

¿LIBRISMO CONSTITUCIONAL O REALISMO POLITICO?

Eduardo Soto K. *

Sólo habrá verdadera justicia —y, en consecuencia, verdadera paz— allí donde el poder ideal de la ley pueda unirse al poder real del magistrado.

Siempre pareciera un poco ofensivo —cuando se habla de constituciones, o con constitucionalistas, al menos en nuestro medio chileno— bajar a la realidad de las cosas simples, y tratar de hacerlas descender del em-píreo donde usualmente se sitúan: esta exposición no quiere ser irreverente sino realista, aun a riesgo de provocar las furias olímpicas de quienes creen que lo constitucional es tan respetable que no merece sino estar siempre colocado entre las nubes, intocado, impoluto e intangible, es decir ignorado.

Si uno atiende a la realidad de las cosas, no sólo lo que se ve, toca u oye, sino a todo lo que el intelecto humano aprehende, y lo abstrae conceptualizándolo¹, es posible advertir de inmediato no sólo la sociabilidad del hombre (familia, escuela, agrupación profesional, municipio, estado, iglesia), sino la intrínseca necesidad del derecho para regular las relaciones sociales entre los hombres.

Como a ello se une la necesidad ineludible de una cabeza que dirija la comunidad mayor (la ciudad), aparece igualmente de inmediato que la relación autoridad-comunidad ha de ser regulada por el derecho².

Y esto que emana de sólo mirar a nuestro rededor, con sentido común, esto es a la realidad de las cosas, lleva precisamente a ver que esa regulación de derecho de las relaciones autoridad/pueblo-comunidad constituye la base, el fundamento, la fuente primigenia del derecho público, en dos vertientes (hoy así se mira por comodidad intelectual, diría): lo constitucional y lo administrativo, lo que configura al ser de lo público, lo que concierne al modo de operar de él. Y digo que es una visión de hoy esto porque esta realidad en sí es inescindible, y no cabe entender el uno sin comprender el otro: de allí que en Chile pareciera lo constitu-

* Profesor, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.

Abreviaturas usadas en este artículo: A.D.A., ANUARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (publicada por Revista de Derecho Público, Santiago); A.P.D., ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT (París, Sirey); R.Ch.D., REVISTA CHILENA DE DERECHO (publicada por Universidad Católica de Chile); C.S., CORTE SUPREMA; R.D., REVISTA DE DERECHO (publicada por Universidad de Concepción, Chile); R.D.P., REVISTA DE DERECHO PÚBLICO (publicada por Universidad de Chile).

cional puramente ideal, "empíreo", porque sus cultores y aficionados suelen verlo totalmente desligado de su operar práctico, de su cómo y su para qué, que configura su naturaleza, dinámicamente vista, que es lo administrativo.

Por ello, ahora que nos toca un momento privilegiado, cual es ver y asistir al nacimiento de una nueva Constitución —que por una parte tendería a perfeccionar el régimen de los derechos y su tutela, y por la otra a innovar en lo concerniente a la base del poder político y a su ejercicio—, he creído que podría ser útil una visión de lo que es una Constitución, según sus antecedentes históricos lo revelan, y lo que muestra la realidad cuando se la mira con sentido común, sin posiciones ideológicas partidistas.

Si se analiza la idea actual de "constitución" es posible advertir de inmediato que ella es fruto de una visión del derecho que tiende a ver éste como un conjunto ordenado de normas, idealmente estructurado, y en códigos, vale decir codificado, para plasmarlo para siempre, en forma definitiva porque se entiende que es la solución mejor que "idealmente" (según la razón) se ha llegado a determinar³. Es Leibniz y su idea de derecho natural racionalista, y codificado⁴, es Wolff con su visión de los derechos naturales⁵, es 1789 con sus codificaciones en lo público (declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, y las constituciones de 1791, 1793, 1795, 1799, etc.)⁶. Es el movimiento constitucional del siglo XIX, verdadera farándula de textos constitucionales.

Si se estudia dicho constitucionalismo —aun si someramente— es posible advertir que sus rasgos más salientes, sus características más notables, no son sino: la organización del poder público, y una enumeración de libertades (las más de las veces con una garantía ilusoria)⁷; el pensamiento que la constitución soluciona todos los problemas de la comunidad que pudiera tener en el futuro⁸; declaraciones muy hermosas usualmente, entregada su operatividad de modo general a la ley, que regularía su aplicación, leyes que normalmente no se dictaban o bien se dictaban mucho tiempo después⁹.

Pero este movimiento constitucionalista fines siglo XVIII y siglo XIX, e incluso el neoconstitucionalista del presente siglo, hace preguntarse —si se tiene un mínimo sentido histórico, lo cual no suele ser muy frecuente entre los juristas, al menos en Chile—, y con premura, ¿y cómo han vivido las comunidades políticas durante 2.000 años antes? ¿Acaso sin Constituciones? O bien, ¿era por ventura la Constitución otra cosa para ellos?

El estudio de la historia —auxiliar el más indispensable para entender el derecho, al igual que la filosofía— nos muestra palmariamente algo que me permito señalar en tres puntos: sea el estudio de la llamada "constitución romana"¹⁰, sea el estudio de la "constitución hispánica"¹¹, sea el

estudio de la "constitución inglesa"¹² nos revela que la idea de constitución no viene a ser sino la idea de un sistema articulado, estructurado, sin "ley fundamental" al modo nuestro, sino un sistema orgánicamente concebido en cuanto órganos dotados de efectivo poder, en que participaban efectivamente los miembros de la comunidad; aquí el derecho no es de creación estatal, sino de reconocimiento judicial (de un derecho que es una relación de igualdad, lo debido según la armónica relación igualitaria, de equivalencia o proporción), de una costumbre vivida¹³.

(a) La sustancia, la esencia de esa realidad que la historia nos muestra, está configurada —en lo que hoy llamamos "lo constitucional"— por algo simplísimo en último término: la limitación del poder que se le reconoce al magistrado frente a la comunidad que dirige, gobierna o administra, limitación que le viene de la idea ministerial, de servicio a la comunidad en que está impregnada la función de la autoridad¹⁴, cabeza de dicha comunidad. Tal limitación no es sino el medio para asegurar el respecto de los derechos de las personas miembros de esa comunidad, y

(b) Todo ello nace de una "alianza" entre la comunidad y su cabeza, una carta reconoce dicha alianza, carta cuya violación por parte de la autoridad originaba para la comunidad la posibilidad de desahuciar tal alianza, y cesar de obedecerla y cumplirla¹⁵. Bajo la idea de esa alianza es posible aun advertir algo mucho más hondo: es la persona, el miembro de la comunidad, el que unido con todos sus congéneres, es la base, el fundamento (en su dimensión social, como ser sociable, dotado de sociabilidad) de esa alianza, y de la carta que la reconoce explícita y formalmente, y es la base en cuanto sujeto de libertades, que son su "dignidad"¹⁶.

Todo ello, como es expresión plasmada jurídicamente, implica que esa alianza y esa carta es una norma jurídica, es derecho, es decir viene a ser expresión de lo justo; esa carta viene a ser el instrumento en el cual se textifica lo justo público, lo justo común, y en que la autoridad distribuye, los súbditos tienen derecho a esa distribución y esa distribución ha de ser justa, ya que la autoridad está llamada como misión básica suya a hacer justicia¹⁷.

Recapitulando, podría decirse que la constitución como la vemos hoy arranca de la visión voluntarista del derecho, según aparece en el siglo XVIII; que la historia anterior veía lo constitucional como la defensa de la ciudad para la defensa de sus miembros: la persona entendida en su dimensión no sólo individual sino principalmente societaria, aparece allí como el principio, el fundamento, el sujeto y el fin de la sociedad y del derecho; que la alianza, la carta, el fuero, etc., aparece como un estatuto consentido para la limitación de la autoridad y seguridad del pueblo/comunidad frente a su cabeza, la cual cumple una función de servicio ministerial.

Ahora bien, el significado concreto de esa alianza, carta, fuero, etc., no

es otro —si lo vemos ahora desde una perspectiva no de causa final sino de causa formal, esto es lo que especifica— que la defensa de la comunidad ante la autoridad y su gestión, a través de una participación en lo que resulta vital o de gran importancia para los miembros de esa comunidad. Es decir, integración del individuo en el quehacer común (tanto individualmente como societariamente a través de los cuerpos intermedios) por una parte, y también defensa del interés tanto individual como común frente a esa autoridad (que preocupada esencialmente del bien común, puede lesionar éste como también el bien individual, si se aparta de su función repartidora, distributiva).

Frente a esto pareciera obligado preguntarse, y bien ¿cuál es la realidad de nuestro tiempo frente al problema de la polis y de su gobierno; frente a lo político? ¿Qué puede significar una Constitución frente a esa realidad, y nuestra realidad chilena?

Lo cierto es que si uno mira y quiere ver lo real, lo que realmente depara esa vida que se agita en torno nuestro, advierte:

—una inmensa mayoría silenciosa que trabaja, que trata de vivir (u otros sobrevivir solamente), preocupada sólo de su pequeña polis, esto es su familia y amistades;

—una pequeñísima minoría que se preocupa de la gran polis, de lo político, minoría usualmente agrupada en fraternidades ideológicas, no pocas veces financiadas y dirigidas desde el exterior, que constituyen los partidos¹⁸; y

—que esta pequeñísima minoría dedicada a lo político es de ordinario inmune a la legalidad, al derecho, a lo justo común, es decir gobernantes ¿qué responsabilidad tienen?¹⁹ parlamentarios ¿cómo se persigue la responsabilidad de ellos?²⁰ administradores ¿no son acaso de ordinario insolventes? Acaso ¿la responsabilidad del Estado? ¿No es ello en Chile algo propio de un cuento de Kafka²¹?

Y la constitución, ¿arregla algo el panorama?

¿Cuál es el remedio que se ha buscado frente a esta realidad, que no parece, por cierto, ser propiamente paradisiaca?

Parecería que el remedio no es suficiente en el solo plano estructural, sino a nivel operativo; o más bien a nivel constitucional dinámicamente concebido.

Y es una verdad irredargüible: de nada, absolutamente de nada, sirve una constitución si en los hechos, si en la realidad, no hay una defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos; derechos y libertades que son el alma, el fundamento, la base de lo propiamente constitucional: todo el resto es consecuencia de esto. Si esto no camina, la constitución misma será irremisiblemente inútil, dará una farsa, será un guignol, una pura commedia dell'arte...²²

Y esa defensa básicamente es la judicial, es decir la posibilidad cierta, indiscutida y omnipresente, de acudir ante el juez para que decida (y su decisión sea cumplida) cualquier controversia —sea sobre la materia que fuere, en circunstancias ordinarias o extraordinarias, normales o anormales— que oponga a una persona con otra, sean naturales o jurídicas y éstas públicas o privadas, aun si se trata de la autoridad y la más alta que sea, pues por encumbrada que esté, también está ella sometida al derecho, y es responsable de sus actos. Y dicha defensa es precisamente la heterotutela judicial, un tercero independiente e imparcial que diga el derecho (lo justo, lo debido) de modo definitivo y obligatorio para todos en una sociedad civilizada.

Y el pronunciamiento del juez habrá de ser —en lo que se refiere en especial a la tutela que otorga al individuo frente al poder público (v. gr. fundamentalmente legislador y administrador)— tanto en lo que concierne a la anulación de los actos antijurídicos emitidos o dictados por el poder público, como asimismo en lo que se refiere al reconocimiento del derecho a ser indemnizado aquél si hubiere sido dañado por éste (sea por su actividad jurídica desarrollada, sea por la conducta material de sus agentes).

Pero como esto no basta, porque lo jurisdiccional llega ya normalmente cuando la ofensa contra la persona se ha consumado, se ha ideado la defensa previa —antes que el acto de la autoridad nazca— a través de los llamados procedimientos administrativos, lo que implica la participación de la persona (ya beneficiario, ya afectado) en la elaboración del acto mismo de la autoridad²³.

Defensa-participación-defensa es el circuito primigenio de lo constitucional²⁴.

¿Será acaso esto demasiado revolucionario, hoy, en que lo constitucional parece oscurecido por una visión idealista, romántica, del derecho constitucional al menos en nuestro país?

¿Será, acaso, una ofensa al lirismo constitucional que nos circunda?
¿No es más fácil soñar y hacer soñar?

Vuelve al origen de las cosas y descubrirás lo perenne de la realidad, pero ¿le interesa a alguien, hoy, en esta época, la verdad de las cosas²⁵, es decir la realidad?

NOTAS

¹ Sobre nuestra posición realista, *vid.* nuestras *Algunas consideraciones sobre la posición de los juristas frente al derecho en la época actual* (hacia un finalismo realista), en RDP 19/20 (1977) 379-384; para quien quisiere introducirse en el tema en sus bases filosóficas *vid.* entre otros para una primera aproxima-

mación, E. GILSON *El realismo metódico* (varias ed.) Rialp. Madrid; J. PIEPER, *El descubrimiento de la realidad*. Rialp. Madrid. 1974; y la obra clásica de R. GARRIGOU-LAGRANGE, *El realismo del principio de finalidad*. Desclée. Buenos Aires. 1949.

² Sobre la politicidad del derecho, *vid.* la obra magistral de F. OLGUATI, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino* (5ª ed.) Vita e Pensiero. Milano. 1955 (hay trad. española reciente, Eunsa. Navarra. 1977); en posición diversa G. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1973 (hay trad. chilena en prensas, Edit. Jurídica de Chile).

³ Sobre el voluntarismo jurídico y su eclosión bajo el iusnaturalismo racionalista protestante de los siglos XVII y XVIII especialmente, *vid.* entre otros, Ph. I. André-Vincent, *La notion moderne de droit naturel et le volontarisme*, en APD 8(1963) 237-259 (trad. argent. Ghersi. Buenos Aires. 1978); M. Villey, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en APD 3(1957) 87-98; *Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVIIIè siècle*, en APD 6 (1961) 73-105 (trad. arg. cit. 1978); *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Dalloz, Paris. 1962, 51-67; *La formation de la pensée juridique moderne*. Montchrétien. Paris. 1975, 263-272, 580-704; A. GUZMÁN, *La fijación del derecho*. Ed. Universitarias de Valparaíso. Valparaíso. 1977, 55-65; para la perspectiva del derecho privado *vid.* entre otros, G. Solari, *Filosofía del derecho privado* (2 vol.). Depalma. Buenos Aires. 1946, I 3-80, y especialmente F. WIEACKER, *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, Aguilar. Madrid. 1957, 197-292. En el campo político puede verse, entre muchos, J. L. TALMON, *Los orígenes de la democracia totalitaria*. Aguilar. México. 1956, en esp. la parte primera, 17-71.

⁴ Sobre Leibniz (1646-1716) *vid.* entre otros, Villey, *Les fondateurs cit.* 97-106; Solari *cit.* 81-107; H. WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho* (2ª ed.) Aguilar, Madrid, 1971, 149-163; Guzmán, *La fijación cit.* 75-85, esp. 81 ss.; una brevísimas reseña en *Leibniz y la codificación del derecho* en RDP 19/20 (1976) 63-67; G. GRUA, *La justice humaine selon Leibniz*. PUF. Paris. 1956; para el ideal codificador Guzmán, *La fijación cit.* 47-90; Wieacker *cit.* 292-321; Solari *cit.* 59-380; E. Lerminier, *Introduction générale a l'Histoire du droit*. Chamerot. Paris. 1835, 155-173.

⁵ Sobre Christian Wolff (1679-1754) *vid. v. gr.*, Wieacker *cit.* 284-288; Solari *cit.* 103-107; Guzmán *cit.* 57 s., 68 s., 84 s., M. Thomann, *Christian Wolff et le droit subjectif*, en APD 9 (1964) 153-174; *Influence du philosophe allemand Christian Wolff sur l'Encyclopedie et la pensée politique et juridique du XVIIIè siècle français*, en APD 13 (1968), 233-248; *Histoire de l'idéologie juridique au XVIIIè siècle, ou le droit prisonnier des mots*, en APD 19 (1974), 127-149, espec. 136-140; para sus perspectivas filosóficas *vid.* entre otros F. Copleston, *Historia de la filosofía* (8 vol.), Ariel, Barcelona, 6 (1974), 109-117; G. Fraile, *Historia de la filosofía* (5 vol.), BAC, Madrid, 3 (1966), 971-978; E. Brehier, *Historia de la filosofía* (2 vol.), 3ª ed. Sudamericana, Buenos Aires, II, 311, 315; E. Gilson, *L'être et l'essence* (2ª ed.), Vrin, Paris, 1972, 165-186.

⁶ Sobre 1789 y la revolución francesa, cuya literatura es inmensa, *vid.* para estos efectos, y entre otros, A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*. Gallimard, Paris, 1964; J. ELLUL, *Histoire des institutions*, PUF, Paris, tome II, vol. 2 (1956), 559-690 (l'époque des constitutions); J. CODECHOT, *Les institutions de la France sous la révolution et l'empire* (2è. éd.), PUF, Paris, 1968; *Les révolutions (1770-1789)*, PUF, Paris, 1963; *La pensée révolutionnaire*, Colin, Paris, 1964; G. SAUTEL, *Histoire des institutions publiques depuis la révolution*

française (2è. éd.), Dalloz, Paris, 1970, 10-304; P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux* (4è. éd.), Dalloz, Paris, 1970, 441-521; J. J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours* (4è. éd.), Dalloz, Paris, 1972, 3-101; J. TOUCHARD, *Histoire des idées politiques* (2 vol.), PUF, Paris, 1967, II, 456-476; G. BURDEAU, *Traité des science politique* (10 vol.), 2è. éd. LGDJ, Paris, "L'état libéral" (2 vol.), tome VI, vol. 1 (1971), 123-156; para la filosofía del movimiento revolucionario P. JANET, *La philosophie de la révolution française*, Germer Baillièrre, Paris, 1875; B. GROETHUYSEN, *Philosophie de la révolution française*, Ed. Gallimard, Paris, 1956 (Ed. Gonthier, 1966); D. MORNET, *Les origines intellectuelles de la révolution française (1715-1787)*, Colin, Paris, 1933; para la revolución misma las obras clásicas de P. GAXOTTE, *La révolution française*, Fayard, Paris, 1928; R. MOUSNIER-E. LABROUSSE, *Le XVIIIè., siècle. Révolution technique et politique (1715-1815)*, PUF, Paris, 1953 = vol. 5 de la Histoire générale des civilisations); G. LEFEBRE, *La révolution française*, PUF, Paris, 1951; recientemente N. HAMSON, *La revolución francesa*, Alianza, Madrid, 1974; *vid.* también A. LATREILLE, *L'Eglise Catholique et la révolution française* (2 vol.), Hachette, Paris. Para las declaraciones de derechos, de 1789, etc., *vid.* J. J. CHEVALLIER, *cit.* 22-25; ELLUL, *cit.* 562-564; J. RIVERO, *Les libertés publiques* (2 vol.), PUF, Paris, I (1973), 33-67; C. SÁNCHEZ VIAMONTE, *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, Ed. Facultad de Derecho, UNAM, México, 1956.

⁷ En las constituciones del período revolucionario francés (1791-1799), es particularmente claro su contenido de pura organización del poder público (*vid.* v. gr. M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques* (4è. éd.), PUF, Paris, 1966), con un preámbulo que repite, o más brevemente o más desarrollado, según el caso, la *Déclaration* de 1789; respecto a las garantías de esos derechos o libertades frente al poder público (v. gr. ejecutivo), son realmente inexistentes.

⁸ Ello aparece especialmente en el ideario de Rousseau (*vid.* entre muchísimos, R. DERATHÉ, *Jean Jacques Rousseau et les idées politiques de son temps*, PUF, Paris, 1950; J. J. CHEVALLIER, *Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours* (4è. éd.), Colin, Paris, 1954, 142-173; G. SABINE, *Historia de la teoría política* (4ª ed.), Fondo de Cultura Económica, México, 1968, 423-438; J. TOUCHARD, *cit.* II, 421-431; R. LABROUSSE, *Introducción a la filosofía política*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1953, 201-220; G. CATLIN, *Historia de los filósofos políticos* (2ª ed.), Peuser, Buenos Aires, 1956, 471-513; J. L. TALMON, *Los orígenes*, *cit.*; S. GINER, *Historia del pensamiento social*, Ariel, Barcelona, 1967, 293-306; F. COPLESTON, *cit.* 6 (1974), 65-102; FRAILE, *cit.* 3, 930-952). Entre nosotros Juan Egaña, notable jurista de su época, es un típico representante de ese pedagogismo moralizante de la ley que hace mejor a los hombres, y soluciona —si ésta es la ley fundamental— todos los problemas (*vid.* su CP 1823 (Valencia Avaria, *Anales de la República*, 2 vol.). Impr. Universitaria, Santiago, 1951, I, 103-118), y en especial su Título XXII (en Valencia, *cit.* 133-135), "moralidad nacional", y sobre todo *vid.* su "Proyecto de Constitución para el Estado de Chile" (1811), en R. BRISEÑO, *Memoria Histórico-crítica del derecho público chileno*. Impr. Belin, Santiago, 1849, 279-328: de especial interés son las "ilustraciones" que acompañan como apéndice a dicho proyecto, en BRISEÑO, *cit.* 334-354); sobre Egaña *vid.* en particular R. SILVA CASTRO, *Egaña en la Patria Vieja 1810-1814*, Edit. Andrés Bello, Santiago, 1959; L. GALDAMES, *La evolución constitucional de Chile*, Impr. Balcels, Santiago de Chile, 1925, 209-

257; W. HANISH, *La filosofía de don Juan Egaña*, en *Historia* 3 (1964), 164-310 especialm. III parte "La filosofía de la realidad", 291-302.

⁹ *Vid. v. gr.* la CP 1833 en sus disposiciones transitorias (art. 2), donde entrega variadas materias en su aplicación a la ley (entre otras, la del arreglo del régimen interior, la de organización de tribunales y administración de justicia), que a veces tardaba decenios en dictarse (*v. gr.* la última citada fue recién dictada en 1875, es decir 42 años después). Sobre estas características que hemos brevisísimamente señalado, *vid.* con más amplitud G. BIDART CAMPOS, *Derecho político* (4ª ed.), Aguilar, Buenos Aires, 1972, 503-517. Cómo contrasta esta visión naturalista de la sociedad, el Estado y la persona, donde todo es antropocéntrico y desligado de su Creador, con la visión realista del hombre, de la sociedad y del estado, que suponen a Dios, Creador de todo lo creado: *vid.* León XIII, *Immortale Dei* (1.11.1885), donde explícitamente estudia el problema del llamado constitucionalismo moderno, esto es, el que arranca sus orígenes en 1789, y se plasma en el liberalismo decimonónico (había insistido ya en ello en la *Diuturnum illud* (29.6.1881), sobre la concepción católica de la autoridad pública).

¹⁰ Sobre la "constitución romana", especialmente de la república y del principado, cuya literatura es frondosa, *vid.* como aproximación entre otros, P. BONFANTE, *Storia del diritto romano* (2 vol.) GIUFFRÉ, MILANO, 1958/59, I 67-153; 329-361; V. ARANGIO RUIZ, *Historia del derecho romano* (3ª ed.). Reus, Madrid, 1974, 18-147, 222-284; A. GUARINO, *Storia del diritto romano* (5ª ed.), Jovene, Napoli, 1975, 64-109, 141-238, 314-414; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano* (3 vol.). Guiffré, Milano, 1943/44, I 175-319, II 69-198, 271-372; *Arcana imperii* (3 vol.), Guiffré, Milano, 1948, III tomo, 1 60-168, 169-338 (muy útiles también las páginas dedicadas por este gran maestro a la herencia de Roma en III tomo 2 227-388); en su *Síntesis histórica del derecho romano*. Ed., Revista de derecho privado. Madrid, 1954, 19-151, 213-437; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano* (4ª ed.). Giappichelli, Torino, 1960, 173-248; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano* (3ª ed.). Studium, Roma, 1974, 172-336; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* (ya 6 vol.). Jovene, Napoli, 1958 ss.; TH. MOMMSEN, *Disegno del diritto romano* (trad. Bonfante). Celuc. Milano, 1973; R. LABROUSSE, *Introducción a Las Leyes* (Cicerón). Edic. Univ. de Puerto Rico (Rev. de Occidente, Madrid). San Juan, 1956, IX-CLXXXV esp. CXXXVII-CLXXXV (las leyes políticas). Para la constitución augustea, recientemente F. FABBRINI, *L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*. Giuffré, Milano, 1974 (no se olviden las palabras de Augusto que refiere Suetonio (*Los doce cesáres*) (Octavius Augustus, 28), utilizamos Suetone (ed. bilingüe latin-francés, 3 vol.). Panckoucke éd. Paris, 1930, I 188): "Me ha tocado el privilegio de establecer sana y salva la república en sus fundamentos y pueda alcanzar el suspirado fruto de que se me conozca por autor de la constitución ideal (*liceat atque eius rei fructum percipere quem peto ut optimi status auctor dicar . . .*), y pueda morir con la esperanza de que no habrán de ser percederás las bases por mí asentadas (*fundamenta rei publicae quae iecero*): es el mismo ideal que revivirá el siglo XVIII, *vid.* nota 8 precedente).

¹¹ Sobre la "constitución hispana" —término en verdad no utilizado mayormente por los historiadores del derecho español—, *vid.* entre otros, M. GARCÍA GALLO, *Manual de historia del derecho español*, (2 vol.) 3ª ed.) s/impr. Madrid, 1967, I 563-838; L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones españolas* (4ª ed.). Rev. de Occidente, 1975, 217-628; J. LALINDE ABADÍA, *iniciación histórica al derecho español*, Ariel, Barcelona, 1970; J. BENEYTO PÉREZ,

Historia de la administración española e hispanoamericana, Aguilar, Madrid, 1958, espec. 203-424; J. A. MARAVALL, *Estudios de historia del pensamiento español* (2ª ed.). Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1973 (el pensamiento político de la edad media, 33-66; el concepto de monarquía en la edad media española, 67-89; la corriente democrática medieval en España y la fórmula "quod omnes tangit", 173-190); J. M. PÉREZ-PRENDES, *Cortes de Castilla*, Ariel, Barcelona, 1974. Sobre la "constitución indiana", vid. entre otros, GARCÍA GALLO, *La constitución política de las indias españolas*, en Estudios de historia del derecho indiano. Ins. Nac. de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972, 489-514; también BENEYTO, *cit.*, 425-437; J. M. Ots Capdequi, *El Estado español en las Indias* (4ª ed.). Fondo de cultura económica. México, 1965; también *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*. Aguilar. Madrid, 1969, 37-41, 123-204.

¹² Sobre la "constitución inglesa", entre otros, vid. J. E. A. JOLIFFE, *The constitutional history of medieval England* (3rd. edn). Black. London, 1961; D. L. KEIR, *The constitutional history of modern Britain* (6th. edn). Black. London, 1960; F. W. Maitland, *The constitutional history of England*. Univ. Press. Cambridge, 1976; TASWELL-LANGMEAD's, *English constitutional history* (11th. edn.). Sweet and Maxwell, London, 1962; S. A. DE SMITH, *Constitutional and administrative law* (2nd. edn). Penguin. Harmondsworth. 1975, esp. 17-95; V. A. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution* (10th. edn). Mac-Millan. London, 1965 (ver asimismo la introducción de E.C.S. Wade, XVII-CXCVIII); siempre de interés son aún W. BAGEHOT, *The English Constitution* (7th. edn). Kegan, London, 1894 (trad. española de A. Posada. La España Moderna, Madrid. s/f); W. Stubbs, *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre* (trad. Petit-Dutaillis). (2 vol.). Giard-Brière. Paris, 1907; W. ANSON, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre* (3 vol.). Giard-Brière, Paris, 1903.

Para el constitucionalismo griego antiguo —que hemos omitido en el texto por ser de variado espíritu— vid. entre muchísimos, y especialmente referido a Aristóteles (que es quien mejor vislumbró la primacía de la ley), E. BARKER, *The Politics of Aristotle*. Univ. Press. Oxford, 1946; M. DEFOURNY, *Aristote. Etudes sur la Politique*. Beauchesne, Paris, 1932; J. TOUCHARD, *Histoire des idées politiques* (2 vol.). 3é. éd. PUF, Paris, 1967, I 9-55; E. VON HIPPEL, *Historia de la filosofía política* (2 vol). Ins. Est. Políticos. Madrid, 1962, I, 119-202; P. JANET, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale* (2 vol). 3é. éd. Alcan. Paris, 1887, I 53-232; A. CROIZET, *Las democracias antiguas*. Ed. Siglo Veinte. Buenos Aires, 1944; G. GLOTZ, *La ciudad griega*. Uteha. México. 1957; C. M. BOWRA, *La Atenas de Pericles*. Alianza, Madrid, 1975; A. ROMERO CARRANZA, *Historia del derecho político* (2 vol.). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971/72, I (1971) 233-270.

Para la "constitución hebrea", vid. nota 14.

¹³ Los "mores maiorum", el derecho común ("common law"), las libertades de los "omnes libres", etc.

¹⁴ Esta idea ministerial la vemos como típica de la concepción teocéntrica israelita, donde la autoridad está limitada y finalizada por su propia naturaleza: la autoridad (rey o gr.) es elegida por el mismo Dios (Yahvé) para conducir a su pueblo en la marcha hacia El, de allí su fidelidad a esa vocación y su responsabilidad; la idea de autoridad limitada es uno de los más significativos y fundamentales aportes al pensamiento político que debemos a la constitución veterotestamentaria; vid. en especial J. GARCÍA TRAPIELLO, *La autoridad civil en el pensamiento del Antiguo Testamento*, en RDP 16 (1974) 11-47 (últimamen-

te, *La preocupación social en el Antiguo Testamento*, en *Angelicum* (Roma) 55 (1978) 161-192); también W. IRWIN, *Los hebreos* (3ª ed; vol. 2 de *El pensamiento prefilosófico*. Fondo de cultura económica. México, 1968) 142-187; puede ser de utilidad señalar entre otros textos del AT, el *Deuteronomio* 17, 14-20, llamada metafóricamente "la constitución hebrea", o recopilación de la ley, donde aparece claramente la vocación de servicio de la autoridad, su función ministerial; *vid.* en general R. DE VAUX, *Instituciones del Antiguo Testamento*. Herder, Barcelona, 1964, 105-231, esp. 138-221. Para una visión elemental del pensamiento político hebreo A. TRUYOL SERRA, *Historia de la filosofía del derecho y del estado* (2 vol.). Rev. de Occidente. Madrid, 1954/75, I (3ª ed. 1961), 40-54; A. ROMERO CARRANZA, *cit.* II 37-70.

La idea ministerial hebrea pasaría íntegra —diría sin temor a errar— al pensamiento cristiano (*vid.* San Marcos 10, 41-45; puede ser de provecho nuestro *Poder y Derecho*, en RChD vol. 1 (1974), 1, 63-72), y luego medieval (vía San Isidoro de Sevilla: *vid. v. gr.*, H. X. ARQUILLIÈRE, *L'augustinisme politique* 2é. éd.). Vrin. Paris, 1972, esp. 71-94, 142-153; F. KERN, *Derechos del rey y derechos del pueblo*. Rialp. Madrid, 1955, 35-139). No quiere decir esto que las ideas de "oficio" romana y de "munus" estuvieran exentas de una significación ministerial, pero sus perspectivas obviamente son diferentes.

¹⁵ Es la idea del derecho de resistencia contra tiranos, tan desarrollados en la época medieval (*vid.* a título meramente ejemplar, F. KERN, *cit.* 124-229; A. ROMERO CARRANZA, *El derecho de resistencia a la opresión*. Omeba. Buenos Aires, 1967, esp. 17-74; GARCÍA GALLO, *cit.* I 830-837; G. BURDEAU, *Traité de science politique* (6 vol.). 1è. éd. LGDJ. Paris, 1949/56, III (1950) 445-521; E. GALÁN Y GUTIÉRREZ, *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*. Ed. Rev. de derecho privado. Madrid, 1945, 181-231; M. JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los estudios políticos* (2 vol.). Kapelusz. Buenos Aires, 1969/71, II 99-103, 118-124. U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*. Cedam: Padova, 1955, 151-174; L. DUCUIT, *Traité de droit constitutionnel* (5 vol.). 2é. éd. Fontemoing. Paris, 1921/25, III paragr. 101, 735-750. Para Juan de Salisbury y su "Polycraticus" *vid.* entre otros W. EBENSTEIN, *Los grandes pensadores políticos*. Rev. de Occidente. Madrid, 1965, 229-253; J. BENEYTO PÉREZ, *Historia de las doctrinas políticas* (4ª ed.). Aguilar. Madrid, 1964, 174; sobre tiranía 130-132; para el Padre Juan de Mariana y su "Del rey y la institución real", libro I Cap. 5 a 8, *vid.* C. HANSEN, *Ensayo sobre el pensamiento del Padre Juan de Mariana*. Edit. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1959).

¹⁶ Ello será particularmente puesto de relieve por el pensamiento pontificio de los últimos 100 años, y en especial y sobre todo por Pío XII. La dignidad de la persona humana, junto con la igualdad fundamental de todos los hombres, y el reconocimiento de derechos inalienables que posee, como sujeto de derecho, configura la concepción misma del hombre que la llamada doctrina social de la Iglesia ha venido desarrollando desde sus bases evangélicas (*vid. v. gr.* E. GUERRY, *La doctrina social de la Iglesia* (3ª ed.). Rialp, Madrid, 1963, 71-130; también PH. DE LA CHAPELLE, *La déclaration universelle des droits de l'homme et le catholicisme*. LGDJ. Paris, 1967, 207-283, espec. 226-246 "la dignité naturelle de l'homme"; puede ser útil respecto a la idea de personalidad que origina el cristianismo, CH. NORRIS COCHRANE, *Cristianismo y cultura clásica*. Fondo de cultura económica. México, 1949, cap XI *Nostra philosophia*, el descubrimiento de la personalidad 389-442).

Ésa dignidad del hombre, de la persona, no le viene sino del hecho de ser imagen de Dios (Pío XII, *Mensaje de Navidad* 1944 (Benignitas et humani-

tas) 22; particular desarrollo ha dado este grande y sapientísimo Papa a la dignidad esencial del hombre, con todas las consecuencias que ello trae aparejado en el orden político: *vid.* también esp. su *Mensaje de Navidad* 1942 (Los fundamentos del orden interno de los Estados, o de la convivencia social) 35ss; ya desde su primera encíclica (*Summi pontificatus*, de 1939), sobre la solidaridad humana, haría ver la importancia fundamental de reconocer y respetar esa dignidad, pero centrada en Dios y vivificada en Cristo, recordando aquello de San León Magno: ¡recuerda, oh cristiano, tu suprema dignidad!).

De esa dignidad, que es la dignidad de la imagen de Dios, emana lo que se ha llamado la "constitución cristiana", es decir la ordenación de la sociedad, la persona y el estado según los principios católicos, desarrollados por la Iglesia a través de los tiempos, y especialmente desde León XIII a Pío XII (*vid.* v. gr. la exposición sintética y el sumario sistemático de A. Martín Artajo, que introduce a *Doctrina Pontificia. Documentos políticos*. BAC. Madrid. 1958, 11-176; en esta obra pueden encontrarse los documentos que hemos citado y citaremos a continuación).

Debe advertirse —para evitar malos entendimientos— que cuando decimos respecto a la "dignidad del hombre", de la persona, no tiene relación alguna con el aprovechamiento político partidista que muchas veces se hace de la Iglesia y del pensamiento pontificio, y del Evangelio. Ha de recordarse las siempre sabias enseñanzas —y aún de actualidad— de aquel gran Pontífice que fuera el esclarecido León XIII: "querer implicar a la Iglesia (*sed Ecclesiam trahere ad partes*) en querellas de política partidista o pretender tenerla como auxiliar para vencer a los adversarios políticos, es una conducta que constituye un abuso muy grave de la religión" (*Sapientiae Christianae*) (los deberes del ciudadano cristiano) de 10.1.1890, parágr. 15; ello será reiteradamente enseñado por el mismo León XIII, en la *Cum multa* (8.12.1882), en la *Graves de communi* (18.1.1901). San Pío X lo recordará en *Notre charge apostolique* (25.8.1910), que condena como hereje al movimiento "Le sillon", y luego en el Decreto de condena del movimiento "L'action française", publicado el 29.12.1926, por Pío XI; lo confirmará una vez más Pío XII en su *Mensaje de Navidad*, 1951, sobre la aportación de la Iglesia a la paz; o aún "los hombres que subordinaren todo al triunfo previo de su respectivo partido, aun en el caso que les parezca ser éste el medio más apto para la defensa de la religión, quedarían acusados y convictos de anteponer, de hecho, por una funesta inversión de ideas, la política, que divide, a la religión que une" (*Notre consolation* (sobre bien común y las diversas formas de gobierno) de 3.5.1892, parágr. 18). San Pío X dirá pocos años más tarde: "...la Iglesia ha dejado siempre a las naciones la preocupación de darse el gobierno que juzguen más ventajoso para sus intereses". Lo que nos queremos afirmar una vez más, si-

* Esta enseñanza es clásica en el pensamiento de la Iglesia: si se trata de cuestiones meramente políticas, del mejor régimen político, de tal o cual forma de constitución política, está permitida una honesta diversidad de opiniones (León XIII, *Immortale Dei cit.* parágr. 23). "La elección de una u otra forma política es posible y lícita con tal que esta forma garantice eficazmente el bien común y la utilidad de todos" (*Immortale Dei cit.* parágr. 2); "No hay razón para que la Iglesia desaprobe el gobierno de un solo hombre o de muchos, con tal de que ese gobierno sea justo y atienda a la común utilidad" (*Diuturnum illud cit.* parágr. 4); "La Iglesia no condena en modo alguno las preferencias políticas, con tal que éstas no sean contrarias a la religión y la justicia" (*Cum multa cit.* parágr. 3); "La Iglesia no condena forma

guiendo a nuestro predecesor [León XIII] es que hay un error y un peligro en enfeudar, por principio, el catolicismo a una forma de gobierno; error y peligro que son tanto más grandes cuanto se identifica la religión con un género de democracia cuyas doctrinas son erróneas (*Notre charge apostolique* cit. par. 31, con resonancias tan actuales para los chilenos, que parecerían palabras dirigidas ex profeso a ciertas posiciones políticas que se dicen cristianas, y que evocan curiosamente las mismas posiciones que San Pío X condenaba como herética en el documento citado). Pío XII, con su lucidez y penetración características, iría en la misma línea 50 años más tarde, ampliándola aún más: "Los hombres políticos, y a veces incluso hombres de Iglesia, que intentaren hacer de la Esposa de Cristo su aliada o instrumento de sus combinaciones políticas nacionales o internacionales, lesionarían la esencia misma de la Iglesia, dañarían la propia vida de ésta; en una palabra, la rebajarían al mismo plano en que se debaten los conflictos de intereses personales. Y esto es y continúa siendo verdad aunque se haga por razones e intereses en sí mismos legítimos" (*Mensaje de Navidad, 1951, cit. parágr. 8*).

¹⁷ Si la Constitución Política es norma jurídica, esto es, constituye derecho, ha de ser entonces, expresión de lo justo, su objeto es lo justo; como se trata de regular básicamente la relación entre la comunidad y la autoridad que la dirige, dicha relación es una relación finalizada a repartos, atribuciones, distribuciones, y por tanto, trata de concretar lo justo distributivo, lo justo común. De allí, que el texto constitucional sea un texto fundamento de la justicia distributiva que realizar en una comunidad dada, y, en consecuencia, deba acomodarse, adecuarse, ajustarse, a sus principios.

¹⁸ No se vea en esto sentido peyorativo alguno, que no es esa nuestra intención, sino una descripción descarnada y sin eufemismos de la realidad pura y simple.

¹⁹ Hablo de responsabilidad jurídica propiamente tal, se decir, la obligación de dar cuenta de sus propios actos ante el juez, en la medida que sus actos hayan producido un daño o lesión antijurídica a un tercero o grupo de terceros, y el deber consecuencial de reparar dicho daño, indemnizando al agraviado. Y en tal sentido ¿es o ha sido acaso el Presidente de la República responsable en el derecho chileno? y respecto de los ministros ¿es acaso, o ha sido, distinta su situación en la realidad?

²⁰ ¿No son, acaso, los parlamentarios el caso más típico de absoluta irresponsabilidad jurídica por su actuación tanto de legislador como de representantes *lato sensu*? ¿No sería, tal vez, pertinente revivir la sana costumbre griega de hacer responsable al legislador por las leyes que propiciara? (*vid. v. gr. T. CHADWICK, Instituciones jurídico-políticas en la Atena del siglo V AC, en RDP 18 (1975) 47*).

alguna de gobierno, con tal que sea apta por sí misma para la utilidad de los ciudadanos" (*Libertas praestantissimum* (20.6.1888), parágr. 32); "Se puede afirmar igualmente con toda verdad que todas y cada una [de las formas de gobierno] son buenas, siempre que tiendan rectamente a su fin, es decir, al bien común, razón de ser de la autoridad social" (*Au milieu des sollicitudes* (16.2.1892) parágr. 15); finalmente "la Iglesia católica, no estando bajo ningún respecto ligada a una forma de gobierno más que a otra, con tal que queden a salvo los derechos de Dios y de la conciencia cristiana, no encuentra dificultad en avenirse con las diversas instituciones políticas, sean monárquicas o republicanas, aristocráticas o democráticas" (Pío XI, *Dilectissima nobis* (3.6.1933) parágr. 6).

²¹ Sobre la increíble posición de la Corte Suprema en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, vid. recientemente P. PIERRY, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, en ADA I (1975/76) 484-496, y nuestro *La responsabilidad extracontractual del Estado administrador, un principio general del derecho chileno*, en RDP 21/22 (1977) 149-156, más ampliamente en RD 165 (1977) 131-139, esp. 132, nota 3.

No es tan ajena a Kafka, tampoco, la posición de nuestros tribunales (y ya desde 1925 adelante) en lo referente al control jurisdiccional de los actos de la Administración, es decir, el llamado contencioso anulatorio: vid. nuestro reciente *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia*, en RDP 21/22 cit. 233-249; antes, nuestro *La competencia contencioso administrativa de los tribunales ordinarios de justicia*, en RChD 1 (1974) 3/4, 349-359.

²² Y no sólo que existan las debidas garantías procesales, sino que el juez actúe dando la debida protección, y no dimita de su función buscando subterfugios muchas veces pueriles para no conocer de las contiendas en que es parte la Administración (como ha ocurrido entre nosotros, por desgracia, tanto en el problema llamado de lo contencioso administrativo, como en el de la responsabilidad del Estado (vid. nota precedente), y como ha estado lamentablemente también ocurriendo con el recurso de protección al restringir sobremanera su admisibilidad, no obstante su amplitud, según ha quedado expresamente establecido en las Actas de la Comisión de reforma constitucional.

²³ Sobre el procedimiento administrativo, vig. v. gr. A. GORDILLO, *Procedimiento y recursos administrativos* (2ª ed.). Ed. Macchi, Buenos Aires, 1971; más ampliamente M. S. GIANNINI, *Corso de diritto amministrativo* (4 vol.). Giuffrè, Milano, 1969, el vol. IV; para la visión inglesa de la materia (*inquiry*) vid. H. W. R. WADE, *Administrative Law* (3rd. edn.), Clarendon Press, Oxford, 1974, 219-253; J. L. BOUSSARD, *L'enquête publique en Angleterre*. PUF, Paris, 1969; de modo breve y elemental, nuestro *Notas sobre el procedimiento administrativo en el derecho inglés*, en RDP 16 (1974) 59-66. Valga recordar aquí, a propósito de la participación, las lúcidas palabras de Gaudemet cit. 192 "si le peuple n'est pas seul maître de la cité, c'est lui cependant qui l'anime et c'est pour lui qu'elle est organisée".

²⁴ No se entienda, pues, esta visión como tributaria de liberalismo, ya que la misión de la autoridad no es ni puede ser meramente gendarme o guardiana de hipotéticas libertades, sino que promotora del bien común y concertadora de todos los esfuerzos individuales y societarios de las personas en pro de la búsqueda y realización de esas condiciones sociales que permitan a cada miembro de la comunidad política su pleno desarrollo tanto material como espiritual. Y, por otra parte, la persona no es sólo sujeto de derechos sino también de deberes, tanto respecto de sus semejantes como respecto de la sociedad de la cual forma parte.

²⁵ Sólo puede conocer la verdad quien no quiere nada para sí mismo, nos recuerda Santo Tomás.