normativa, inspirada en el movimiento constitucionalista posrevolucionario, emanada de un poder constituyente determinado y originario, en un intento por modelar y dar nueva forma política a las nacientes repúblicas; es decir, intentos de reconstrucción de las unidades políticas independizadas de su matriz peninsular.

El autor dirá que esta nueva obra es de carácter más general, pues abarca desde los inicios de la conquista hasta la actualidad, un panorama de casi quinientos años, a diferencia de la anteriormente citada, que solo se detiene a analizar los últimos dos siglos de vida independiente de los pueblos hispanoamericanos bajo la forma del Estado Constitucional. Se puede decir que la primera es la historia de larga duración, *longue durée*, en la categoría historiográfica de Fernand Braudel-, y en la que es posible percibir la elaboración de la teoría propia de Bravo Lira, la visión de conjunto con todo su arsenal conceptual desarrollado durante más de cuatro décadas de docencia e investigación, una perspectiva novedosa de la historia política y constitucional de Chile y nuestra América, con conceptos propios y adoptados, mas no exentos de dudas y polémicas.

La obra "*Constitución y Reconstitución*" lleva por subtítulo "*Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009*", constituyendo un esfuerzo -ciertamente logrado-, por identificar y conceptualizar distintas etapas y formas del desarrollo político e institucional del Nuevo Mundo, especialmente del Estado, es decir, de aquel fenómeno político moderno que Carl Schmitt calificaba como "*la máxima realización del racionalismo europeo*". Pero, la obra de Bravo Lira no es una historia del Estado desde la perspectiva de su desarrollo simplemente cronológico, estructurada sobre la narración de hechos y situaciones que se suceden a lo largo de quinientos años, desde la conquista hasta nuestros días. Precisamente, el planteamiento general de la obra permite aunar dos disciplinas distintas, la historia y el derecho constitucional, pues, el elemento estructurante del Estado contemporáneo será la Constitución, escrita o no. Esta relación complementaria entre dos disciplinas, este diálogo que establece el autor entre hechos históricos y hechos institucionales, fructifica en una obra singular, que aporta conceptos, clasificaciones, teorías, y termina construyendo una novedosa visión del Estado y del constitucionalismo hispanoamericano.

Los términos *constitución* y *reconstitución*, del título, son utilizados para un juego simbólico de palabras, pero, por sobre todo, de contenidos y contrastes entre esquemas políticos. No es una obra neutra, sino polémica y de aguda crítica al Estado de derecho en su versión liberal y, especialmente, latinoamericana, nacida hace ya 200 años; diremos que es una labor de *destrucción* del actual sistema político y constitucional, sobre la base de una visión conservadora.

Con un dejo de romanticismo, aunque sin la prosa retórica e idealista del hispanismo de Jaime Eyzaguirre, nuestro comentado historiador, más allá de dar una fisonomía histórica, con método y sistematización contrasta el antiguo régimen hispano-indiano con el nuevo Estado nacido hace ya 200 años, que corresponde a un ideal transplantado desde el Viejo Mundo, sus instituciones políticas y sistemas de garantías de las personas. Y aun cuando nuestro comentado autor no denuncia declamatoriamente una *Hispanoamérica del dolor*, sí nos muestra de manera documentada una América Latina en permanente y casi endémica inestabilidad política producto del mal gobierno, democrático

o autoritario, civil o militar, republicano o caudillesco. Pero, por sobre todo, una eterna crisis que sería consecuencia de la adopción por parte de la veintena de nuevas Repúblicas, del modelo del Estado de Derecho, intentado a través de la dictación del increíble número de 240 constituciones –el ejercicio permanente de un empirismo que no acaba por consolidar aquel ideal político–, leyes, estatutos o bases organizativas de naturaleza constitucional, todo lo cual se ilustra a cabalidad en detallados cuadros sinópticos, distinguiendo tres etapas diferentes.

Para Bernardino Bravo, siguiendo el pensamiento de Andrés Bello y de Diego Portales, el error y causa de ese mal se encontraría entonces, en una Constitución escrita que consagra nominalmente los principios de la separación de poderes y del reconocimiento de los derechos individuales y, agregaríamos, el ejercicio de la soberanía o del poder por medio de la voluntad del pueblo. Expresa además, que en la práctica los derechos subjetivos no son debidamente garantizados a pesar de todas las declaraciones humanitarias que se acuerden. En cambio, la consuetudinaria constitución hispánica, la del Estado jurisdiccional premoderno, propio de los regímenes monárquicos estamentales, o como prefiere denominarla aquél, la “*Constitución Histórica*”, habría sido eficazmente protectora de las personas, respetuosa de las diferencias, con unas instituciones de poder limitadas y regidas por un derecho común.

En relación a lo anterior, cabe preguntar si el sistema político indiano no era también la reproducción de un modelo de “*rancia stirpe europea*”, como lo expresa el propio autor; más aún, no es acaso el estatalismo un producto del Viejo Mundo que terminará concibiendo inevitablemente, por una parte el Estado Constitucional, y por otra parte, el sistema capitalista, sirviendo además, de eficaz vehículo para la formación del llamado moderno sistema mundo (Immanuel Wallerstein), expresión de un proceso uniformador y de occidentalización del globo, tanto en términos políticos como económicos.

En fin, para Bravo Lira, la mejor suerte del sistema político de los Estados constitucionales hispanoamericanos pasaría por un retorno a la vigencia de esa “*Constitución Histórica*” o como diría don Andrés Bello, un pulimento recíproco de las constituciones reales e ideales, que representan dos países diferentes, el país real y el legal. Pero, claro está que ello es un juicio que excede al del historiador y al cual habría que responder, que la realidad social y cultural actual no es aquella de los siglos XVII o XVIII, del mismo modo como cuando se contrastan la democracia directa de las polis de la Grecia clásica con el gobierno representativo moderno de las sociedades de masas. Asimismo, respecto del régimen de protección de las personas, con todos los déficits de garantías que pueden presentar nuestros sistemas jurídicos, bastaría con señalar que el respeto al principio de igualdad no guarda relación con el trato similar que predominaría en sociedades agrarias estamentales premodernas y, en fin, recordar las importantes diferencias que existían entre peninsulares, criollos e indios, basadas en privilegios o estatutos de desigualdad. Desde una mirada del constitucionalismo actual, agreguemos a lo anterior que también son diversas la forma del Estado constitucional de derecho de los siglos XIX y parte del XX –formal expresión del positivismo jurídico formal–, con la tendencia contemporánea de lo que podríamos denominar como *Estado constitucional de derechos*, en clara alusión a la preocupación por la servicialidad y garantía de los derechos de las personas, fundado en la libertad y la igualdad de las personas.

Independientemente del juicio y de los prejuicios que puedan suscitar las afirmaciones y conclusiones de esta investigación histórica, es preciso reconocer que ella constituye una completa y valiosa contri-

bución al estudio de las ideas, de plena actualidad en el contexto del Bicentenario de nuestra América, enriquecedora del debate científico, ofreciéndonos por primera vez un panorama completo del pasado y presente de los Estados hispanoamericanos, sus estadistas, dictadores y constituciones.

El valor de la obra de Bernardino Bravo radica en el acercamiento que establece entre Historia y Constitución. Se preguntaba el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, con el fin de encontrar una respuesta metodológica que sirviera de base para teorías constitucionales abiertas al futuro, si *“¿puede nuestro tiempo ser el de la unión constructiva de la historia y el derecho constitucional?”*. En su respuesta, afirma lo siguiente: *“La ‘historia’ constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro”* (Historia y Constitución, Trotta, 2005). Resulta interesante la tradición de constitucionalistas italianos como Maurizio Fioravanti (*“Constitución. De la antigüedad a nuestros días”*, Trotta, 2001), o Nicola Mateucci (*“Organización del Poder y la Libertad. Historia del constitucionalismo moderno”*, Trotta, 1998), que han incursionado en este ámbito especial de la historiografía y que permite desentrañar las raíces del constitucionalismo moderno.

La obra de Bernardino Bravo es en cierto modo ejemplo de lo formulado por Zagrebelsky y nos permite concluir que la perspectiva histórica –libre de historicismo– puede ofrecer instrumentos de análisis y otorgar sentido al derecho constitucional, estableciendo una relación complementaria entre ambas disciplinas, sin que ella pueda sustituir el desarrollo autónomo de la teoría constitucional por parte de sus cultores y especialistas.

Finalmente, es conveniente tener presente en el desarrollo de esta disciplina colaboradora del derecho y la teoría constitucional, considerar aquella postura que manifestaba Max Weber, sobre el neutralismo axiológico que debe asumir todo investigador en el ejercicio de toda ciencia y que bien lo traduce Zagrebelsky al expresar *“En el gusto por las simetrías, se podría concluir así. La constitución de la Revolución miraba solamente hacia delante. La constitución de la Conservación miraba solamente hacia atrás. Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvar o enriquecer”*.

Francisco Zúñiga Urbina

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Chile.

Protección Constitucional de Derechos Fundamentales

(La experiencia de Ecuador y sus perspectivas). Comentario a una visita y al libro “Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional” de Patricio Pazmiño Freire, Presidente Corte Constitucional de Ecuador

1. Preámbulo. La visita a Chile del presidente de la Corte Constitucional de Ecuador, y sus conferencias el 27 de noviembre de 2010 en el ex Congreso Nacional, Salón Presidentes, sobre “protección de derechos fundamentales” organizada por ALDHU y el Instituto Igualdad y el 28 de noviembre del mismo año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, acerca del nuevo constitucionalismo en América Latina, organizada por el departamento de Derecho Público, permite aquilatar el alcance del libro que a continuación recensionamos: subyace teórica y metateóricamente al libro y sus conferencias el “neoconstitucionalismo” en su versión más radical, compatible además con un reconocido o asumido naturalmente activismo judicial de “izquierdas”.

2. El Autor. Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional de Ecuador, es doctor en jurisprudencia por la Universidad Central y master en ciencias sociales de Flacso, doctorando en derecho de la Universidad de Valencia y en su formación se da claramente el influjo del neoconstitucionalismo en su versión latinoamericana que denominamos nuevo constitucionalismo, que se reconoce en la herencia del constitucionalismo democrático y social del siglo XX, pero se proyecta en las constituciones del nuevo siglo en nuestro continente al sur del río Grande: la de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, y las de Ecuador y Bolivia de 2008; constituciones que son fruto de profundas crisis institucionales, crisis del sistema de partidos, surgimiento de nuevos liderazgos políticos progresistas, y como tales cartas políticas fruto de asambleas constituyentes, que en una inusual mixtura ejercen la potestad constituyente y poderes constituidos, y por ende, se trata de cartas de una inobjetable legitimidad democrática y social sin precedentes.

Las constituciones del nuevo constitucionalismo, están aquejadas de una notoria “grafomanía constitucional”, son textos extraordinariamente desarrollados (444 artículos, más un apartado de disposiciones transitorias, cada uno de ellos de densidad normativa, en el caso de Ecuador), con vertimiento de verdaderos programas político-sociales, y un generoso catálogo de derechos civiles, políticos, sociales y derechos de nuevo cuño por una parte y de un plexo de normas de principio, todas conectadas a los programas reseñados.

Asimismo, estas constituciones son programas o metas de políticas de largo plazo, fijadas para el Estado, sus recursos naturales, medio ambiente y pueblos originarios.

Finalmente, estas constituciones consagran un Estado de Poder Ejecutivo fuerte, conservan el presidencialismo como régimen político y tipo de gobierno, racionalizan el Congreso o Asamblea Nacional, y la Judicatura, y se abren a nuevas técnicas e instituciones de participación social y política, incluso de democracia directa y semidirecta.

3. El Libro. Pazmiño Freire en el libro “Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional”, reúne un conjunto de trabajos de su autoría que tienen como hilo conductor intentar responder la pregunta ¿puede el derecho ser emancipatorio?, y esa respuesta lo sitúa en las coordenadas del neoconstitucionalismo en su versión más radical, que propone la necesidad de una “ruptura epistemológica” con el positivismo tradicional y el legiscentrismo. En ese sentido el capítulo VI del libro titulado: “Debate urgente para una democracia emergente. Dialogando con el neopositivismo”, es el más logrado, en la medida que se hace cargo de la crítica de un autor muy sugerente como el iusfilósofo español J. A. García Amado, extraordinario crítico del neoconstitucionalismo.

4. La Constitución de Ecuador de 2008. Este es un lugar adecuado para dar cuenta de una sinopsis de la Constitución de Ecuador, y sus innovaciones en materia de derechos y normas de principio; que no difieren sustancialmente de la Constitución de 1998, aunque la nueva Carta le confiere un plazo (360 días) a los poderes públicos para dictar las principales leyes de desarrollo, plazo que se está cumpliendo en el presente, y de la mano de un nuevo liderazgo no tradicional se le impone itinerario constitucional.

La nueva Constitución en su contenido, que reseñamos sucintamente, es un buen botón de muestra del nuevo constitucionalismo, en su versión más radical, y coherente con la propuesta metodológica y teórica del libro de Pazmiño Freire. Así en el título I Elementos constitutivos del Estado, capítulo primero “principios fundamentales” consigna una definición básica del constituyente de Montecristi: “Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...” (artículo 1º). Consecuencialmente es menester hacer una breve ojeada al contenido normativo de la Constitución:

4.1. El artículo 3º de la Constitución de la República del Ecuador establece como deber del Estado garantizar sin discriminación el goce efectivo de derechos de la Constitución y de instrumentos internacionales.

4.2. El artículo 10 y 11, Título II, Derechos, reitera como fuente de derechos humanos, a la Constitución e instrumentos internacionales y consigna los principios que rigen los derechos: derechos individuales y colectivos, igualdad-no discriminación, discriminación compensatoria o acción afirmativa, vinculación directa de poderes públicos, principio *favor libertatis*, principio de progresividad, principio de expansividad, entre otros. A continuación, la Constitución ecuatoriana de 2008 plasma un ambicioso e hiperdesarrollado: *bill of rights*: derechos del buen vivir (agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, habitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social); derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños y adolescentes, discapacitados, enfermos catastróficos, personas privadas de libertad, usuarios y consumidores); derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; derechos de la naturaleza y derechos de protección.

4.3. Derechos y Estado de Bienestar. El nuevo constitucionalismo se hace cargo de la crisis financiera del *Welfare State* o Estado Providencia. En consecuencia al verter un plexo de derechos y un programa de reformas se busca responder radicalmente a la pregunta: ¿qué hacer en América Latina? Asociado a ello está el catálogo de derechos sociales y nuevos derechos ante un nuevo modelo de Estado, que ya no es el estado social de post guerra.

4.4. El Título IV de la Constitución, parte orgánica, consagra un régimen presidencialista (capítulo tercero, sección primera) con una Administración estatal coherente a dicho diseño (artículo 141 a 155).

4.5. En Título IV, capítulo tercero, sección segunda, se constituyen unos Consejos Nacionales de Igualdad, encargados de asegurar los derechos de la Constitución e instrumentos internacionales a través de las políticas públicas que se ejecuten; análogos a los Consejos económicos y sociales (CES) en su integración paritaria (Estado-sociedad civil).

4.6. Congruente con el modelo de Estado y deberes de éste (artículo 1º y 3º del Título I sobre elementos constitutivos del Estado), en el Título VI se establece el régimen de desarrollo (artículos 275 a 339) que comprende: principios generales, planificación del desarrollo, soberanía alimentaria, soberanía económica (sistema económico y política económica, política fiscal, endeudamiento público, presupuesto general, régimen tributario, política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera, política comercial y sistema financiero), sectores estratégicos, servicios y empresas del Estado; trabajo y producción (organización de producción, tipos de propiedad, formas de trabajo y retribución, democratización de factores de producción, intercambios económicos y comercio justo, ahorro e inversión).

4.7. El Título VII sobre Régimen del buen vivir, consagra reglas acerca de inclusión y equidad (educación, salud, seguridad social, habitat y vivienda, cultura, cultura física y tiempo libre, comunicación social, ciencia y tecnología, gestión del riesgo, población y movilidad humana, seguridad humana y transporte), biodiversidad y recursos naturales (naturaleza y ambiente, biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas, recursos naturales, suelo, agua, biosfera, ecología urbana y energías alternativas).

4.8. La Constitución fija un catálogo o carta de derechos y organiza el Estado en función de un “régimen de desarrollo” y “régimen de buen vivir” distinto al capitalismo y economía de mercado.

5. Nuevo Derecho Procesal Constitucional en Ecuador (Título III, Capítulo tercero). La Constitución hiperdesarrollada en su contenido normativo, sienta las bases jurídico-positivas de un derecho procesal constitucional vigoroso. A título ejemplar la Constitución consigna:

5.1. En la Sección primera (arts. 86-87) la Constitución fija las disposiciones comunes que vinculan a tribunales y al proceso en la protección de derechos en perspectiva garantista.

5.2. La Sección segunda consagra la acción de protección (artículo 88), una vía del proceso de amparo general.

5.3. La Sección tercera consagra la acción de *habeas corpus* (artículo 89).

5.4. La Sección cuarta consagra la acción de acceso a la información pública (artículo 91).

- 5.5. La Sección quinta consagra la acción de *hábeas data* (artículo 92).
- 5.6. La Sección sexta consagra la acción de incumplimiento (artículo 93).
- 5.7. Finalmente, la Sección séptima consagra la acción extraordinaria de protección (artículo 94): contra sentencias y autos definitivos que vulneren por acción u omisión derechos fundamentales, para ante la Corte Constitucional de Ecuador.
- 5.8. Lo anterior permite construir un nuevo derecho procesal constitucional, en que los extremos: acciones, proceso de amparo ordinario y extraordinario, y tribunales y Corte Constitucional están previstos y desarrollados en la Constitución.
- 5.9. Consecuencialmente, el Título IX, Supremacía de la Constitución, fija en su Capítulo primero los “principios” (artículos 424 a 428): supremacía, jerarquía, competencia y vinculación al Derecho de la Constitución de los jueces vía cuestión de inconstitucionalidad y organiza su Judicatura.

6. Corte Constitucional. Para concluir se hace necesario referirnos sumariamente al Título IX, capítulo segundo, que estatuye la Corte Constitucional de Ecuador y al sistema de garantías institucionales de derechos del Título IV:

6.1. El Título IX, capítulo segundo, regula la Corte Constitucional (artículos 429 a 440) del modo siguiente: es tribunal supremo de constitucionalidad (control e interpretación de la Constitución), autónomo y no responsable constitucionalmente vía *impeachment*, aunque sometido a controles político-institucionales y sociales; y compuesto de 9 miembros. La Corte Constitucional es un tribunal de competencia tasada (artículo 436); control abstracto y amparo extraordinario (artículo 437) con legitimidad procesal abierta. Además, ejerce un control preventivo de tratados, consultas populares y objeciones de inconstitucionalidad.

6.2. A su vez el Título IV sobre participación y organización del poder, regula en su Capítulo cuarto, sección primera a octava, lo atingente directamente a la Judicatura bajo la fórmula “Función Judicial y Justicia Indígena” (artículo 167 a 190). En la sección tercera se consagran los principios de la función judicial estableciéndose la sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos y a la ley.

6.3. En el mismo Título IV, Capítulo cuarto, sección novena, se regula la Defensoría Pública y en sección décima la Fiscalía General del Estado.

6.4. En el Título IV, Capítulo quinto, sobre Función de Transparencia y Control Social, sección quinta, se establece la Defensoría del Pueblo (artículo 214 a 216) a cargo de la protección y tutela de derechos de habitantes y migrantes, tanto de la Administración como ante tribunales.

7. En suma, la Constitución reseñada y que invitamos a ser visitada, estudiada y apreciada críticamente, da cuenta de una nueva cultura constitucional, el neoconstitucionalismo, que vierte en el texto de la Constitución un conjunto de promesas, un itinerario, con plazos imperativos para su desarrollo legislativo, generosa en materia de derechos civiles, políticos, sociales y de derechos nuevo cuño, de normas de principio y verdaderos programas políticos y sociales. Neoconstitucionalismo, que bajo el pretexto del garantismo, da cobertura a un explícito activismo judicial. Sin embargo, el observador crítico de la obra recensionada y de la Constitución de Ecuador, no debe hacerse cargo, sin un

ejercicio crítico y autocrítico, de la crítica liberal o neoconservadora acerca de las promesas, ilusiones o programaticidad de las normas iusfundamentales, o simplemente del defecto de la “grafomanía constitucional”, conjunto de adjetivos muy anclados en una dogmática constitucional tradicional. En efecto, debemos analizar también el contexto de un proceso constitucional, que desde el poder constituyente y poderes constituidos residenciados en una Asamblea constituyente busca regenerar el Estado y la sociedad. El estado de cosas anterior al proceso constituyente que aquilata en la Constitución en vigor era lamentable, y el descrédito de las instituciones tradicionales del Estado (Gobierno, Congreso, Judicatura) y de la partidocracia, explica la desconfianza en éstas, la racionalización de la Asamblea Nacional y de la Función Judicial. Por otra parte, en la Constitución y su desarrollo e itinerario se ha puesto la confianza de la inmensa masa de ciudadanos, y en tal legitimidad, por qué no decir además, esperanzas de regeneración, yace el potencial germen de crisis y descrédito de este proceso político, si persiste por un tiempo prolongado un divorcio entre las promesas de la Constitución y la realidad del proceso político (nominalismo corrosivo), de la sociedad y la economía.

Cristián Román Cordero

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Chile

Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 22, 2010

Estudios en Homenaje a don Bernardino Bravo Lira, Premio Nacional de Historia 2010, dos tomos, 1499 páginas.*

“Chile tiene muy poco o nada que aprender de otros países en materias como constituciones, elecciones, partidos políticos, gobierno de partido, régimen presidencial o parlamentario, ni, en fin, en lo que toca al Estado de derecho, como puede ser la independencia de la Judicatura o el respecto a las personas. Antes bien, en todo esto tiene mucho que enseñar”.

Bravo Lira, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 1996, p. 21.

Durante este segundo semestre se ha publicado el último número de la Revista Chilena de Historia del Derecho (N° 22), que edita el Centro de Investigaciones de Historia del Derecho del Departamento de Ciencias del Derecho de Universidad de Chile, número especial que rinde un merecido homenaje al profesor Bernardino Bravo Lira, Premio Nacional de Historia 2010.

Se trata de una obra sustantiva. En efecto, está conformada por 77 estudios de académicos pertenecientes a universidades, centros o academias de los más diversos lugares del mundo¹, que se contienen en dos tomos y que en total suman las 1499 páginas.

En esta obra es posible distinguir cuatro partes. La primera de ellas contiene estudios preliminares; la segunda, fotografías; la tercera, los estudios en homenaje; y la cuarta, una síntesis curricular de todos los autores.

* El texto de esta recensión corresponde, en parte, a la presentación que de esta obra realicé el pasado día lunes 8 de noviembre, en la Sala Joaquín Edwards Bello del Centro Cultural “Estación Mapocho”, en el contexto de la Feria Internacional del Libro de Santiago.

¹ En efecto, los autores pertenecen a las siguientes instituciones: Universidad de Chile, Academia Chilena de la Historia, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Andrés Bello, Universidad del Desarrollo, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Universidad de Viña del Mar, Universidad Católica del Norte, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Universidad Católica Argentina, Universidad Católica de Córdoba, Universidad de Mendoza, Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro, Universidad del Rosario, Universidad de Medellín, Colegio de Michoacán, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, Universidad Autónoma de Zacatecas, Universidad de Los Andes –Venezuela–, Universidad del Salvador, Universidad de Roma “Tor Vergata”, Universidad de Cantabria, Universidad de Roma “La Sapienza”, Universidad de Perugia, Universidad de Florencia, Universidad Rovira Virgili (Tarragona), Universidad de Comillas, Universidad de Oviedo, Universidad Complutense de Madrid, Universidad Pompeu Fabra, Universidad de La Coruña, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Alicante, Universidad de Hamburgo, Universidad de Wurzburg, Universidad de Viena, Instituto para la Historia Legal y Constitucional de Viena, Universidad de Budapest, Universidad de Helsinki, Universidad de Copenhague, Instituto Jurídico de la Fiscalía General de San Petersburgo.

I.- Estudios preliminares. En esta parte se contienen dos estudios preliminares. El primero de ellos pertenece a Felipe Vicencio Eyzaguirre y efectúa una aproximación a la historiografía jurídica del homenajeado. Expone, en síntesis, que ella corresponde, principalmente, a Historia del Derecho, con vertientes en Derecho Indiano, Derecho Patrio, Codificación e Historia de las Instituciones –jurídicas y políticas–, aportando, a su vez, un acabado y prolijo listado de su bibliografía (en total, 323 títulos), que desglosa en libros y folletos, artículos académicos, artículos de prensa y reseñas o críticas bibliográficas. El segundo pertenece a Víctor Tau Anzoátegui, connotado historiador del Derecho trasandino, y corresponde a una reseña que efectuara a uno de los últimos libros del profesor Bravo Lira². En él se declara asiduo lector de éste, al que no duda en calificar como un “Investigador nato”, precisando luego, entre otras elogiosas expresiones, que “en su labor se imponen las visiones panorámicas y el desenvolvimiento de las grandes ideas sobre las meticolosas indagaciones archivísticas”³.

II.- Fotografías. En esta parte se contienen reveladoras fotografías del quehacer académico del homenajeado. En efecto, unas lo muestran en los distintos estadios del ciclo vital del académico: con sus maestros –Héctor Herrera Cajas y Alamiro de Avila Martel–, con sus colegas –Víctor Tau Anzoátegui, Ricardo Zorraquín Becú, Manuel Salvat Monguillot, Ricardo Krebs Wilkens y Mons. Carlos Oviedo Cavada–, y con sus discípulos –Claudio Barahona, Roberto Cerón y Felipe Peroti–. Otras, en momentos que le son de singular relevancia: al recibir el premio Ricardo Levene, al incorporarse a la Academia Chilena de Historia y al ser notificado de la obtención del Premio Nacional de Historia 2010.

III.- Estudios. Los estudios se dividen en ocho partes, referidas a específicas áreas temáticas, de las que daré somera cuenta a continuación.

1).- *Derecho Romano* (en total: 6 estudios). Contiene estudios de Claudio Barahona, Ricardo Cardilli, Francisco Cuenca Boy, Antón Rudovkas, Francisco Samper Polo y Sandro Schipani, los que abordan temáticas tales como la *confusio* y la *commixtio* en el Derecho Justiniano; la acción en el Derecho Romano; la “Política Indiana” de Solórzano y sus referencias a Roma y a los romanos; el peculio y el problema de la persona jurídica en el Derecho Romano; la protección del feto en el Derecho Romano clásico; y finalmente, el Código de Justiniano como modelo inspirador en muchos aspectos de los códigos modernos.

2).- *Historia de los Derechos Europeos* (en total: 8 estudios). Contiene estudios de José Manuel Cerda, Claudio Finzi, Antonio Jordá Fernández, Gabor Hamza, Rosa María Martínez de Codes, Tomás de Montagut, Emma Montanos Ferrín y Manuel Vial, los que abordan temáticas tales como la legislación y la actividad judicial en los concilios de Enrique II de Inglaterra; la obediencia y la justicia en la Nápoles aragonesa a la luz de los autores Diomedes Carafa y Giovanni Pontano; la historia de

² Bravo Lira, Bernardino, *El juez entre el Derecho y la ley: Estado de Derecho y Derecho del Estado en el mundo hispánico, siglos XVI a XXI*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2006.

³ Señala en extenso: “El aporte de Bernardino Bravo se caracteriza por su creatividad. Investigador nato, en su labor se imponen las visiones panorámicas y el desenvolvimiento de las grandes ideas sobre las meticolosas indagaciones archivísticas. Se apoya frecuentemente sobre el desarrollo jurídico en otras áreas territoriales y culturales (como el common law, el imperio portugués o las monarquías centrales europeas). Lector inteligente de la nueva bibliografía que incesantemente aparece en las principales lenguas europeas, siempre orienta sus resultados y reflexiones hacia la mejor comprensión del mundo hispánico e iberoamericano, con posturas que, si bien a veces no representan definiciones acabadas, son sí pasos progresivos en el camino hacia una meta que él ayuda a recorrer”. Obra reseñada, tomo I, p. 68.

la hipoteca desde sus orígenes hasta la codificación; la incidencia del Derecho Romano clásico en el Derecho codificado de Hungría; el factor religioso en el proceso de unificación de Europa; la de aestimo como causa formal de los tributos en el *ius commune*; el *salus animarum* en el Renacimiento Medieval; y finalmente, la evolución de la familia desde Roma hasta la Antigüedad tardía.

3).- *Historia del Derecho Español* (en total: 4 estudios). Contiene estudios de José Antonio Escudero, Marta Lorente Sariñena, María Magdalena Martínez y Christian Neschwara, los que abordan temáticas tales como privados, validos y primeros ministros en la monarquía española del antiguo régimen; la disminución del control jurisdiccional de los actos de la Administración en España en el periodo 1810-1870; la avenencia como método de solución pacífica de conflictos en el Derecho de cristianos y musulmanes hispanos (siglos X-XVI); y finalmente, la influencia de Franz Zeiller en la codificación penal austriaca.

4).- *Historia del Derecho Indiano* (en total: 17 estudios). Contiene estudios de Eduardo Andrade Rivas, María Inés Concha Contreras, Alberto David Leiva, Rafael Diego Fernández, José Enciso Contreras, José Francisco Gálvez, Rafael Jaeger Requejo, Alí Enrique López Bohórquez, Ana María Martínez de Sánchez, Alejandro Mayagoitia, Heikki Pihlajamäki, José de la Puente Brunke, Daisy Rípodas Ardanaz, Luis Rojas Donat, José Luis Soberanes Fernández, Fernando de Trazegnys y Paul-Ludwing Weinacht, los que abordan temáticas tales como las instituciones jurídicas del Reino de Chile durante el reinado de Felipe II; el estatuto jurídico de la acción catequística en la legislación sinodal chilena del periodo indiano; la profesión legal en la obra de Juan de Matienzo (1520-1579); la visita de Juan de Ovando al Consejo de Indias y, en especial, las encuestas que remitiera a las autoridades seculares y eclesiásticas indianas; la crisis de la Real Audiencia de Nueva Galicia en el primer tercio del siglo XVII; el paso desde el Derecho Indiano a la codificación en Perú, a la luz del Código Civil de 1852; los aprestos del obispo Francisco de Loyola Vergara en Lima para su viaje a Concepción; la administración de justicia en la Hispanoamérica colonial; las imágenes de lo jurídico en los sermones de finis y post colonia; la orden imperial de Guadalupe; los orígenes del Derecho Indiano como disciplina; las apelaciones contra actos de gobierno en la Real Audiencia de Lima; el retrato del rey en las celebraciones dinásticas indianas; la potestad apostólica *in temporalibus* en las bulas ultramarinas; el juzgado general de bienes de difuntos; la nobleza incaica en el derecho indiano; y finalmente, las nociones de guerra en la historia de las ideas políticas.

5).- *Historia del Derecho Iberoamericano* (en total: 20 estudios). Contiene estudios de Ezequiel Abásolo, Fernán Altuve-Febres Lores, Claudio Barahona, Roberto Cerón, Felipe Peroti, Oscar Cruz Barney, José María Díaz Cosuelo, Sandra Díaz de Zappia, Antonio Dougnac, José Antonio González Pizarro, Abelardo Levaggi, Eduardo Martiré, Fernando Mayorga García, José Ramón Narváez, Fernando Quintana, Carlos Ramos Núñez, Cristián Román Cordero, María Isabel Seoane, Mario Carlos Vivas, Arno Wehling, María José Wehling, Felipe Westermeyer y Luis Maximiliano Zarazaga, los que abordan temáticas tales como la Revista de Jurisprudencia Argentina como medio de expresión de juristas durante la década del 30 del siglo XX; la amistad entre Juan García y Andrés Bello; el Ministerio Público y el Fiscal en el Chile indiano y republicano; el proyecto de ley de Carlos María de Bustamante para el Consulado de Veracruz; la justicia contenciosa-administrativa en la ciudad de Buenos Aires (1882-1972); la policía de Buenos Aires en la primera década de independencia; el peritaje de las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno a la ingeniería de minas republicana (1584-1853); la influencia de la legislación municipal boliviana en Antofagasta (1879-1888); marco jurídico de la

propiedad comunal civil en Hispanoamérica hasta el siglo XIX; la fidelidad americana en el marco del proceso independentista; la primera cédula de ciudadanía en Colombia (1929-1952); la historia jurídico-social de la frontera sur de México; la doctrina de la claridad en el pensamiento ilustrado de Andrés Bello; el proceso por delito contra la religión seguido en contra de Francesco Penzotti en los primeros años del Perú independiente; la historia de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Chile desde el Derecho Indiano hasta la actualidad; el préstamo de dinero para afroporteños en el período federal; las consecuencias políticas y jurídicas de la invasión de José Miguel Carrera a la Provincia de Córdoba; el oficio de juzgar en el Brasil del antiguo régimen; la discusión sobre desamortización de los bienes de regulares, como primera discusión republicana sobre el alcance de la propiedad en Chile; y finalmente, la evolución de las causales del recurso extraordinario federal en Argentina.

6).- *Codificación y constitucionalismo* (en total: 10 estudios). Contiene estudios de Miguel Ayuso, Fernando Segovia, Wilhem Brauneder, Sergio Concha Márquez de la Plata, Mauricio Fioravanti, Alejandro Guzmán Brito, Enrique Navarro Beltrán, Dalmacio Negro, María Rosa Pugliese, Carlos Salinas Araneda, Dolores Sánchez González, los que abordan temáticas tales como la formación, desarrollo y crisis del constitucionalismo en el mundo hispánico; los orígenes, evolución, influencia y persistencia de la codificación en Austria; la codificación comercial en Chile, en el contexto latinoamericano del siglo XIX; los desafíos del constitucionalismo supranacional, a la luz de la experiencia europea; la doctrina de la interpretación legal en el sistema expositivo de la doctrina del Derecho y de las codificaciones; la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile; la crisis de lo divino y el laicismo; la certeza del Derecho en la concepción de Flavio López de Oñate; la participación del obispo uruguayo Mariano Soler en la codificación del Derecho Canónico de 1917; y finalmente, el debate sobre la codificación en España en las Cortes de mediados del siglo XIX.

7).- *Historiografía* (en total: 4 estudios). Contiene estudios de Andrés Botero Bernal, Santos Corona, Teodoro Hampe Martínez y Horst Pietschmann, los que abordan temáticas tales como los espacios de encuentro entre la filosofía y la historia del Derecho; cuestiones de historiografía y método sobre el orden Astur-Leonés (siglos VIII y XIII); el actual debate sobre el momento en el que tuvo lugar la independencia del Perú; y finalmente, el ideal de imperio de España y Portugal.

8).- *Enseñanza del Derecho e Historia de la Universidad* (en total: 5 estudios). Contiene estudios de Marcela Aspell, María del Refugio González, José Mariluz Urquijo, Ditlev Tamm y Ramón Yanzi Ferreira, los que abordan temáticas tales como la Universidad de Córdoba y la enseñanza del Derecho desde el siglo XVII a 1810; la importancia en la labor docente para la práctica forense de la Academia de Jurisprudencia Teórica-Práctica en México (1811-1876); el vocabulario para el uso de la Real Academia Carolina de Practicantes Juristas de Charcas; la Facultad de Leyes de la Universidad de Copenhague y su incidencia en la historia de Dinamarca; y finalmente, la enseñanza del Derecho de la Navegación en la Universidad de Córdoba (1918-2008).

IV.- Síntesis curricular de los autores. Termina el homenaje con una prolija síntesis curricular de todos los autores.

Se trata, como se advierte, de una obra –de homenaje– que al menos en esta especialidad no tiene precedentes en nuestro medio. En efecto, el hecho de contener una gran cantidad de estudios pertenecientes a autores de los más diversos lugares del globo, no solo da cuenta de ello, sino que, además,

del conocimiento y reconocimiento, a igual escala, de la obra del homenajeado, así como de la Escuela de la que forma parte –la Escuela Chilena de Historia del Derecho–.

Concluyo estas líneas destacando, en palabras de Paolo Grossi, el trascendental rol que cumple el historiador del Derecho, muchas veces olvidado, que, sin duda, el profesor Bravo Lira cabalmente ha servido: *“El historiador del Derecho es, de entre los juristas, el personaje que se mantuvo más descontento y también más alarmado. Aborreciendo todos los embalsamamientos a que habían sido sometidas la complejidad y vivacidad de la historia por mitos, percibe las clausuras tan gravemente negativas ocasionadas por las mitologías jurídicas modernas, incluso por las que están más directamente relacionadas con una transformación que hubiera requerido una mayor agilidad. Habitado como está a encontrar el nacimiento del Derecho en la incandescencia de las fuerzas sociales, culturales y económicas, advierte el grave riesgo que se deriva de separar el revestimiento jurídico del flujo histórico y, en consecuencia, reducirlo a corteza reseca, privada de la vivificadora linfa vital que discurre por debajo”*⁴

⁴ Grossi, Paolo, La Primera Lección de Derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 20.

Felipe Peroti Díaz

Egresado de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante ad honorem de Historia del Derecho y Derecho Constitucional.

Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción

Gerardo Pisarello

Editorial Trotta, 2007, Madrid, España. 138 págs.

Sin duda, una de las discusiones más acuciantes en la dogmática de los derechos fundamentales y en los modernos ordenamientos constitucionales, versa sobre la naturaleza, estructura y tutela de los denominados “derechos sociales”, de la cual nuestro país no está ajeno¹. De ahí que el libro que reseñamos sea una contribución interesante y novedosa a la hora de reflexionar sobre el estatuto político y jurídico de los derechos sociales fundamentales. Más aún, si el tema no es para nada pacífico, existiendo discrepancia tanto en la doctrina comparada como nacional, respecto de su naturaleza jurídica o la conveniencia política que implicaría la consagración normativa de este tipo de derechos².

Por ello, la tesis que subyace al libro que reseñamos pretende desmitificar aquellos discursos que se oponen al reconocimiento de los derechos sociales, y desarticular ciertas estrategias ideológicas que intentan consagrar un sistema individualista de distribución de la riqueza, en el cual predomina el derecho de propiedad. A la vez, Pisarello propone una reconstrucción garantista y democrática de la consagración constitucional de los derechos sociales fundamentales, pues tal como nos recuerda el autor: *“Mejores garantías y más democracia, en definitiva, serían dos elementos centrales en la tarea de reconstrucción del estatuto jurídico y político de los derechos sociales que aquí se propone. De su adecuada articulación teórica y práctica depende, en buena medida, la remoción de los obstáculos materiales y la*

¹ Tan solo como un ejemplo, es posible mencionar la sentencia Rol 976 – 2007 del Tribunal Constitucional chileno, de 26 de junio de 2008, que no solo inicia una línea jurisprudencial sino que también analiza la naturaleza y contenido de este tipo de derechos, así como también asume la eficacia de los mismos, frente a los particulares, C. 24º, 26º, 27º, 34º y 37º. Para un instructivo comentario del fallo, ver ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, N° 20, pp. 83-109. Santiago, Chile: Consejo de Defensa del Estado, 2008.

² Para posiciones dogmáticas contrarias a otorgar “carta de ciudadanía” a los derechos sociales entre algunos autores nacionales, ver: ATRIA LEMATRE, Fernando. “¿Existen los derechos sociales?” en: *Doxa*, N° 4, pp. 15-58. Alicante, España: Universidad de Alicante, 2004; ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*. Santiago, Chile: Lexis-Nexis, 2008, pp. 58-59.

*superación de los prejuicios ideológicos que explican su debilitada posición en la mayoría de los ordenamientos actuales*³.”

La monografía se estructura en seis partes, siendo la primera y la última aquellas que recogen y desarrollan la propuesta del autor, mientras que las cuatro restantes están dedicadas a desafiar ciertas interpretaciones críticas sobre los derechos sociales. En ese sentido, la primera parte consiste en una introducción útil para el lector, pues le permite conocer de inmediato la posición del autor y sus coordenadas teóricas, titulada “La crítica de la percepción dominante de los derechos sociales como presupuesto para su reconstrucción garantista y democrática” (pp. 9-18). El segundo, tercer, cuarto y quinto capítulo, reúnen las diversas miradas y perspectivas desde las cuales se intenta devaluar y desacreditar la naturaleza y estructura de los derechos sociales, cada una de ellas, tituladas a partir de las siguientes rúbricas: “La crítica de la percepción histórica: la tesis de los derechos sociales como derechos generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos” (pp. 19-36), “La crítica de la percepción filosófico-normativa: la tesis de los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos” (pp. 37 – 57), “La crítica de la percepción teórica: la tesis de los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos” (pp. 59 – 77), y “La crítica de la percepción dogmática: la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación con los derechos civiles y políticos” (pp. 79-110). La sexta y última parte, titulada “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, garantista y multinivel” (pp. 111-138), se centra en presentar los presupuestos normativos y políticos a partir de la cuales se formula la tesis del libro.

Los argumentos que animan la postura del profesor Pisarello, se desarrollan asistidos de un método dialéctico, confrontando los argumentos más utilizados por ciertos autores o corrientes de pensamiento a la hora de concebir el devenir histórico de los derechos sociales y desenvolvimiento dogmático de los mismos.

En ese sentido, a la par con la estructura del libro, se presentan y responden cuatro tesis. La primera de ellas, propia de la disciplina de la historia de los derechos fundamentales, sostiene la minoridad de edad de los derechos sociales, en comparación con los derechos civiles y políticos, históricamente anteriores y por ende de una mayor valía normativa⁴. Lo anteriormente sostenido, ha sido articulado a partir de diversas lecturas que sostienen un tardío reconocimiento de los derechos prestacionales por parte de los ordenamientos jurídicos, asociado a una explicación evolutiva que reconoce etapas o “generaciones de derechos”, abstrayendo en demasía el contenido universal de los derechos, y en especial, los derechos sociales, olvidando la realidad social y política de cada nación. De ahí que, el

³ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2007, p. 18.

⁴ En relación al proceso de consagración de los derechos individuales en los ordenamientos jurídicos modernos, especialmente respecto a Estados Unidos y Francia, a través del proceso de constitucionalización e iusnaturalización de los derechos, para luego ser desbancados desde su sitio de preeminencia, ver CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, Nº 25, pp. 43-53. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989. La preeminencia de los derechos de libertad, va aparejada con el desenvolvimiento de un Estado de Derecho formal, en cuyo seno reina la ley como instrumento privilegiado para la defensa de la propiedad y la libertad. BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2000, pp. 24-26.

autor apueste por una historia compleja de los derechos, en el sentido de que es posible detectar un nacimiento conjunto y complementario en las reivindicaciones ciudadanas por los derechos civiles, políticos y sociales (descartando la tesis lineal de los derechos), sobre todo, cuando el principio en el cual se fundan es la igualdad; *v.gr.* la lucha por los derechos de participación ha sido también la lucha por la instrucción pública y el derecho a la educación.

A mayor abundamiento, en el ámbito de la fundamentación axiológica de los derechos se establece un segundo nivel de crítica de índole filosófico-normativa, orientado a establecer una metáfora asociada a una pirámide de valores en cuya cúspide se encuentran bienes como la libertad y la seguridad individual, emanaciones de la dignidad humana garantizados por los derechos civiles y políticos, y superiores a los derechos sociales fundados en el principio de igualdad. Para Pisarello, tal postura resulta errónea en la medida que desconoce la importancia del principio de igualdad normativa para la concreción y respeto de la dignidad humana. Más aún si el mencionado principio requiere que el ordenamiento disponga de mecanismos capaces de proscribir los actos discriminatorios, así como establecer medidas que permitan alterar y corregir situaciones de inequidad material, como herramientas que permiten tutelar la dignidad de la persona, o como nos recuerda Pisarello: “*Todos los derechos civiles, políticos y sociales pueden conectarse en consecuencia, tanto al principio de igualdad formal, que proscribe la discriminación, como al principio de igualdad sustancial, que obliga a compensar y remover las desigualdades fácticas*”⁵.

Por ende, es posible afirmar una fundamentación común de los derechos fundamentales en la igual dignidad, igual libertad, igual seguridad e igual diversidad de todas las personas⁶.

Una tercera crítica a los derechos sociales, se encuentra asociada a la diferencia estructural que éstos ostentan respecto de los derechos civiles y políticos. La mencionada distinción se constata en aquellos mecanismos que permiten garantizar la indemnidad de los derechos fundamentales, pues mientras los derechos civiles y políticos tutelan expectativas negativas o de no lesión para no ser violentados, los derechos sociales implican acciones positivas o de prestación, costosos en su implementación y difícilmente exigibles ante los Tribunales⁷. Empero, para Pisarello, la faz positiva o negativa en la estructura del derecho, no es exclusiva de uno u otro tipo de derecho. Al contrario, derechos civiles tales como la libertad de prensa o expresión, requieren de un sinnúmero de recursos públicos para que sean realmente ejercidos por los ciudadanos, o el derecho a la salud que no solo implica el otorgamiento de prestaciones estatales, sino que involucra deberes negativos como la no contaminación⁸.

⁵ PISARELLO, Gerardo, *op. cit.* (n. 3), p. 46. Coincidente con este fundamento común, y con la exigencia de dignidad e igualdad que implica el reconocimiento de los derechos sociales es lo sostenido por Nogueira Alcalá: “los derechos económicos, sociales y culturales explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y solidaridad humana...”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Estudios Constitucionales*, vol. 1, p. 149. Santiago, Chile: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. Asimismo, Prieto Sanchís desde una perspectiva asentada en el contenido del derecho y sus garantías específicas, constata que la técnica prestacional, –propia de los derechos sociales– es extensible a los derechos políticos y civiles para su efectivo cumplimiento. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 22, septiembre–diciembre 1995, pp. 15 – 16. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

⁶ PISARELLO, Gerardo, *op. cit.* (n. 3), p. 53.

⁷ *Ibid.*, p. 59.

⁸ *Ibid.*, p. 61.

En ese sentido, el autor nos propone una comprensión compleja del sistema de derechos, que admita la conexión filosófica y normativa de los distintos derechos y las obligaciones que de ellos emanan⁹.

Un último nivel de crítica, desconoce la calidad de derecho fundamental y por ende la relevancia de los derechos sociales, al no contar con suficientes garantías y mecanismos de protección, similares a los que existen dispuestos para los derechos civiles y políticos. Ello porque se entiende que el contenido de los derechos sociales es de libre configuración legislativa o estos son meros programas normativos vinculantes para el Estado. A la vez, se concibe a este tipo de derechos como escasamente justiciable, no solo por carecer de una dimensión subjetiva, sino también por la dificultad que implica para el juez reparar o definir las acciones que permitan subsanar la violación de los derechos sociales, sin transgredir con ello el principio de separación de poderes. Al respecto, Pisarello aclara que los modernos ordenamientos constitucionales otorgan al legislador una libertad para limitar o delimitar un derecho fundamental, lo cual se traduce en la concreción del contenido de los derechos, sin distinción; pero siempre sujeto a una serie de vinculaciones normativas que el legislador debe respetar, tales como la prohibición de discriminación, el respeto al contenido esencial del derecho o el principio de no regresividad. Por otra parte, la equivalencia entre los derechos permite sostener la posibilidad de poner en movimiento mecanismos de tutela jurisdiccional, protegiendo o corrigiendo actos violatorios de los derechos sociales, a partir de la conexión con otros derechos que hayan resultado afectados¹⁰.

Del análisis de cada una de las posturas críticas de los derechos sociales, el autor deduce una serie de premisas que le permitirán reconstruir conceptual y normativamente las garantías que sirvan de protección para dichos derechos. Así, en primer término, reconoce la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos, que son axiológicamente equivalentes. En ese sentido, y en segundo término, el fundamento común de los derechos permite reconocer la protección jurídica de los mismos, y por ende, las garantías a ellas asociadas. Las mencionadas garantías deberán atender a diversos tipos de escalas y de sujetos encargados de invocarlas¹¹. Finalmente, la conexión normativa de los derechos con sus mecanismos de protección, deben ser complementadas con garantías democráticas y participativas, que aseguren la participación social y ciudadana en la defensa y desarrollo de los derechos, legitimando de esa forma el sistema de derechos fundamentales.

⁹ Böckenforde asume dicha conexión con una justificación adicional, consistente en reconocer el papel que juegan los derechos sociales fundamentales en el aseguramiento de la libertad jurídica, o sea: “no como contra-principio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad”. De ahí que, “Si la libertad jurídica debe convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales, incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”. BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. (Trad. Juan Luis Rasquejo Pagés e Ignacio Valleverde Menéndez). Baden-Baden, Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 74-75.

¹⁰ *Ibid.*, p. 107. Tal como lo ha constatado el académico Enrique Navarro, las estrategias de justiciabilidad de los derechos sociales en nuestro país ha sido enfrentada precisamente a partir de la invocación de la violación de otro tipo de derechos, tales como la igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación arbitraria o el derecho de propiedad. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Justicia Constitucional en Chile y Protección de Derechos”. En: *Estado de Derecho y Reforma a la Justicia*. Santiago, Chile: Universidad de Heidelberg, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile; California Western School of Law, GTZ Chile, 2004, pp. 48-50.

¹¹ PISARELLO, Gerardo, *op. cit.* (n. 3), p. 112.

A partir de lo anterior, Pisarello desarrolla una serie de categorías asociadas a la tutela de derechos, distinguiendo entre los sujetos encargados de la defensa, su alcance, y escala. En la primera categoría es posible distinguir entre garantías institucionales (políticas, jurisdiccionales, semi-políticas y semi-jurisdiccionales) y garantías extra-institucionales (o sociales, a cargo de los propios titulares del derecho). Con respecto al alcance de la tutela, es posible diferenciar entre garantías primarias (avocadas a delimitar el contenido del derecho y a imponer obligaciones a otros organismos públicos o particulares); y secundarias (asociadas a los controles del poder ante la violación de la garantía primaria). Finalmente, una tercera categoría está relacionada con la escala de la tutela, reconociendo garantías estatales, garantías supra-estatales y garantías infra-estatales. Lo anterior, le sirve al autor para defender un sistema de protección de derechos sociales “multinivel”, que acople garantías normativas y sociales, y que permitan, por una parte, defender a los más débiles de los excesos del mercado y, por otra, legitimar democráticamente el sistema de derechos fundamentales, en pos de la construcción de un Estado Social Constitucional¹².

A nuestro juicio, el autor defiende con consistencia sus argumentos y propone un objetivo, más que atendible a la hora de pensar el presente y futuro de los derechos sociales y sus mecanismos de tutela. Sin embargo, se echa de menos una mayor dedicación a lo que son nudos centrales en la discusión sobre derechos sociales, tales como la tensión entre los sujetos pasivos vinculados por los derechos fundamentales y la posición del juez, y su decisión respecto de un litigio que involucre la adjudicación de derechos sociales. Si bien se asume la posibilidad de cautelar los derechos prestacionales a partir de garantías extensibles a todos los derechos, o en conexión con otros, no deja de ser menos relevante la justiciabilidad de los mismos y su proceso de adjudicación, más aún si los derechos sociales, al igual que todos los derechos, pueden contemplar una doble función, a saber: como mandatos objetivos a los poderes públicos, o como derechos subjetivos reclamables en estrados.

La dificultad se hace más evidente, si se reconoce que los derechos sociales fundamentales están más expuestos que otro tipo de derechos al desarrollo legislativo y la intervención de la administración, funciones que podrían verse reemplazadas por la decisión judicial. Ello no solo implica que sea un juez y no el “experto”, quien tome decisiones sobre políticas públicas, sino que también conllevan una serie de riesgos al sistema de repartos de competencias, sobre todo respecto a la política presupuestaria y la definición de prioridades sociales.

A lo anterior, se suma la problemática funcional sobre el alcance y las condiciones en las cuales se ejerce la tutela judicial. Si bien Pisarello reconoce la importancia capital que juega en la decisión del juez la aplicación del principio de proporcionalidad, no alude a las dificultades técnicas que acarrea el resolver conflictos de este tipo de derechos, ni el papel que le cabe a la actuación judicial.

Este vacío en la obra del autor, ha sido completado por una interesante literatura, que sin negar la existencia y la estructura normativa de los derechos sociales, asume que la imposibilidad de la exigibilidad de este tipo de derechos no es lógico-estructural, sino organizativa. En ese sentido, se ha propuesto la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio interpretativo de las vinculaciones que se desprenden de las normas de derechos sociales, y que en ordenamientos comparados,

¹² Esta postura ha sido desarrollada con mayor extensión por parte del autor, en: PISARELLO, Gerardo, “Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en: *Isonomía*, N° 15, 2001, pp. 81-107.

como el alemán, adquiere el cariz de un principio que prohíbe la protección deficiente de los mismos, obligando al legislador, a la administración y al juez¹³. Un camino similar, ha sido el emprendido por las Cortes Constitucionales de Colombia o de Sudáfrica, en cuyas decisiones se ha reconocido la obligación de garantizar la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con la finalidad de resguardar el valor de la dignidad humana. Las medidas tendientes a dicho objetivo, son sometidas a un examen de razonabilidad por las Cortes que contemplan una serie de elementos, tales como el cumplimiento progresivo del derecho, la adopción de medidas razonables y su implementación dentro de los recursos disponibles¹⁴. Todo ello ha sido complementado por la doctrina comparada, la cual ha propuesto la obligación de los jueces de ejercer un control de intensidad diferenciada¹⁵, que analiza el caso a caso y que consiste en confrontar la acción o la omisión estatal con los estándares jurídicos aplicables, cuyas divergencias se deberán reenviar a los poderes pertinentes¹⁶.

¹³ Carlos Bernal Pulido, respecto a la prohibición de protección deficiente, cuyo objeto es una omisión legislativa o administrativa, parcial o absoluta, señala que: “las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales se concretan en posiciones que imponen al legislador un determinado deber de legislar –así como deberes de actuación que pesan sobre la administración y sobre el poder judicial–”. En ese sentido, las posiciones subjetivas cuyo contenido *prima facie* se estructura a partir de un sujeto activo (el individuo), un sujeto pasivo (el legislador, la administración y el juez), y un contenido u objeto de la obligación, consistente en una prestación; o sea una conducta positiva de expedir leyes tendientes a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos. Una vez que sea reconocido el acceso del individuo a todos los medios materiales, se pasa a analizar el derecho definitivo, a partir de las limitaciones y vinculaciones que existan con otros tipos de principios constitucionales, limitaciones materiales o bienes jurídicos en juego. BERNAL PULIDO, Carlos. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria”, en: *Doxa*, N° 4, pp. 99-144. Alicante, España: Universidad de Alicante, 2004. En el mismo sentido, se pronuncia Rodolfo Arango, eso sí ampliando dicho razonamiento con un modelo del “caso extremo” en hipótesis de omisiones estatales absolutas, en el cual se busca morigerar desigualdades fácticas que de no ser corregidas vulnerarían otras prescripciones iusfundamentales. Aunque, respecto a la hipótesis de omisiones legislativas, admite que el objeto de los derechos sociales consiste solo en acciones positivas fácticas del Estado, trasladando la exigencia de acciones positivas jurídicas (v.g., la dictación de leyes) a los derechos de la protección y organización. ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos fundamentales*. Colombia: Legis, 2005, pp. 109-113; pp. 199-207.

¹⁴ Respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: CORTES NIETO, Johanna del Pilar, *et al.* “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en: *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 9, pp. 109-141. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, 2007. Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sudafricano: LIEBENBERG, Sandra. “Adjudicación de derechos sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 53-72. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos, 2006.

¹⁵ ARANGO, Rodolfo, *op. cit.* (n. 13), pp. 209-235.

¹⁶ ABRAMOVICH, Víctor. “Líneas de Trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”. En: *Grupo de reflexión Regional. Temas de Derechos Humanos en debate*. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos e Instituto de Defensa Legal, 2004, p. 49.

Cristián Román Cordero

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile

El Derecho Administrativo como Sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”

Vergara Blanco, Alejandro, Editorial Abeledo Perrot - Legal Publishing, Santiago 2010.

“El derecho administrativo se halla íntimamente ligado al derecho público y deslinda con el derecho civil, contradiciendo al primero e invadiendo otras veces al segundo”.

Coucelle Seneuil, J. G., Estudio de los principios del Derecho o preparación para el estudio del Derecho, Imprenta Gutenberg, Santiago, 1887, p. 298.

El último libro del profesor Alejandro Vergara Blanco, que tengo el honor de reseñar, aborda una temática de singular relevancia para el Derecho Administrativo: la pretendida supletoriedad general del Código Civil respecto de sectores no especialmente reglados de aquél, temática que si bien ha sido tratada al menos tangencialmente en el Derecho Comparado¹, no lo ha sido en idéntica forma por nuestros autores, al menos en relación a la disciplina en su conjunto².

En este libro se contienen correctamente sistematizados cinco trabajos de su autoría, tributarios todos ellos de una misma línea de investigación³. Plantea el autor, en síntesis, dos ideas centrales: Primera: el Derecho Administrativo está dotado de autonomía, ya que constituye un sistema abstracto-conceptual⁴ cuyos deslindes vienen fijados por sus “núcleos dogmáticos” (existencia de la Administración, relación Administración y administrados y la intangibilidad patrimonial de estos últimos)⁵. Segunda: no cabe

¹ Así por ejemplo: Plessix, Benoît, L' utilisation du droit civil dans l' élaboration du droit administratif, Editions Panthéon Assas, París, 2003. Martín Retortillo-Baquer, Sebastián, El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960. González-Varas Ibáñez, Santiago, El Derecho Administrativo Privado, Editorial Montecorvo, Madrid 1996. Rivero Ortega, Ricardo, Administraciones Públicas y Derecho Privado, Marcial Pons, Madrid, 1998.

² Por ejemplo, en relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración, véase: Corral Talciani, Hernán, “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿régimen constitucional o régimen civil?”, en Cuadernos de Extensión Jurídica N° 7 (Responsabilidad civil de entidades corporativas), Universidad de los Andes, Santiago, 2003.

³ El primero de ellos, se intitula “Sistema y autonomía del Derecho Administrativo”; el segundo, “El Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad del Código Civil”; el tercero, “Derrribando un mito: el Código Civil como supuesto centro del sistema jurídico”; el cuarto, “La summa divisio público/privado como clasificatorio de las disciplinas jurídicas”; y el quinto, “La tarea de construir el Derecho Administrativo en clave científica”.

⁴ Señala en síntesis: “Usualmente la doctrina niega o justifica la autonomía de la disciplina del Derecho Administrativo, pero son referencia a un sistema abstracto-conceptual como el que aquí postulamos. Este fenómeno se manifiesta más acentuadamente cuando se intenta asumir la especialidad y autonomía del Derecho Administrativo de frente al Derecho Civil (llamado “común”). Y ello resulta agravado en Chile dado el sistema de control jurisdiccional vigente, en que no existe una jurisdicción administrativa especializada, y la mayor tendencia de los jueces generalistas es a resolver las cuestiones fronterizas con criterios civilistas” (libro en comento, p. 7).

⁵ En opinión de Vergara, los lugares o hechos que conforman al Derecho Administrativo y que constituyen sus núcleos dogmáticos son: “a) De la existencia de la Administración, como hecho jurídicos, y de su regulación normativa, que la configura como un poder sujeto a control jurídico... b) Del hecho de la existencia de Administración y personas (“administrados” en clave dogmática), y de la correlativa acción administrativa, en su regulación normativa, se configuran técnicas para crear y, a su vez, limitar las potestades de la Administración.... c) En fin, de la ineludible dignidad e intangibilidad patrimonial de las personas, que actúan como “administrados”

aplicar a los “vacíos normativos” que se advierten en el Derecho Administrativo mecánicamente las normas del Código Civil⁶, bajo el supuesto de que el artículo 4º del Código Civil consulta una supletoriedad general de dicho cuerpo legal⁷ o bien en el entendido que dicha disciplina es “derecho común”, simplemente porque dicho precepto más bien consulta una “especialidad”⁸ y porque esta última categoría – “derecho común” – vaciada está hoy de contenido. Sugiere, por tanto, antes bien, aplicar los principios jurídicos o los principios generales del Derecho⁹. Reafirma su conclusión destacando el muro insuperable que en su opinión importa la “summa divisio” que separa el Derecho Público del Privado, que, en términos generales, impediría aplicar las normas de uno para integrar las lagunas que se aprecian en el otro¹⁰.

Un buen ejemplo para explicar la relevancia del planteamiento que Vergara Blanco defiende en el libro que reseño, es la responsabilidad patrimonial del Estado, mal llamada por no pocos responsabilidad civil del Estado. En efecto, este instituto en muchos aspectos carece de previsión legal expresa (v.gr., prescripción, concausalidad, etcétera), y respecto de ellos surge la duda de aplicar, para superar esa situación, normas o principios de Derecho Público o de Derecho Privado, teniendo esta última solución mayor incidencia en la práctica judicial, en conformidad a lo que dispone el artículo 4º del Código Civil y al carácter que a éste se le otorga de “derecho común”. Posición que, defendida por muchos autores, es objeto de cuestionamiento por Vergara Blanco, quien expone al respecto: “Corral Talciani ofrece una doctrina que cabe refutar, pues postula que el Código Civil puede aplicarse “como derecho común” no solo en el caso de la responsabilidad por hechos dañosos ocasionados por agentes de la Administración (que llama “responsabilidad “civil” del Estado), sino a todo el ordenamiento restante. En este caso, la técnica de la supletoriedad está siendo postulada para operar todo un trasvase de normas a una materia en que los principios y lógica interna son distintos, como las relaciones de derecho administrativo.”¹¹.

La tesis de Vergara Blanco, que si bien comparto en sus líneas matrices, debe, a mi juicio, ser matizada, al menos en su incidencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, la responsabilidad patrimonial del Estado-Administrador es autónoma de la responsabilidad civil extracontractual, en razón de las sustanciales diferencias que se observan entre ambos sistemas de responsabilidad en lo que concierne a sus sujetos, la incidencia de facultades o potestades públicas,

en su relación con la Administración, titularidades que quedan configuradas, en su relación normativa, y que pueden verse afectadas por la Administración” (libro en comento, pp.13-14).

⁶ Expone el autor: “alzo mi voz en contra de una extendida práctica de recurrir de un modo facilista y sin tamices a las normas civiles para resolver problemas de Derecho Administrativo” (libro en comento, p. IX)

⁷ Para Vergara Blanco, la supletoriedad “Es el método de integración normativa que opera integrando de un modo subsidiario el texto de las leyes de carácter general o común respecto de aquellas de carácter singular o de excepción (llamas en la práctica, igualmente, leyes “especiales”; pero en este caso, no serían especiales de frente a otras de igual naturaleza especial, con las que se relacionan, sino serían especiales en relación a la de carácter general o común)” (libro en comento, p. 31).

⁸ En cuanto al art. 4º del Código Civil, señala el autor: “por lo tanto, esta disposición legal no consagra la supletoriedad, sino que el principio de la especialidad, que es algo muy distinto en técnica normativa” (libro en comento, p. 56).

⁹ Expone el autor que, a su juicio, “cabe un método más delicado para el relleno de lagunas: la vía de los principios jurídicos o principios generales del derecho, aun cuando se construyan observando aquellos principios en que se basan las normas del derecho privado que se intentan trasladar contra legem” (libro en comento, p. 32).

¹⁰ Señala el autor: “Así, la bipolaridad público/privado opera como una barrera lógica, de coherencia, a la supletoriedad, como técnica de integración normativa. Es problemático pretender integrar normas de diferente naturaleza sin ajuste alguno, lo que ha de realizarse solo por el legislador o por el juez, mediante un mecanismo no normativo: los principios jurídicos que fluyen de los sendos sectores bipolares” (libro en comento, p. 44).

¹¹ Libro en comento, p. 62.

los deberes prestaciones del Estado –de lo que se sigue la trascendental importancia que en el sistema de responsabilidad que le es propia adquiere la inactividad administrativa–, etcétera; y en este sentido adhiero al planteamiento de Vergara Blanco. Mas, no puedo dejar de observar, como lo he hecho en otra oportunidad, que “las lagunas que se aprecian en el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado-Administrador deben ser integradas, primeramente, con normas del propio sistema (o subsistemas) o con normas de Derecho Público en general, y solo de forma excepcional, en el caso que en este último no exista norma que satisfactoriamente sirva para ese cometido, y por tratarse de materias de naturaleza patrimonial, cabe aplicar las normas del Código Civil, primeramente, las generales no insertas en el Título relativo a los delitos y cuasidelitos (artículos 2314 y siguientes del Código Civil) y, finalmente, cuando ello no es posible, aquéllas insertas en este último. (...) En todo caso, estimo que lo anteriormente dicho tiene, excepcionalmente, menor vigor cuando la laguna se verifica en relación al factor de atribución, esto es, el fundamento de la obligación indemnizatoria que atribuye jurídicamente el daño al Estado, tal como sucede en la especie, ya que preferentemente debe ser integrada, por ser este tópico consustancial al Derecho Público, con normas de esta naturaleza.”¹². En otras palabras, si bien la responsabilidad patrimonial de la Administración debe regirse prioritariamente por normas y principios de Derecho Público, es dable aplicar en defecto de éstas, normas y principios de naturaleza privada, mas no en lo que concierne al factor de atribución, aspecto medular de dicho instituto, que es privativo de Derecho Público (se trataría de un aspecto reservado a dicha rama –una “reserva de Derecho Público”–¹³.

Se trata, en consecuencia, de un libro luminoso, que tiene la virtud de denunciar y cuestionar una práctica reiterada de nuestros tribunales –que persiste probablemente por mera inercia– en orden a aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil como derecho común respecto de omisiones normativas que se advierten en otros sectores del ordenamiento jurídico como en el Derecho Administrativo. Pues bien, en ese ir “contra la corriente” que singulariza a este libro, no solo se advierte una suerte de valentía doctrinal del autor, digna de elogio, sino que permite avizorar el inicio de una discusión doctrinaria de singular relevancia, antes inimaginable, en relación a nada más ni nada menos que las bases conceptuales de nuestro ordenamiento y pensamiento jurídico, cuyas consecuencias, en razón de ello, me resulta hoy imposible poder dimensionar.

¹² Román Cordero, Cristián, La responsabilidad patrimonial del Estado-Administración: ¿Una “perinola jurisprudencial”?, en Revista de Derecho Público N° 71, 2009, p. 313.

¹³ En este sentido Barros Bourie ha expresado: “Sin perjuicio de esas especiales condiciones de responsabilidad de la Administración del Estado y de las municipalidades, el complejo ordenamiento de la responsabilidad extracontractual actúa como estatuto general y supletorio en las materias que no son objeto de conceptos y reglas especiales de derecho público. Así ocurre técnicamente tan importante como el daño, la causalidad, la titularidad de la acción y su extinción por la prescripción.” Barros Bourie, Enrique, Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006, p. 482-483.

