

IUS PUBLICUM

Nº 41 / 2018



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 41 / 2018

Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998
ISSN 0717- 4063

Impreso en
Andros Impresores
www.androsimpresores.cl
Santa Elena 1955 - Santiago de Chile

IUS PUBLICUM

Publicación semestral de la Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

DIRECTOR:

Prof. Eduardo Soto Kloss

CONSEJO CIENTÍFICO:

Prof. Álvaro D'Ors (†) - Prof. Miguel S. Marienhoff (†) - Prof. Antonio Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela) - Prof. Miguel Ayuso Torres (Universidad de Comillas/España) - Prof. Mariano R. Brito (†) - Prof. Rodolfo C. Barra (Universidad Católica Argentina/Buenos Aires) - Prof. Bernardino Bravo Lira (Instituto de Chile).

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Prof. Eugenio Pérez de Francisco (Universidad Antonio de Nebrija / Madrid) - Prof. Marcelo Elissalde Martel (Universidad Santo Tomás) - Prof. Joaquín García-Huidobro (Universidad de los Andes) - Prof. José I. Martínez Estay (Universidad de los Andes) - Prof. Hugo Zepeda Coll (Universidad Santo Tomás).

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

Prof. Aníbal Rodríguez Letelier

REPRESENTANTE LEGAL:

Catalina Ugarte

Redacción y Administración de Ius Publicum
Avenida Ejército 146 - 6° piso - Edificio Rectoría
Santiago de Chile
teléfonos 22-362 4929 - 22-362 4825 • fax 22-360 1376
e-mail: esotokloss@santotomas.cl

Suscripción anual (2 números): Chile \$ 20.000.

Extranjero aéreo certificado: US\$ 50.

Ejemplar suelto: \$ 10.000.

Enviar cheque nominativo y cruzado a nombre de
Abril Publicidad Ltda.

Las solicitudes de compra, suscripción, canje y colaboraciones dirigirlas a
IUS PUBLICUM

Avenida Ejército 146 - 6° piso (edificio Rectoría) - Santiago de Chile.

Los puntos de vista manifestados en IUS PUBLICUM expresan el concepto de los autores
que en esta revista escriben, y no representan necesariamente la opinión de la Institución.

IUS PUBLICUM se publica semestralmente por la Dirección de Publicaciones Jurídicas
de la Universidad Santo Tomás.

Vol. 21 N° 41
SEPTIEMBRE 2018

ÍNDICE

ESTUDIOS

LYDIA JIMÉNEZ: <i>La devaluación de la razón. Urgencia del pensamiento tomista en la universidad del siglo XXI</i>	11
ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT: <i>Guardianes de la humanidad</i>	23
CARLOS A. CASANOVA: <i>Propiedad, hurto, robo y destino universal de los bienes</i> ..	35
ADOLFO PAÚL LATORRE: <i>La disposición constitucional octava transitoria es inconstitucional</i>	65
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>La fundamentación del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno</i>	87
ENRIQUE DÍAZ BRAVO: <i>La Contraloría General de la República de Chile, como foro de tutela de la contratación pública</i>	109
KATHERINE ZAMBRANO ROMÁN: <i>Tramitación electrónica</i>	135
MAYERLIN MATHEUS HIDALGO Y LUIS HERRERA ORELLANA: <i>La teoría de la elección pública y los "fallos" de la administración: A propósito de un caso de actividad de fomento</i>	143

IN MEMORIAM

LUIS I. AMORÓS: <i>El caso de Alfie Evans</i>	155
---	-----

CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. Reflexiones éticas: P. Raúl Hasbún Z., Max Silva Abbott, José J. Ugarte Godoy, Enrique García Márquez, Dr. Matías Ubilla. Reflexiones fuertes: Guillermo Juan Morado, P. Raúl Hasbún Z., Ignacio Aréchaga, Jorge Martínez</i>	187-206
---	---------

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Paulus Pp. VI, <i>Carta Encíclica Humanae Vitae</i> . Mary Eberstadt, <i>El poder profético de la Humanae Vitae</i> . Carlos Casanova Guerra, <i>Humanae Vitae y Veritatis Splendor como exposiciones del Derecho natural, contrastadas con la irracionalidad de su rechazo. Todos los temores expresados por Pablo VI se han cumplido. La anticoncepción es parte de la cultura de la muerte. Carta pastoral con motivo del 50º aniversario de la encíclica Humanae Vitae de los Obispos de Astana/Kazajistan. En el Reino Unido: Cientos de sacerdotes británicos firman una declaración respaldando a la Humanae Vitae. Todos los males de los que advirtió se han cumplido. S. S. Pío XII. Soyez les bienvenues. Discurso sobre los errores de la moral de situación (Viernes 18 de abril de 1952)</i>	209-249
---	---------

ACTUALIDADES

I. Eugenesia, otro atentado en contra de la vida humana	253
II. Vida y libertad religiosa	267
III. Rectificando la historia	270
IV. Defensa del Tribunal Constitucional	272

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (16.5.2018), Soto Abarca, Adriana c/Dirección de Previsión de Carabineros y Gendarmería de Chile (Recurso de protección - Rol 34.218-2017) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)	281
Juzgado de Letras de Santiago. 2.4.1864. Corte Suprema. 8.6.1864. Valdés con Ferrocarril del Sur. GT N° 1145 [1864], p. 388 (N° 1081) (Expropiación: legalidad y finalidad/Imperatividad de los contratos/Indemnización a un privado por pérdida de ventaja económica futura) (Comentario de Gabriel Bocksang Hola)	293

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE LIBROS	305
RESEÑA DE REVISTAS	307
NOTICIAS	311
EDICIONES IUS PUBLICUM	315

ESTUDIOS

LA DEVALUACIÓN DE LA RAZÓN. URGENCIA DEL PENSAMIENTO TOMISTA EN LA UNIVERSIDAD DEL SIGLO XXI*

Lydia Jiménez**

SUMARIO: I. La devaluación de la razón. II. Misión de la universidad. III. La universidad del siglo XXI. IV. Santo Tomás de Aquino a la universidad del siglo XXI.

I. LA DEVALUACIÓN DE LA RAZÓN

La razón es esta facultad del alma espiritual por la que nos asemejamos a Dios (*logos*) y nos conformamos con la realidad; nos “hacemos, en cierto modo, todas las cosas”, que no son sino ideas de Dios que han tomado cuerpo. La experiencia de todos los hombres –una experiencia interior, espiritual, espontánea– constata que conocemos la realidad y también la realidad del amor, de la justicia, de nuestra alma, de la libertad, de las realidades espirituales, de Dios, en fin, a partir de datos que nos proporcionan los sentidos. Sobre esta razón actúa la fe.

Pienso que cuando alumbró la razón en el primer hombre, lo primero que haría sería asombrarse, no hacer cálculos utilitarios. Asombrarse ante la realidad, ante la grandeza del otro ser humano (la mujer). Y con el asombro, surgiría la admiración, la alegría íntima y el amor, el respeto y la elevación espontánea hacia su Autor. Es el comportamiento lógico de una inteligencia en toda su pureza. Solo después vendría –por tentación del Maligno– el afán desordenado de dominio y, con él, la enfermedad de la razón.

Como dijera Platón y Aristóteles, la sabiduría comienza con el asombro, el cual despierta el amor (*filo-sofía*). El estupor ante el misterio es el punto de partida del saber propiamente humano. El estupor rima muy bien con el amor y con la fe, y es que la razón está unida a las demás facultades.

*Conferencia del 20.7.2018, en el Congreso conmemorativo de los 25 años de la fundación del Consejo Internacional de Universidades Santo Tomás (ICUSTA) fundado por la Universidad Santo Tomás, de Santiago de Chile, bajo el impulso de su Rector, don Gerardo Rocha Vera en 1993.

**Licenciada en filosofía (Universidad Complutense/Madrid), Presidenta del Consejo Directivo de la Universidad Católica de Ávila/España, Directora General de las Cruzadas, Santa María.

En esta armónica unión, el hombre se eleva, como águila, sobre la tierra, hacia su Patria. Razón y fe y caridad van unidas.

Pero el pecado original rompió esta armonía. Con la filosofía moderna se hace explícita la ruptura entre fe y razón, absolutizando esta; pero también comenzó entonces el proceso de devaluación de la razón, negándole la posibilidad de conocer lo trascendente. Esta razón, ajena a la fe y a la metafísica, sería la dueña del mundo (“saber es poder”), imponiendo su dogma: Solo hay una verdad, la científica-experimental; el resto –en realidad las cosas que más nos importan, las del sentido– es fruto de la creencia, opinable y relativa. Así podríamos ser tolerantes.

Pero en vez de tolerancia vino el fanatismo de la Revolución Francesa, las revoluciones del XIX, las dos guerras mundiales del XX y la “tercera, por partes” (Papa Francisco), del XXI. Tiene razón Benedicto XVI: no habrá paz si no se desmantela el relativismo.

Porque relativismo y científicismo vinieron juntos. Husserl, en *La crisis de las ciencias europeas* –ya era patente el triunfo de Hitler y la amenaza de una nueva guerra– critica la devaluación de la razón que hay en ambas actitudes: *la falta de sentido en la razón experimental, y de racionalidad y orden en el relativismo*. Husserl hizo una llamada a recuperar el *Logos* de la filosofía clásica, que *explica el sentido desde la racionalidad*, ese sentido que busca, inconscientemente la humanidad y da unidad y orden a los conocimientos científicos. Es necesario –afirma Husserl– *mantener unidos la racionalidad y el sentido de la existencia*. La racionalidad que destruyó el relativismo y el sentido que desconoce y desprecia la razón positivista. La tragedia ha sido separarlas, sentenciando que lo referente al sentido de la existencia, a lo espiritual, no es ciencia, sino opinión; y que solo lo experimentable es racional, científico y eficaz.

La universidad del s. XX se montó sobre este dogma: racionalidad y sentido de la vida se oponen. Y como la universidad es el campo de la racionalidad, había que excluir de ella el sentido (la ética, la dignidad de la persona, Dios...). Creo que este planteamiento explica por qué tantos intelectuales pusieron su saber al servicio del nazismo.

Como esa “racionalidad” era una sinrazón, vino la 2ª guerra mundial y luego la crítica filosófica que desveló su absurdo. La Fenomenología, el Existencialismo, el Personalismo, la Escuela de Frankfurt fueron las corrientes críticas de esta “razón” irracional. Pero como somos muy olvidadizos, enseguida la razón calculadora y burguesa, ajena al sentido, se adueñó de nuevo de la sociedad y de la Universidad.

Recordemos el Mayo de 1968 y los lemas de La Sorbona:

Prohibido prohibir.

La imaginación al poder.

No queremos un mundo donde la garantía de no morir de hambre supone el riesgo de morir de aburrimiento.

Seamos realistas, exijamos (hagamos) lo imposible.

*Olvídense de todo lo que han aprendido. Comiencen por soñar.
Mis deseos son la realidad.
Abraza a tu amor sin dejar tu fusil.
En los exámenes, responda con preguntas.
Sí a Heráclito, no a Parménides, etc.*

Años antes, Jacques Maritain y su novia, Raissa, buscadores de la verdad, habían decidido no seguir viviendo si no encontraban que la vida tuviera sentido. La fe, que encontraron a través de la amistad de Leon Bloy y otros, les salvó. En mayo del 68 había muchos sedientos de verdad, o, al menos, hartos de esa “racionalidad” burguesa pero no encontraron, quizá, amigos como Bloy.

El marxismo, aliado del existencialismo y freudismo, supo aprovecharse de esta repugnancia ante lo absurdo, sembradora de inquietud, e hizo de aquellos jóvenes, luchadores violentos. Nunca faltan injusticias sociales y es propio del joven rebelarse. Nace el “feminismo radical” con Simone de Beauvoir y su lucha contra la maternidad y la familia, entendidas como medios opresivos. No supieron dar con la razón de la sinrazón, y culparon a la razón de todo. Pero no era la razón la culpable, sino esa razón devaluada, ajena al sentido, la reductiva y dominadora razón técnica que ya criticara Husserl. Y para criticarla, reivindicaron de nuevo el relativismo, el sentimiento, la imaginación y la libertad sin verdad. En el fondo, como siempre, muchos buscaban (otros, no) el *Logos*, el sentido de la vida, pero inadecuadamente.

Pasa el 68. Muere el marxismo y “las ideologías”, o más bien, se transforman en otras: Neoliberalismo, Mercado, Democracia, Bienestar, Globalización, Género... Y llegamos al siglo XXI donde parece que, efectivamente, ha triunfado Heráclito en esta “Sociedad líquida” (Bauman). Pero hay una constante permanente: siempre se trata de la negación del ser, de la verdad, siempre es la devaluación de la razón, y, por ello, del hombre, porque siempre se trata de la oposición al plan de Dios creador, a la naturaleza. Y, negado el fundamento, no nos sostenemos; estamos desasosegados, a la vez que, parmenídeamente, mortalmente, estáticos, pasivos, bloqueados, sin cambiar profundamente.

II. MISIÓN DE LA UNIVERSIDAD

¿QUÉ BUSCA QUIEN VIENE A LA UNIVERSIDAD?

Romano Guardini comenzaba con esta pregunta una conferencia sobre la “Responsabilidad del estudiante para con la cultura”, en 1954¹. Respondía

¹Munich. Publicada recientemente con el título *Tres escritos sobre la universidad*, Navarra, EUNSA, 2012.

con cuatro objetivos que, según él, muestran el sentido y la misión de la Universidad.

En primer lugar, el alumno busca crecer, realizarse como persona y eso incluye muchas más cosas que un programa de estudios. Pienso de nuevo en la universidad de París y en san Alberto Magno, santo Tomás y san Buenaventura, cómo se ayudaron a crecer; años después, san Ignacio, san Francisco Javier, san Pedro Fabro y otros compañeros; y años después, Maritain y Raissa...

*En segundo lugar, el estudiante busca prepararse para una profesión, base de su vida futura. Fin muy digno, si entendemos la profesión como servicio a la sociedad y no como mero medio de ganar dinero. En este punto, la Universidad, dice Guardini, debe exigir *seriedad en la responsabilidad intelectual*. Es decir, se trata no de acumular conocimientos sino *asimilarlos*, de amueblar las mentes, formar criterios, pues se necesitan profesionales sensatos y prudentes, competentes.*

En tercer lugar, el estudiante busca investigar: buscar la verdad, por ella misma, sin preguntarse por la aplicabilidad de lo hallado. Apasionante y fatídica tarea porque no tiene fin, pues cada nuevo descubrimiento abre muchos más. Es preciso aquí seriedad en la búsqueda de la verdad, sin intereses. Libertad en la verdad.

*En cuarto lugar, el estudiante busca la verdad, sin más. Sin la verdad la Universidad se pone enferma, afirma Guardini. Pero esta "verdad" va más allá de la corrección, que es la verdad en los contenidos de cada disciplina; se trata de la *verdad como tal*, que no es otra cosa que la verdad última sobre el sentido de la vida.*

La primacía de la verdad última no desplaza a las verdades próximas de las ciencias particulares, lo que hace es dar sentido y orden al conjunto del saber. Se habla de *Interdiscipliniedad*, y es parte de la misión de la Universidad, pero es imposible sin un principio rector. ¿Dónde ponerlo? Sin duda en el fundamento del ser, de la verdad, de la belleza, del bien, de la unidad: Dios. Por Él, el uni-verso –misma raíz que "uni-versidad"– es Cosmos (orden) y la Universidad debe ser un *Cosmos del saber*, de mutuo enriquecimiento y fecundidad, en la clave de unión, que es Dios, un Dios-Verdad, que se "vierte" hacia ("versus") todos los seres...

Misión sublime la de la Universidad: búsqueda, en común y en amistad, de la verdad, sinfónica, que realice al hombre, le dé sentido y le prepare para una profesión al servicio del bien común. Verdad operante y en salida para lograr una sociedad feliz.

Para lograr esto la Universidad debe ser libre, autónoma, respecto al Estado o al Mercado.

*El Papa Benedicto XVI, en el discurso que no llegó a leer en la Universidad de la Sapienza (Roma, 2008), decía algo parecido al señalar tres características que definen la universidad y su misión: la *autonomía* (libertad frente a las autoridades políticas o de otro tipo); el *afán de co-**

nocimiento, propio del hombre, que quiere saber qué es todo lo que lo rodea, que quiere la verdad; y, en tercer lugar, el compromiso *de vivir esta verdad, ponerla en práctica*. Benedicto XVI insistía en afirmar que la verdad nunca es solo teórica y recordaba a san Agustín: *el simple saber produce tristeza*. Tiene que haber siempre una práctica de todo saber, no necesariamente de experimentación positiva y de utilidad medible, sino la realización del bien, personal y social.

Le es preciso a la universidad comprender que la Filosofía y la fe sí sirven, y para mucho; sirven sin ser siervas sino de la verdad; sirven porque “reinar es servir”. Al defender esto no se trata de que la Universidad deba pretender el saber por el saber. Platón y Marx lo criticarían, pues es preciso transformar el mundo y a sí mismos. La verdad es teórico-práctica. Saber para hacer y obrar, siempre para el bien común. La verdad sí sirve, y mucho. La Universidad tiene que demostrarlo.

El beato cardenal Newman defiende que *no hay Ciencias sin Humanidades* pues estas forman mejor la cabeza que aquellas, en la cuestión del fundamento y del sentido. Dice que, si las ciencias y las técnicas han florecido en Occidente es, en primer lugar, porque fue un ámbito y una cultura en la que se cultivó la interioridad; así el hombre encontró las razones para comprender el mundo. Por el cultivo del espíritu surge la Universidad y la civilización, por este cultivo se mantuvo².

Así pues: Misión de la Universidad: Búsqueda de la verdad, para difundirla y hacerla cultura. Para ello, autonomía en la verdad. ¿Cumple esta misión la Universidad del siglo XXI?

III. LA UNIVERSIDAD DEL SIGLO XXI

Hay una diferencia radical respecto a aquellas universidades que nacieron para buscar juntos, maestros y discípulos, la verdad. El objetivo ahora no es este. *Benedicto XVI*, en su discurso a los jóvenes profesores universitarios en El Escorial (Madrid, 2011) decía: *La Universidad encarna un ideal que no debe desvirtuarse ni por ideologías cerradas al diálogo racional, ni por servilismos a una lógica utilitarista de simple mercado, que ve al hombre como mero consumidor*.

Apuntaba al mismo peligro que denunciara Husserl y que sigue vigente: *Sabemos –decía– que cuando la sola utilidad y el pragmatismo inmediato se erigen como criterio principal, las pérdidas pueden ser dramáticas: desde los abusos de una ciencia sin límites, más allá de ella misma, hasta*

²Cf. “Cristianismo y Letras”, conferencia impartida en la Facultad de Filosofía y Letras en noviembre de 1854, publicada por la Universidad Católica de Irlanda. En *Idea de la Universidad* (2104), pp. 33 siguientes.

el totalitarismo político que se aviva fácilmente cuando se elimina toda referencia superior al mero cálculo de poder.

La Universidad del siglo XX no supo unir racionalidad y sentido, a pesar de las muchas voces críticas y revueltas estudiantiles. *Hoy la vemos sumisa al Mercado*, incluso gozosa de ser considerada, ante todo, un bien de producción económica. Paradójicamente, en la “era del conocimiento”, éste ha pasado a considerarse valioso, no en sí mismo, sino como *medio de formar “capital humano”*, superior al capital financiero. De ahí la inversión del Estado y empresas en preparar “personal cualificado”.

No es que la Universidad anteriormente no tuviese entre sus fines formar profesionales, pero lo hacía paralelamente a la formación general, como personas. Tampoco es que hayan desaparecido por completo ahora las Humanidades, pero sí se aprecia que los criterios pragmáticos de la razón devaluada –“sierva”–, predominan y deslizan la misión de la Universidad hacia la satisfacción de las demandas del mercado, a través de las empresas e instituciones. Como estas demandas rigen a escala mundial, se estandarizan los métodos y contenidos educativos la “gestión empresarial” y la “profesionalización” de los docentes, exigida por la competitividad del mundo globalizado. Las organizaciones internacionales imponen programas, métodos, evaluaciones y comparaciones de rendimiento académico orientadas a imponer un modelo hegemónico mundial. El saber se hace “siervo” y la *autonomía de la Universidad*, esencial a su identidad, *se debilita*.

El “capital humano” define al trabajador en función, sobre todo, de su aptitud para producir e innovar –en la sociedad del descarte, esto es esencial–. Se pide a la educación que eduque no en contenidos, porque estos quedan obsoletos cada vez más pronto, sino en “competencias” –término tomado del mercado–, siendo la principal competencia la habilidad innovadora, la capacidad de sobreponerse a las crisis y exigencias del mercado buscando soluciones nuevas. El título universitario se devalúa, sobre todo si refleja la enseñanza tradicional, y las empresas son muchas veces las que determinan el currículo académico e, incluso, las que imparten el aprendizaje a sus empleados. La formación integral es sustituida por los nuevos valores de la eficacia, movilidad, rentabilidad³.

Bien, pues *¿cómo conciliar racionalidad y sentido, verdad y praxis?*

El doctor Angélico nos puede ayudar a descubrir el sentido en todos los campos y disciplinas del saber, aún en aquellas que ni él mismo sospechara, como las nuevas tecnologías; y nos puede ayudar a unir teoría

³Cf. Corrales Ayala, Salvador, *La Misión de la Universidad en el Siglo XXI*. Revista Razón y palabra. Versión digital www.razonypalabra.org.mx/antecedentes/n57/sccorrales.html. En Laval, Christian: *La escuela no es una empresa, el ataque neoliberal a la enseñanza pública*. México, Paidós, 2004.

y praxis, contenidos y competencias, que aparecen a veces reñidos en los nuevos métodos.

SANTO TOMÁS DE AQUINO A LA UNIVERSIDAD DEL SIGLO XXI

Nos dirigimos a él confiados, pues el Patrón de las universidades y *doctor humanitatis* como le nombró Juan Pablo II nos tiene que enseñar a humanizar este mundo. Como él es maestro en dar soluciones a las dificultades más arduas, le planteamos el problema: *¿Es posible unir hoy racionalidad y sentido? ¿Es posible la autonomía de la universidad hoy?*

Parecería que no es posible por todo lo dicho, por la férrea imposición de la liquidez por parte del Mercado, que no soporta la solidez del pensamiento tomista. Pero su solidez, no rígida sino dinámica y viva, mostrará que sí es posible.

¿Cómo conciliar racionalidad y sentido?

Santo Tomás se enfrentó en su siglo a problemas parecidos. En el fondo, es el problema de la relación razón-fe. Ante las interpretaciones averroístas de Aristóteles, filósofo que seducía entonces, pero que, según esas interpretaciones, parecía oponerse a la fe y al hombre, pues negaba su alma individual, con lo cual le despersonalizaba, Tomás de Aquino buscó la verdad, con libertad, al margen de sistemas o modas: se puso a investigar qué era lo que realmente decía Aristóteles. Tradujo sus obras, no fiándose de las traducciones árabes ni de la interpretación averroísta, convencido de que la razón, sin ser esclava de la fe, obra prudente y racionalmente al no fiarse de lo que la contradice. Y demostró que entre la razón y la fe hay una armonía natural, que Aristóteles servía mucho mejor que Platón para dar cuerpo racional a la fe cristiana. Esta fue la gran obra de santo Tomás –dice Benedicto XVI–⁴, que en ese momento de enfrentamiento entre dos culturas –un momento en que parecía que la fe debía rendirse ante la razón– mostró que van juntas, que lo que parecía razón incompatible con la fe no era razón, y que lo que se presentaba como fe no era fe, pues se oponía a la verdadera racionalidad. Así, creó una nueva síntesis, que ha formado la cultura de los siglos sucesivos.

La fecundidad de este principio fundamental de la armonía fe-razón, es muy fecundo en todos los campos del saber y del obrar: teología, metafísica, ética, antropología, filosofía de la naturaleza, psicología, política, derecho, ciencias y técnicas en general. Se aprecia que es posible la interdisciplinariedad cuando está regida por un principio rector –universidad, “cosmos del saber”–. Este principio no puede ser otro que Dios,

⁴Catequesis sobre Santo Tomás, 16 de junio, 2010.

fundamento del Orden universal. Toda ciencia es estudio del orden en cualquier campo.

Y, así, hemos comprobado que las más actuales teorías físicas –cuando no se salen de su campo– no se oponen a la fe. La teoría del *big bang* es perfectamente compatible con las vías tomistas –e incluso lo son las teorías que postulan un universo eterno en el tiempo, pues santo Tomás no veía contradicción en que Dios lo hubiese creado desde la eternidad–. En el campo de la biología, vemos cómo su filosofía de la naturaleza es acorde con la teoría de la evolución; y el hilemorfismo aristotélico, que santo Tomás adopta como explicación del ser material, es perfectamente compatible con las teorías científicas –de nuevo, siempre que estas se mantengan en su campo–. Su Filosofía de la naturaleza y Teología, sin pisar terreno científico, aporta soluciones a problemas que la ciencia misma, con sus métodos, no es capaz de resolver, pero que, lógicamente, se plantea, como el de la causalidad, finalidad, azar, providencia, milagros...

Ciencia experimental, Filosofía y Teología son campos del saber distintos y complementarios, necesitados unos de otros y no contrapuestos, en la medida en que busquen la verdad, que es una. El progreso de la ciencia nos convence cada vez más de la racionalidad del universo, de su orden y sentido, de su cognoscibilidad y de la necesidad de un Creador personal e inteligente. Todo ello, ciertamente, no entra dentro de la ciencia experimental, pero lejos de contradecirla, la complementa. La Iglesia ha promovido la Pontificia Academia de Ciencias a la que pertenecen científicos destacados, creyentes o no. No tiene miedo de la verdad. Solo pone vetos a una experimentación que ponga en peligro la dignidad del hombre y de la naturaleza.

En el terreno de las *Ciencias Sociales* se aprecia también la fecundidad de la armonía fe-razón. Pensemos en el *Derecho y la Política*. Los intelectuales que intervinieron en la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, acordes en los mismos, no supieron fundamentarlos, salvo Maritain, filósofo tomista. La raíz de la universalidad de estos derechos está en los derechos naturales del hombre y su dignidad que, sobre bases tomistas elaboraron los teólogos de la Escuela de Salamanca. Santo Tomás es un teórico muy práctico, pues nada hay más práctico que la verdad. Su teología y filosofía es siempre aplicada y aplicable a casos concretos. Y, así, sus teorías sobre el “dominio” legítimo de los niños, de los “amentes”, de los que no tienen fe fueron decisivas para la defensa de Francisco de Vitoria de los derechos de los indios recién descubiertos y la enorme repercusión, teórica y práctica, de sus teorías en Europa y América. La Escuela de Salamanca, de bases tomistas, dio soluciones eficaces a problemas económicos, sociales, políticos, morales de la sociedad de entonces y también de ahora.

En cuestiones candentes de actualidad como la *Ecología, Bioética*, etc., sorprende también la compatibilidad de su filosofía con la fe y con

la ciencia actual y, al mismo tiempo, su necesidad ante los graves peligros de la biotecnología cuando se oscurece el orden natural. Dice así Benedicto XVI: *Cuando se niegan la ley natural y las responsabilidades que conlleva se abre trágicamente el camino al relativismo ético en el ámbito individual y al totalitarismo del Estado en ámbito político. La defensa de los derechos humanos universales y la afirmación del valor absoluto de la dignidad humana se basan en un fundamento ¿No es la ley natural ese fundamento, con los valores no negociables que indica?* (Catequesis sobre Santo Tomás. 16-6-2010).

En el terreno de la *Psicología y Antropología*, no se puede negar –santo Tomás no lo negaría, pues es un hombre abierto a la verdad, venga de donde venga– los aportes de la psicología científica y experimental, porque el hombre es una unidad de alma y cuerpo, y la corporeidad puede ser medida, pero se mantiene inmovible el orden esencialmente distinto del espíritu y ello impide caer en el reduccionismo de tantas escuelas psicológicas y antropológicas, con grave daño del hombre. La unidad sustancial cuerpo-alma, es fuente de luz que disuelve la confusión de la Ideología de género y demás modas deconstruccionistas actuales, basadas en una antropología dualista. Pero, buen sociólogo, santo Tomás, no justificaría la rigidez y estatismo de los roles masculinos y femeninos en la sociedad, pues la naturaleza no es para él un “principio de comportamiento fijo” sino un “principio fijo de comportamiento” –que diría Millán Puelles– que, como comportamiento vital, es esencialmente dinámico y fuente de cambios accidentales, como lo son los culturales. Lo decisivo es distinguir lo esencial de lo accidental, y a ello debe tender la Universidad en todos sus campos de estudio. El orden moral debe regirlos todos, pues obedece a la ley eterna de Dios, que unifica los saberes (Uni-versidad).

En definitiva, como dice Benedicto XVI; *Santo Tomás nos ofrece un concepto de la razón humana amplio y confiado: amplio porque no se limita al espacio de la denominada razón empírico-científica, sino abierto a todo el ser y por lo tanto a las cuestiones fundamentales e irrenunciables de la vida humana; confiado porque la razón humana, sobre todo si acoge la inspiración de la fe cristiana, es promotora de una civilización que reconoce la dignidad de la persona, la inviolabilidad de sus derechos y la convicción de sus deberes (Ib.).*

Por tanto, Santo Tomás nos da pistas para unir racionalidad y sentido.

Segunda cuestión, ¿Es posible la autonomía universitaria hoy?

También santo Tomás se enfrentó a este problema, que venía de la mano del anterior: la confusión fe-razón. Su libertad en buscar la verdad, aunque la dijese un filósofo pagano como Aristóteles, le trajo serias oposiciones; incluso algunas de sus tesis filosóficas, que de ninguna manera se oponían a la fe, se incluyeron en la famosa condena de las tesis aristotélicas por

parte del obispo de París en 1277, y no fue retirada la censura hasta 1325, dos años después de su canonización. En un tiempo donde no estaba clara la distinción entre la Iglesia y el Estado, con el peligro de subordinación de este a aquella y viceversa, Santo Tomás sienta las bases de la autonomía de ambos poderes y de su necesaria complementación. La Filosofía no es “esclava de la Teología”, son campos diferentes. Autonomía, pero dependencia de ambas de la verdad, que es como se conserva la verdadera autonomía. Santo Tomás pone los límites del poder, político y de todo tipo (social, mercantil, ideológico). La conciencia debe objetar lo que obstaculice la verdad.

¿Es posible esto hoy en la Universidad? Hay que hacerlo posible.

Tercera cuestión: ¿Es posible y bueno educar por competencias?

Las universidades hoy se cuestionan el para qué enseñar y el cómo, los métodos. Está muy bien cuestionarse el fin y los medios; en ello Santo Tomás tiene también mucho que decirnos. ¿Para qué la educación? ¿Cómo?

Santo Tomás entiende la educación como *Promoción de la prole hasta el estado perfecto del hombre en cuanto hombre, que es el estado de virtud* (*Suma Teológica*, Suplementos III, q. 41, a. 1).

Promover hacia la perfección “*del hombre en cuanto hombre*” es el fin. El fin del hombre en cuanto hombre es la felicidad, es decir, la Bienaventuranza o la santidad. He aquí el *sentido* de la educación. Todos los métodos y “racionalidades” pedagógicas, el hacer buenos profesionales solo ¿garantizan que el hombre sea más feliz? Ya vimos que no.

Pero darle al discípulo la felicidad, que sería el fin como operación perfecta, no está en manos del educador. Este solo puede ayudarle a tener las disposiciones perfectas que son las virtudes (Cf. *Summa Theologiae*, I-II, q.49, a.4 ad 1). El principal agente será él mismo porque tiene la potencia activa de adquirir el saber; el educador es causa coadyuvante, aunque imprescindible, poniendo a su disposición los medios que necesita. Esto es educar para la vida, a ser competentes de cara a esa Felicidad.

Para que el educador pueda ayudar al educando a ser sujeto de su propia educación en las virtudes, tiene que ser virtuoso él mismo, es decir, tener en acto las cualidades que quiere educir de sus discípulos: conocimiento de los contenidos, búsqueda de la verdad, prudencia y demás virtudes morales, ya que principalmente se educa con el ejemplo. Deberá también tener en cuenta las capacidades diferentes de cada educando y las técnicas más adecuadas, fomentando el hacer-hacer con autodisciplina y responsabilidad, manteniendo, a la vez, las adecuadas relaciones con los demás.

Así pues, no se trata solo de enseñar contenidos, sino de dar herramientas para que el propio educando actualice sus potencias. Se trata, en definitiva, de ayudar a ser prudentes, decidiendo adecuadamente en

cualquier situación, con vistas al fin próximo y, sobre todo, al fin último. El maestro no está para enseñar todas las soluciones a los múltiples problemas que se le planteen, sino capacitarle para que él los resuelva. Adquirir virtudes es el fin de la educación.

Por tanto, ¿competencias frente a contenidos?

No. La prudencia, que es la principal virtud a promover, según santo Tomás, porque sin ella no son posibles las demás (Cf. *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a.6 ad 3.). Es virtud intelectual y práctica a la vez. No hay dilema entre teoría y práctica en la educación. No puede dissociarse la virtud de los contenidos. Sin verdad no se puede obrar, moral ni técnicamente, bien. Y sin la práctica del bien, la verdad se oscurece. Dada la unidad del hombre, no debe haber contenidos sin acción ni acción sin contenidos. Contenidos y competencias son indisolubles.

El maestro educa, conduce al discípulo desde el mismo discípulo. Por tanto, sin su cooperación, nada. Y no tendrá voluntad si no ve claro el porqué y no lo sabe. Hay que educar el entendimiento, la voluntad y el afecto. Así podrá enfrentar la adversidad, dentro y fuera de sí, en obediencia a la verdad. Hablando de "competencias", no estaría mal introducir en la Universidad el método competitivo de la *disputatio*, que tanto ayudaba a ejercitarse en la argumentación en tiempo de santo Tomás. Ayudaría a formar alumnos competentes en defender la verdad frente a los errores.

El hombre virtuoso (prudente, templado, fuerte, justo, con ciencia, entendimiento y sabiduría) tiene todas las de ganar en la vida, y, por consiguiente, en el trabajo. La empresa estará contenta con él.

Y, por supuesto, en trabajo cooperativo. Porque el hombre es social por naturaleza, y Santo Tomás es modelo de cooperación. Frente al subjetivismo moderno (comenzando con Descartes, Hume, Kant) que quiere hacer tabla rasa de la tradición y partir de sí mismo, Santo Tomás se sienta en el amplísimo círculo de esa orquesta de autores que buscan la verdad, creyentes o no; habla y discute con ellos, acepta y rebate. Cooperación e interdisciplinariedad deben regir la Universidad del XXI.

GUARDIANES DE LA HUMANIDAD

*Antonio-Carlos Pereira Menaut**

Un extraterrestre que llevara los últimos decenios observándonos desde otra galaxia podría tener la sensación de estar presenciando una carrera en la que la técnica ejerce más y más atributos de carácter divino (o considerados hasta ahora como propios de Dios), como seleccionar el sexo o el color de ojos de los hijos, dotar a las personas de más memoria, hacerlas guapas o feas (lo segundo es menos probable), decidir qué vida es digna de ser vivida, y otros más, sin excluir la pretensión de ser inmortales.

Pero el problema –resumidamente– es que, acabe esa carrera donde acabe, al final no va a ser fácil, por no decir imposible, privar a Dios de ninguno de sus atributos, mientras que es fácil que, de rebote, al intentar todo eso se dañe al hombre, sobre todo al hombre común, y quizá lo estemos haciendo ya. Uno se pregunta, entonces, quién defiende realmente lo humano.

Antes que todo, preguntémosnos: ¿necesariamente va a ser eso así? ¿Puede la ascensión, por el hombre, de poderes genéricamente divinos, redundar en perjuicio del hombre? Por lo pronto, suena anti-intuitivo. En el fondo la respuesta es sencilla: porque como esos nuevos poderes y atributos, *a fortiori* se han de ejercitar sobre otros hombres, al colocar a un ser humano sobre otro, por lo menos se niega la igual dignidad de uno de ellos. ¿Y por qué sucede eso tan rápida y directamente? Porque “hacer de Dios” hoy, a diferencia de otras épocas, no es una discusión de filósofos en la que nadie de carne y hueso sufre ni padece; ni tampoco es un cambio serio pero lento, cuyos efectos tarden siglos (por ejemplo, la opción pro-técnica que en su día tomó Bacon, la opción cartesiana). En nuestros biotecnológicos días, jugar a Dios tiene implicaciones rápidas, que pueden ser incluso físicas para quienes resulten descartados, manipulados o cuya vida se juzgue indigna de ser vivida. Más sencillamente: unos hombres tomarán en sus manos una vida tan humana como las suyas y decidirán protegerla, o tal vez suprimirla, o quizá decidan que si tiene síndrome de Down (como mi nieto Guillermo) no merece ser vivida, o

*Catedrático de Derecho Constitucional y Catedrático Jean Monnet (1999), Universidad de Santiago de Compostela (Galicia/España). Miembro del Consejo Científico de *Ius Publicum* desde su fundación (1998).

manipularán a otro hombre para “mejorarlo” o tratarán a un tercero como una *res intra commercium*, como sucede al poner precios (en la “maternidad subrogada”, por ejemplo) y exigir judicialmente el cumplimiento del contrato como se exigiría al fontanero o al dentista. Lo que está sucediendo ahora no es como entronizar, en plena Revolución Francesa, a una Diosa Razón disfrazada, cuya divinidad durará lo que dure la fiesta. Tampoco es como decretar en una asamblea política decimonónica que Dios no existe y a continuación irse cada uno a su casa. Es otro mundo; son otros tiempos, más tecnológicos (biotecnológicos, en este caso) y rápidos; tanto para sanar como para dañar, para bien como para mal.

I

Desde hace tiempo venimos dando por supuesto el “imperativo tecnológico”: que todo avance técnico debe tener luz verde. Y al mismo tiempo ya es para nosotros rutina que los últimos avances de la ciencia y la biotecnología –selección de embriones según su calidad, maternidad subrogada, *three parenting*, producción de ciborgs– se encuentren una y otra vez con barreras y prohibiciones por parte de la religión, la moral, la ética y el Derecho (este último, cada vez menos, y según países). Por lo que se refiere al catolicismo, esto viene siendo así –oponer barreras– más o menos desde la *Humanae Vitae* de Pablo VI (1968), sin que alteren ese juicio general el hecho de que otros documentos pontificios, más que oponer barreras, celebren cualidades humanas, como la razón en *Fides et Ratio* y *Veritatis Splendor*, de Juan Pablo II. No es arriesgado, por tanto, concluir que esa impresión negativa es la dominante en la opinión pública europea y norteamericana, sin que cambie el juicio el hecho de que esas barreras sean, en el fondo, defensas del ser humano, sobre todo, del más débil.

Acostumbrada como está mi generación a creer que en principio todo lo nuevo es mejor, y que todo lo que vaya siendo técnicamente posible será llevado a la práctica tarde o temprano –y con los actuales medios, más temprano que tarde–, todos esos reales o supuestos frenos al progreso científico-tecnológico tienden a ser genéricamente considerados como (para decirlo benévolamente) carentes de visión, antidemocráticos y, por descontado, contrarios al progreso y al sentido de los tiempos.

Pero, escudriñando críticamente y más allá de las apariencias, vemos que no se puede descartar la posibilidad de que muchas, o algunas, de esas impopulares barreras no sean realmente contrarias al pueblo, a la gente, especialmente a los que no son ricos ni poderosos, y por tanto, aunque fuesen impopulares (sobre todo para los medios de comunicación) no serían antipopulares. “Barrera” y “prohibición” no suenan muy bien aun habiendo hoy más prohibiciones y regulaciones que nunca, incluso

en nuestras vidas privadas; en cambio, “defensas” sonaría mejor. Pero es un hecho que una barrera puede efectuar, como los diques en Holanda, la función positiva de defender algo valioso, y ahí está la *Laudato Si* del papa Francisco, defendiendo el Planeta, cosa que suena mejor a los oídos del siglo XXI. Las barreras y prohibiciones (de Dios, del derecho natural, el derecho secular, la moral, la ética, el sentido común) pueden resultar una atadura para quien pide el aborto y para quien se gana la vida practicándolo, o para quien quiere patentar y comercializar embriones, pero protegen al más débil, como el *nasciturus* con síndrome de Down, y al hacerlo así defienden lo más propiamente humano-indefenso; aquello que, por no tener interés económico ni ir (aparentemente) más allá de lo meramente biológico, quizá no sea defendido por los actuales científicos, con su tendencia a reducirnos a biología (hasta que los supere la tendencia a reducirnos a algoritmos). Así, las inicialmente antipáticas barreras nos recuerdan que el ser humano es más que biología colocada en un laboratorio para que los biotecnólogos la estudien o manipulen (error de base común a muchas de estas posturas), y nos recuerdan que con el ser humano no se puede comerciar. Por lo mismo, en el terreno jurídico, es muy importante que el Derecho de una comunidad política contenga alguna parte de la que el poder político no pueda disponer libremente –Derecho natural, Derechos históricos, principios–, que actúe como una barrera protectora para nosotros.

Pero déjenme explicar a dónde me gustaría llegar.

II

Es corriente ahora ver el cristianismo, y especialmente la Iglesia Católica, como una fortaleza medieval medio en ruinas, resistiéndose como puede ante las sucesivas oleadas de incesantes y proactivas innovaciones de la ciencia y, últimamente, en especial, de la biotecnología. La cosmovisión cristiana, colocada a la defensiva por estos modernos atacantes tan políticamente correctos como implacables, parece capaz solo de ir sobreviviendo, pero perdiendo terreno en cada escaramuza.

Pocas veces he visto últimamente esa sensación expresada tan ingenua, triste y dramáticamente como en el siguiente comentario:

“Como persona ya en el final de la vida, la lectura de este ensayo me ha hecho sentir el peso de la carga en que la sabiduría de nuestra época ha venido a convertirse. ¿Cómo puede ser que resulte novedoso leer que la diferencia entre un ser humano y un ordenador es de naturaleza, y no de grado? En esta era, hemos venido finalmente a crear a Nietzsche. Hemos llevado a Marx y Engels desde las raíces industriales hasta la agenda de la postmodernidad. Dejamos que

Freud reemplazase el alma y la conciencia. Cedimos la batalla del divorcio, y luego del control de natalidad, el aborto y la eutanasia; hasta que el matrimonio, la familia y la propia sexualidad humana ya no tienen un sentido inteligible. Estamos inmersos en esta corriente de pensamiento, empapados por sus racionalizaciones y obligados a sus compromisos. Todo ello nos ha dejado una comprensión plana y pobre de quién y qué es un ser humano. Estamos perfectamente postrados, sometidos, incapaces de explicar o defender nuestro valor. Y esto es intencional, creo" (Comentario firmado por Littleeif al interesante artículo de Anthony Esolen, "Man not like a Computer", *Crisis Magazine*, 28-VI-2018).

Sí, la tecnociencia ha golpeado duramente a los cristianos. Y aun se podría añadir los últimos desarrollos algorítmicos y de la inteligencia artificial, la debilidad de las relaciones interpersonales, la erosión de la diferencia entre hombre y mujer, la tendencia a no formar familias, la lucha por la inmortalidad, el hacernos como dioses y demás.

Pero para emitir un juicio sereno y de conjunto habría que notar que eso golpea también al humanismo, a cualquier humanismo. Platón, Aristóteles, Cicerón, Séneca y el jurista Papiniano no quedan mucho mejor parados que los católicos. Ese golpe también se lo están dando al hombre, y al hombre corriente, que no parece muy feliz de quedarse sin Dios, sin significados, sin los demás, y, últimamente, sin cosas físicas; solo con datos sobre una base de silicio. Ni siquiera el *self*, rey de la modernidad, sobrevive; adiós al orgulloso yo y su autonomía kantiana; lo que defienden los más progresistas ya no es que seamos un montón de células en el fondo como las de algas y amebas (como acertadamente critica Brad Gregory), sino un fajo de algoritmos, al estilo de Yuval Harari. Es inevitable preguntarnos: al final, ¿qué progreso hay para el hombre –incluso para un hombre agnóstico o ateo, pero hombre antropocéntrico– en pasar de ser el rey de la creación a pasar a la familia de las algas y amebas, o a ser un conjunto de algoritmos, y por tanto quedar bajo muchos hombres, y tal vez bajo no pocas máquinas? Si no hay *self*, ¿cómo va a ser libre? ¿Qué democracia o qué dignidad humana se construirán sobre algas, amebas, silicio y algoritmos? Ciertamente, ver al hombre como un conjunto de algoritmos es negativo para el alma, y por tanto para toda religión, pero no lo es menos para ese orgulloso *self* occidental (C. Rubin "Algorithmic Man: Yuval Noah Harari's Timid Transhumanism", *Public Discourse*, 28-VI-2018). ¿En esto ha venido a parar el superhombre? La desgarrada retrospectiva de Littleeif olvida que al fin de esta historia, la moneda tiene también otra cara: la democracia, el liberalismo político, el humanismo clásico, la cultura grecorromana y, en general, el antropocentrismo, el hombre mismo, tampoco salen mejor parados, y además carecen de los resortes morales de los católicos.

¿Será exagerado concluir que todos esos desarrollos son también negativos para Occidente, como sostienen algunos, generalmente considerados catastrofistas y tradicionalistas? La respuesta es bastante simple y menos ideológica. Veamos. Seguramente la mayoría estará de acuerdo en que lo que llamamos Occidente coincide, aproximadamente, con el listado de componentes que acabamos de hacer: filosofía y política griegas, Derecho romano, la Biblia, el Cristianismo, las universidades, la revolución jurídica medieval, el Renacimiento, con su humanismo, la Ilustración y las revoluciones liberales. A continuación analícese el impacto de todo lo que Littleleaf deplora (más lo que podría haber añadido) sobre cada uno de esos componentes, y se concluirá que lo que resulta es un paisaje que también es hostil a Occidente.

Dicho de otro modo: lo que está siendo bombardeado por la *non sancta* “alianza del materialismo y la tecnología” (Possenti, *Revolución Biopolítica*) no es solo la Iglesia, ni el Cristianismo, sino también, de alguna manera, nosotros los hombres y mujeres comunes y corrientes, nuestra humanidad, y en especial los más débiles. Y como no pocos de esos ataques no proceden del humanismo, viejo ni nuevo, sino más bien de alguna forma de desconfianza en el hombre de la calle (ni un referéndum se le puede confiar, según los más progresistas, y ahí están el Brexit, Colombia o Cataluña), poco nos sorprenderá que el resultado final tienda a deteriorar al hombre y su posición en el cosmos, a fomentar lo no propiamente humano e incluso quizá inhumano. Reescribir las reglas de lo humano puede ser jugar a Dios, pero también puede ser ir contra el ADN de nuestra realidad, y puede dañar seriamente a la humanidad, así como puede antidemocráticamente ponernos a todos en las manos del pequeño número de personas –muy pequeño, en realidad– cuya posición les permite tomar esta clase de decisiones y difundirlas, si es que no imponerlas, por todo el mundo.

III

Hagamos ahora una distinción. No toda acción reprobable daña por igual a la humanidad. El robo, posiblemente uno de los más viejos oficios conocidos, va contra las leyes civiles y las naturales y es inmoral, pues *res clamant domino suo*. Pero no es exactamente inhumano (tal vez sea, incluso, demasiado humano). Algo parecido podríamos decir, *mutatis mutandis*, de la corrupción económica, la mentira o la calumnia. Incluso la poligamia, el secuestro, el quitar una vida y arriesgar la propia en combate, son todos comportamientos lamentables –especialmente si el secuestrado o muerto soy yo–, pero ninguna de estas desaconsejables actividades es esencialmente antihumana, deshumaniza por completo a quien la practique (aunque habría que matizar caso por caso). Volvamos

al robo: tras haberme robado mi dinero, soy más pobre que antes, pero mi humanidad y mi dignidad siguen intactas. En cuanto a las guerras, y aunque me profeso pacifista desde que vi el ejército español por dentro al hacer el servicio militar, no se puede negar que exista alguna posibilidad de arriesgar la propia vida y las de otros con dignidad en lo que románticamente se llamó “campo del honor”. Las personas que han hecho guerras así lo testifican.

Por el contrario, los hijos de tres padres, los vientres de alquiler, la eugenesia o la venta de órganos, colocan *intra commercium* nuestra misma sustancia humana. Tienden, así, a degradar lo humano al *status* de cosas. Por mucho que uno lo mire, poco de heroico o de digno se alcanza a ver en la acción de encargar niños mejorados o con rasgos preordenados, en seleccionar a las donantes de óvulos de modo no muy distinto de como se haría con yeguas de raza, o en manipular personas y producir ciborgs.

No faltará quien alegue que todo eso libera, y quizás retire ataduras a algunos en algún aspecto, pero en todo caso liberará solo a unos pocos: a aquellos que reescribirían el manual de instrucciones del hombre. Nuestra humanidad, como tal, sería denigrada y la desigualdad quedaría consagrada; y en grado hasta ahora nunca visto. Y si lo que está siendo manipulado es lo humano, si es nuestra condición de hombres, la manipulación llegaría a ser no solo inmoralidad (inmoral también es el robo, como decíamos) sino también inhumanidad. Irónicamente, ese podría ser el final de las historias como la de Yuval Harari de la superación del *homo sapiens* por el *homo Deus* (Harari es consciente de la desigualdad y de sus desastrosos efectos para los desfavorecidos, y no lo rechaza). Como escriben los abrasivos pero inteligentes Hardt y Negri en *Imperio*, “ni Dios, ni amo, ni el hombre”. ¿No es eso, acaso, antihumanismo?

IV

Así que la vieja narrativa católica según la cual ir contra Dios puede ser, al final, ir contra el hombre (p. ej., De Lubac), demostraría ser realista otra vez más.

Con todo, yo sugeriría que “jugar a ser Dios” en abstracto, como se pudiera hacer antes, no es tan dramático como deteriorar nuestra humanidad en concreto, pues si Dios existe –y al menos yo no alcanzo a ver indicios sólidos contrarios–, nuestros intentos de jugar a Dios o de apropiarnos de atributos suyos, nos afectarán a nosotros y al resto de los hombres, pero no a Él, y no disminuirán un ápice la omnipotencia divina. Un pequeño ejemplo: hay ahora una moda de escribir “dios” y no “Dios”: aparte de ser mala educación poner en minúscula un nombre propio, al Ser Supremo no lo empequeñecerán en nada, por muy pequeña que sea la letra empleada. Es un plan inane, y Dios, que debe de tener sentido del

humor, se reirá de ellos. “Hay un momento en que los enemigos de Dios se vuelven estúpidos, y esto suele ocurrir precisamente a los más astutos [...], y, si los ángeles fuesen capaces de burlarse de los demás, estallarían en el cielo una sonora carcajada provocada por la estupidez de los hombres poderosos, [...]” (R. Guardini). Como curiosidad, me pregunto qué diría un marxista de los de antes acerca de los nuevos izquierdistas, los de “dios” con minúscula pero “Banco de Xyz” con mayúscula.

Desde otro punto de vista –el del constitucionalismo, que es el de este autor–, esa “d”, por minúscula que sea, aumentará bien poco el “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Los desmesurados poderes político-económicos de nuestros días acogen sin mayores problemas el postcristianismo, pues no amenaza en nada el inhumano capitalismo de especulación, la concentración del poder o su control sobre nosotros. Los neomarxistas y foucaultianos apostaron por la revolución de los cuerpos (“lo personal es lo político”, “en esos terrenos se juega la verdadera liberación”, etc.), pero fueron unos ingenuos, pues la nueva derecha amoral y postcristiana absorbe todo eso sin pestañear, así que ahora los izquierdistas encuentran que han estado trabajando para el neocapitalismo, o para las sacrosantas cifras europeas de deuda y déficit públicos, o, indirectamente, han trabajado contra las bases sociales de lo que hasta ahora era la izquierda; no se han alineado con la rebelión de las masas sino con la de las élites. Como escribió el comentarista americano Ross Douthat, si te molesta la derecha cristiana, espera que llegue la poscristiana. La revolución sexual, más las nuevas tecnologías de la comunicación, más la huida del foro y del ágora, han producido masas de individuos aislados, factores de producción fungibles, sin ataduras familiares y dispuestos a ir a cualquier lugar del mundo, los cuales, por definición, siempre serán más manejables para el Estado y el mercado. Y el mercado, en un mundo postcristiano o posreligioso y carente de sentido común, armonía ni frenos morales, ya ha demostrado hasta dónde puede llegar.

Expongamos la cuestión de la forma más fría y neutra posible: *disputant grammatici*, como dirían los antiguos, si Dios existe o no. Disputen si lo desean, pero como exista, todos los científicos del Planeta no acortarán su esperanza de vida un minuto (si es que el Eterno tiene “esperanza” de vida). No tenemos capacidad alguna de hacerle verdadero daño (sí de ofenderlo, que es otra cosa). En cambio, cae enteramente dentro de la capacidad de la moderna tecnociencia la posibilidad de dañar seriamente al hombre y a la casa del hombre que es la Tierra, y quizá lo estemos haciendo. Ya en los años 50 percibió el agudo Günther Anders (*La Obsolescencia del Hombre*) el desbordamiento del hombre por la máquina, y eso que en aquel momento la intervención directa en las biología personal y los balbuceos de la inteligencia artificial no eran mucho más que eso, balbuceos.

V

No podemos saber con certeza si Occidente navega en rumbo de colisión con el cristianismo, con la religiosidad humana general e incluso con el simple humanismo y con... Occidente. Indicios, no faltan, pero no son enteramente concluyentes. Con todo, si no de colisión, al menos puede hablarse de alejamiento: “Occidente” y “Cristianismo” ya no coinciden. Aparte de eso, por las razones antedichas, no sabemos cuánto tiempo podrá seguir hablándose de “Occidente” salvo en los libros de historia. Pregúntenle a Asia. El *common sense* va escaseando últimamente (y eso es importantísimo para lo que estamos tratando), incluso en su patria nativa, Inglaterra, pero nadie que conserve un poco negará que, en las últimas décadas, Los Que Mandan en el gran buque han mantenido, deliberadamente o no (no lo sé a ciencia cierta), el rumbo de apartarlo de lo que suene a cristiano y, más recientemente, también de lo que suene a personalista, humanista y popular. Primero, alejamiento de Dios; después, del hombre, y, últimamente, de las cosas, de la realidad: he ahí la “descosificación” que detectan B.C. Han y otros (ciertamente, Los Que Mandan no son la gente en general sino unos pocos, pero su capacidad de influir en todos nosotros y en nuestras mentalidades, ha demostrado ser notable). Idos son los tiempos en que no parecía existir obstáculo serio alguno entre la Cristiandad y el mundo moderno. Así lo decía el documento final del Concilio Vaticano II (1965). En España, algo semejante se reeditó cuando, al llegar la democracia constitucional, no pocos parecieron creer que había también llegado el momento de que las dos supuestas *perfectae societates*, la Iglesia y el Estado, ahora constitucionalizado y democratizado, marchasen de la mano sin conflictos inmanejables. En realidad, Ratzinger había columbrado indicios del alejamiento ya en los años sesenta (*Sal de la Tierra, Últimas Conversaciones*).

Hoy, el panorama político dominante es menos rosado. La Modernidad ha dejado paso a la postmodernidad, la democracia constitucional a la tiranía *soft* y el panopticon, y el humanismo a una variedad de posthumanismos, transhumanismos y dataísmos. En cuanto al gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, no está ni se le espera. Si esa *non sancta* alianza de tecnocracias transnacionales, “deshumanismos” (Ballesteros) y materialismos no altera el rumbo, los personalistas en general, los sanos paganos que queden, los que crean en alguna forma de Derecho indisponible para el poder, las distintas confesiones religiosas, y en particular el Cristianismo, harían mal si dejasen de defender a la humanidad *pro bono pacis*, por cortesía mal entendida o para no suscitar reacciones adversas en la gran opinión pública europea y norteamericana.

VI

Todos esos, los genéricamente “creyentes en el hombre” son los verdaderos defensores de la humanidad, pero no por blandir una espada flamígera

ante “los bárbaros a las puertas”. Tampoco lo son solo por rechazar o prohibir, pues la mera negación no tiene *a priori* ningún particular mérito. Lo son porque tienen detrás la antropología más adecuada a la realidad del hombre. En más de un caso, podrían ser vulgares y corrientes abuelas atendiendo los deberes escolares de sus nietos, o antihéroes que defiendan lo humano de una forma solo indirecta o hasta inconsciente (caso de saberlo, algunos serían los primeros sorprendidos), o a lo peor incluso alguno con “cara de vinagre”. Todo ello puede volver sus mensajes menos vendibles para la actual audiencia, pero no destruye lo que estamos sosteniendo. La “vendibilidad” es muy importante para hacerse entender, pero hoy no puede ser la única vara de medir nuestras proposiciones, pues, con el rumbo que lleva el mundo, cada día será menor. Juan Pablo II fue capaz de hablar al corazón de todo hombre, pero en él concurrían unos dones muy especiales. Yo, como cristiano, no tengo culpa de que mi mensaje sea menos inteligible para mis contemporáneos que para los griegos del siglo I.

“El futuro pertenece a los que aceptan la verdad del hombre” (Kalb). Sí, y a los que profesan que *res sunt*, las cosas son como son, la verdad de las cosas. Así que quienes creemos en el hombre –desde los paganos precristianos hasta los variados grupos que cada año marchan por la vida en Washington; pasando por judíos, musulmanes, personas de simple sentido común o filósofos como Habermas– debemos siempre empeñarnos ante todo en razonar con los defensores del posthumanismo, de los ciborgs, del “dataísmo” y de reconocer la personalidad del pulpo (la cual obligaría en Galicia a recalificar como canibalismo masivo el popular *polbo á feira*, uno de los más sabrosos platos del mundo). A falta de un acuerdo fundamental, hoy muy difícil, sería bueno alcanzar uno procedimental, pero siempre que no estuviera vacío, que se tomara en serio por todos y que no fuera una imposición imperialista, como, por ejemplo, el famoso “Principialismo” bioético de Beauchamp y Childress, que americaniza lo que toca, lo cual es inaceptable por americanófilo que uno sea, como este autor.

Por otra parte, tampoco sería realista ignorar que, según pasa el tiempo y avanza la postguerra fría, más difícil resulta localizar un suelo común ya no entre católicos y ateos, sino entre “creyentes en el hombre” y “no creyentes en el hombre”. También hay quien cree que el diálogo entre Occidente (o lo que quede) y las demás civilizaciones es difícil y limitado solo a las materias más obvias, si bien eso solo el tiempo lo dirá. Es de suponer que siempre compartiremos, al menos, el *logos*, y ahí ya encontraríamos una base, pero según avanza el tiempo, tampoco es seguro. “Diálogo” viene de *diá* y *logos*, y este lo compartimos todos por ser inherente al ser *humano*, pero por eso mismo, puede volverse difícil con los post-, anti- o *transhumanos*. El desacuerdo fundamental no cesa de ensancharse hasta haberse hecho ruidosamente evidente en la política

norteamericana y europea de hoy; si bien eso es más la consecuencia que la causa. Siempre habrá personas particularmente dialogantes, pero cuando, en un juicio de conjunto, el desacuerdo pase ciertas líneas rojas, imposibles de concretar pero reales, el diálogo va a ser muy difícil. Ya tenemos experiencia histórica. Los hinchas de fútbol encarnizadamente rivales puede que lleguen a matarse, pero aunque no lo sepan están de acuerdo en todo –a qué jugamos, campo de juego, reglas, árbitro–, menos el resultado del partido. Si discrepan acerca de a qué se juega, el campo y las reglas, el partido sería imposible. Cuantas más cosas afecte el desacuerdo, menor posibilidad de dialogar. El historiador Philippe Nemo ve muy difícil el diálogo de Occidente con otras civilizaciones. No sé hasta qué punto es así, pero seguro que con los negadores de lo humano no va a ser más fácil.

Un viejo dicho inglés reza que para hacer un pacto se necesitan dos, pero para romperlo, basta uno, y algo parecido sucede aquí: yo quiero dialogar, pues todo profesor debe disfrutar discutiendo (y especialmente con quien más se le opone), pero no basta con que quiera uno. Así que, aunque nunca cesemos de ir a buscar algo en común con los posthumanistas, los defensores de los animales o de los algoritmos, quienes creemos en el hombre (y especialmente, pienso, los católicos; pero yo, que no mando ni en mi casa, no tengo *potestas* alguna para ordenar eso a mis correligionarios) no deberíamos dejar de defender la libre e igual dignidad de todo ser humano, su inteligencia racional y su conciencia moral. Debemos defender todo eso como Chesterton defendía sus convicciones ante Shaw: discutiendo tanto (la discusión es la respiración de la universidad) que acabemos haciéndonos amigos con la ayuda de unas pintas de cerveza, o el equivalente local.

¿Por qué decimos que especialmente la Iglesia Católica? No porque el Cristianismo, que es una religión revelada, tenga un monopolio de lo humano (eso sería para ella una contradicción casi *in terminis*), sino porque en esta parte del mundo –no digo que en todas, ni que haya sido así en todas las épocas– se ha quedado casi como la única o principal fuerza que mantiene el estandarte, por dimisión o abandono de otras fuerzas sociales, culturales o espirituales. Cuando, hacia el año 50, Pablo de Tarso dialogó con los filósofos atenienses en el Areópago, no se presentó como el monopolista de lo humano. Por el contrario, se apoyó en los terrenos humanos comunes a cristianos y paganos, que, aunque ahora extrañe, eran muchos (sugiero releer el breve y conocido relato), igual que serían muchos si, por hipótesis, el diálogo se hubiera producido con Cicerón. Ellos sí que tenían en común el *logos*, y, lo que es importante, lo usaban.

Como jurista, no ignoro los matices y complejidades del caso, pero, por ejemplo, en la sentencia *Paradiso* (enero de 2017), los jueces europeos no negaron el real o supuesto derecho de la señora Campanelli a

ser madre (aunque también como jurista creo que no toda pretensión es un auténtico derecho). Indirectamente, al dar un fundamento a la postura que considera que el útero de aquella mujer, así como la criatura que en él vivió, no son *commodities* comerciables y fungibles, han contribuido a defender la humanidad. Huelga decir que el querer ser madre es muy bueno –la mía lo fue– pero, como casi todo en la vida, no por cualquier procedimiento, ni despreciando los daños colaterales, ni “mercantilizando” o “cosificando” a otros seres humanos iguales a nosotros en dignidad. El principio jurídico básico de que “el fin no justifica los medios” está tan vigente como siempre, y, bajo su aparentemente negativo enunciado, es también una gran defensa para la humanidad.

* * *

Max Weber, en *La Ética Protestante*, dijo que, ausente Dios, el mundo está gobernado por los demonios. No estoy seguro de ello –“no recurras a la maldad humana mientras las cosas se expliquen por la estupidez humana” (Navaja de Hanlon)– y, por la cuenta que me trae, espero que no sea literalmente así. Con que esté gobernado por élites transnacionales no responsables ante nadie, inhumano capitalismo de especulación, falta de sentido común, deshumanismo, tecnocracias globales, biotecnologías descarriladas, políticos necios que “oyen voces en el aire”, etc., ya es fastidio suficiente.

PROPIEDAD, HURTO, ROBO Y DESTINO UNIVERSAL DE LOS BIENES

Carlos A. Casanova*

SUMARIO: I. Todo título legítimo de propiedad se da dentro del contexto de la justicia distributiva. II. Algunos problemas relacionados con la voluntad legítima del propietario.

El estudio que ofrezco aquí al lector no constituye una investigación técnica sobre problemas particulares de la moral o el Derecho. Es, más bien, una reflexión filosófica sobre el marco general en que, según me parece, pueden iluminarse mejor los diversos problemas aquí tratados. Dichos problemas se conectan con la ilicitud de dos especies de acción, el hurto y el robo, que han sido estudiadas desde tiempo inmemorial, pero que hoy exigen que reflexionemos una vez más sobre ellas, tomando en cuenta las nuevas situaciones y algunas de las más importantes doctrinas modernas y contemporáneas.

Que el hurto y el robo sean contrarios a la justicia en todo caso es algo en lo que están de acuerdo Aristóteles¹ y santo Tomás². Que el hurto sea tomar posesión de lo ajeno en contra de la presunta y legítima³ voluntad del propietario y sin su conocimiento, mientras el robo sea eso mismo pero por la fuerza o con violencia, es una distinción que hace santo Tomás, basado en Aristóteles⁴, en el Derecho Romano y en el Derecho canónico⁵ (por medio de san Isidoro de Sevilla y de las leyes de la Cristiandad

*Centro de Estudios Tomistas. Universidad Santo Tomás, Chile.

¹Cfr. *Ética a Nicómaco* II 6, 1107a9-11.

² Cfr. *Comentario a la Ética a Nicómaco y Suma teológica* II-II q. 66.

³El arrendatario puede retener la cosa arrendada, conforme al contrato, aun cuando el propietario manifieste su voluntad de que se le devuelva, si esa voluntad viola el contrato o la ley (justa).

⁴Cfr. *Ética a Nicómaco* V 7, 1131a5-8.

⁵Según Antonio Bascañán Rodríguez, la distinción entre hurto y rapiña aparece tanto en el *Digesto* como en el Derecho canónico, basada precisamente en el libro III de la *Ética a Nicómaco*. Pero el tipo penal contemporáneo "robo", sería diferente a la rapiña del *Digesto*, porque mientras contemporáneamente se castiga por igual la violencia que excluye la voluntariedad y la que la disminuye considerablemente (por medio de amenazas), el *Derecho romano* y el *Derecho canónico* habrían castigado de manera distinta los dos tipos de violencia.

Latina⁶). Santo Tomás observa agudamente que ambos son contrarios a la voluntad del propietario y, por medio de las categorías aristotélicas sobre lo que se opone a lo voluntario, explica que uno tiene que ver con la ignorancia y el otro con la violencia.

El modo como santo Tomás concibe el hurto es muy amplio, pues abarca la apropiación indebida de los depósitos, por ejemplo⁷, y aun la violación de un derecho de poseer una cosa, aunque no sea el derecho de propiedad⁸. Así entendido, el hurto puede abarcar una parte del Derecho penal y buena parte del Derecho Civil. Nosotros no vamos a estudiar todo lo que abarca esta noción tomista. Solamente vamos a estudiar algunos problemas suscitados por dos aspectos centrales de las dos especies de acción constituidas por el hurto y el robo.

Si bien es cierto que el hurto y el robo siempre y en todo lugar son injustos, qué cosa constituya hurto o robo no es lo mismo en todo tiempo y lugar. La noción de “lo ajeno” y la noción de la “voluntad legítima del propietario” pueden variar grandemente. De estas dos nociones, vamos a fijarnos, sobre todo, en la primera: qué cosa sea “lo ajeno”. Esto requiere un breve estudio, esquemático⁹, de los títulos legítimos y de las formas de propiedad. Sobre la voluntad legítima vamos a estudiar tres problemas: si la voluntad del trabajador legitima todo contrato de trabajo; si la voluntad del prestatario legitima la usura; y si la voluntad de los países legitima la deuda externa.

I. TODO TÍTULO LEGÍTIMO DE PROPIEDAD SE DA DENTRO DEL CONTEXTO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Que los bienes que se reparten sean bienes que la sociedad alcanza por su actividad cooperativa es algo que ya Karl Marx dejó establecido en el *Manifiesto comunista*¹⁰ y en contra de las fantasías individualistas de John Locke. Pero que deba haber un reparto que conceda en propiedad aun

Cfr. “El robo como coacción”, pp. 61-67, *Revista de estudios de justicia* 1 (2002), pp. 55-125. Disponible en: <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/14974/15391>.

⁶Cfr. S. Th. II-II q. 66 a. 3 sc; y a. 9 sc.

⁷S. Th. II-II q. 66 a. 3 ad 2m; y a. 5 ad 3m. Pero no abarca ni la venta hecha con fraude ni la usura (cfr. *Suma teológica* II-II q. 77, proemio).

⁸Cfr. *ibídem*, a. 3 ad 3m.

⁹Cfr. *Ética a Nicómaco* I 3, 1194b19-1195a2. Todo estudio filosófico de estos temas debe ser esquemático, pues debe intentar apuntar a lo que no está atado a circunstancias contingentes. Eso aleja todo estudio filosófico de un recetario de soluciones concretas.

¹⁰Cfr. *Communist Manifesto*, pp. 335-336 (en: *Capital, The Communist Manifesto and Other Writings* by Karl Marx. The Modern Library, Nueva York, 1932, pp. 320-367). Algunos pasajes de *El capital* son aún más explícitos: “El modo capitalista de apropiación, el resultado del modo capitalista de producción, produce la propiedad privada capitalista. Ésta es la primera negación de la propiedad privada individual, como fundada en el trabajo del propietario”

una parte de los medios de producción a los privados es un punto que, como es de todos conocido, negó el revolucionario alemán¹¹. Sobre este punto versa un artículo que he publicado en la revista *Ars aequi et boni*. Diré de manera resumida lo siguiente:

Cuando Platón propuso en el libro V de la *República* la comunidad de mujeres y de hijos y la comunidad de bienes entre los guerreros y magistrados, Aristóteles replicó en su *Política* con una serie de argumentos contrarios que hoy tienen tanta fuerza como la tuvieron entonces. Inspirado en el Estagirita, traigo aquí algunos de mis propios argumentos, extraídos del citado artículo:

1. *La polis no es una entidad sustantiva, como un animal, sino que su unidad es sólo unidad de orden, como la de un equipo de fútbol. Está constituida por una serie de instituciones menores, como la familia o las escuelas o las universidades o las empresas o los sindicatos, y por personas individuales. En el caso de la polis, además, el bien del todo no excluye el bien de las partes. El tipo de fin al que se ordena la polis excluye que pueda haber una absorción del bien del individuo en el bien del todo, como en cambio puede ocurrir en el ejército. La victoria es un resultado distinto de la praxis, lo cual no ocurre con el fin de la actividad propia de la ética y la política, que es la felicidad, es decir, la praxis perfecta misma¹². No puede decirse, pues, que una sociedad política sea perfecta o feliz, si las instituciones menores que allí existen o las personas que viven en ella son monstruosas o desgraciadas. Ahora bien, si toda la propiedad “de los medios de producción” fuera pública o social, la sociedad política ya no estaría integrada por un conjunto de instituciones menores, porque éstas quedarían disueltas, como vio bien Aristóteles¹³. En efecto, ninguna actividad humana puede llevarse a cabo sin bienes económicos. Pero si el poder de decisión sobre los bienes económicos pasara a la administración del Estado, entonces las instituciones menores perderían su consistencia. Difícilmente podrán madurar y ser virtuosas y felices las personas individuales en una tal sociedad.*

2. *Lo anterior se conecta íntimamente con la subsidiaridad, es decir, el principio según el cual una institución mayor no debe hacer lo que pueda hacer una menor y una institución no debe hacer lo que pueda hacer una persona. La subsidiaridad es un principio de prudencia política porque: (a) promueve el desarrollo de las personas, sin el cual no pueden ser felices, como hemos visto; (b) respeta la libertad de esas mismas personas; (c) es mucho más segura una sociedad subsidiaria que una centralizada, tanto respecto de la libertad como respecto de la integridad. En la sociedad centralizada, una enfermedad del centro acaba con la vida toda del cuerpo social. La sociedad subsidiaria*

(*Capital. A Critical Analysis of Capitalist Production*. Swan Sonnenschein and Company. Londres, 1906, p. 789. En el mismo sentido, pp. 596-598).

¹¹Cfr. *Communist Manifesto*, *ibídem*.

¹²Cfr. Aristóteles, *Política* II 5, 1264b15-26.

¹³*Política* II 1-5.

tiene muchos recursos para curar cualquier enfermedad del gobierno¹⁴. Pero, si se eliminara la propiedad privada, se eliminaría con ella la subsidiaridad.

3. Es indudable que Aristóteles tenía razón cuando decía que la expresión “propiedad de todos” con que se califica a los bienes públicos es ambigua. Si significara “de cada uno”, entonces supondría un mayor cuidado sobre esos bienes, sean medios de producción o bienes de uso público. Pero no es eso lo que significa “de todos”. Cuando la propiedad se diluye entre tantos, también el cuidado se hace más y más tenue, y es probable que la negligencia lleve a la destrucción de esos bienes. Es necesario, por tanto, repartir los bienes y establecer la propiedad privada de muchos de ellos.

Por otra parte, la solución marxista y marxiana de este problema es una monstruosidad totalitaria. Consiste en concentrar todo el poder y toda la propiedad (la capacidad de disponer de los bienes, al menos de los medios de producción) en el Partido Comunista y, dentro de este, en la Autoridad Central. Marx no es un anarquista, tampoco en cuanto a los “fines”, como muchos han llegado a creer. Jamás dijo que el Estado debía desaparecer. Lo que dijo es que “perderá su carácter político”¹⁵. Pero, entonces, la Autoridad Central apartará de los frutos de la producción los “gastos de administración y control”, y tendrá en su poder determinar, por medio del Partido, qué ha de pedirse de cada uno, según su capacidad; y qué ha de darse a cada uno, según su necesidad¹⁶. Aun la producción, crianza y educación de la prole estará en manos del Estado, y se verá como un eslabón más en la cadena productiva, pues nada más es real, según el materialismo histórico¹⁷.

Es justo que haya, entonces, distribución de lo común que constituya lo privado. Y, como enseña Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* (V, 3), esa distribución puede obedecer a la justicia, caso en el cual será proporcionalmente igual. Pero la proporción depende de un juicio sobre la “dignidad”. Ese juicio puede ser muy diferente según los regímenes, y también según la teología y antropología subyacentes¹⁸.

¹⁴Tocqueville (1911) Tomo I, Parte I, capítulo V (“Ideas generales sobre la administración en los Estados Unidos”), pp. 106-119.

¹⁵*Communist Manifesto* (cit.), pp. 343 y 353.

¹⁶Crítica al Programa de Gotha, p. 116, en Marx, Karl y Engels, Federico, *Manifiesto del Partido Comunista, Crítica del Programa de Gotha*, Ediciones Roca, México D.F., 1972, pp. 99-133.

¹⁷*Communist Manifesto* (cit.), pp. 336, 339; *La ideología alemana*, Santiago Rueda Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 19-20 y 26. Cfr., también, *El capital*, Editorial Cartago, Buenos Aires, 1973, tomo II, capítulo 6, pp. 123-125, 139-142; tomo III, capítulo 17, pp. 299, 305-306, 317-318; y capítulo 30, p. 480, donde niega realidad aun a la dimensión jurídica de los contratos, para atribuirlos solamente al transporte como parte del proceso productivo.

¹⁸Son dos causas muy distintas: los regímenes exigen una adaptación de lo justo natural, porque la realidad humana es mudable; en cambio, la teología y la antropología subyacentes pueden concebir lo justo de manera más o menos adecuada a la realidad.

A la luz de estas consideraciones puede comprenderse la enseñanza de Alfredo Cruz: lo privado se ordena a lo público y solo puede existir en el seno de lo público. Por otra parte, lo público será muy débil o muy injusto, si no respeta la justa autonomía de lo privado. De aquí que la separación “Estado” (lo público) – “sociedad” (lo privado) sea una concepción errada del orden político. Sin lo público no puede existir lo privado, como decimos, y sin autoridad política no existe sociedad¹⁹. No hay sociedad sin Estado y toda sociedad es política²⁰.

A) RESPUESTA A UNA POSIBLE OBJECCIÓN

Se podría dudar acerca de la presuposición de la justicia distributiva por todo título legítimo de propiedad, especialmente porque las sociedades y los hombres individuales se apropian o se han apropiado por ocupación de los bienes de la tierra. ¿Qué tiene o ha tenido que ver la ocupación con el reparto regulado por la justicia distributiva?

En realidad, la ocupación como título de posesión legítima (por parte de la comunidad o de la persona individual) es una consecuencia del principio según el cual todo lo sensible se ordena al bien del hombre, como lo inferior se ordena a lo superior²¹. Así se han pronunciado Platón y Aristóteles, el libro del *Génesis*, san Agustín y santo Tomás, Guillermo de Ockham e Immanuel Kant²², por lo menos. Quizá John Locke también se haya pronunciado en este sentido, pero no es seguro, pues él expresa que no hay ningún orden natural y que no hay orden divino-positivo²³, a

¹⁹Cfr., en este sentido, Alfredo Cruz Prados, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la teoría política*. Ediciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1999, pp. 300 y 302.

²⁰A menos que no haya llegado a este nivel de organización, como las tribus. Cuando digo “Estado” en el texto, lo entiendo del modo más amplio posible, que abarca a toda comunidad política.

²¹Esta afirmación tiene varios supuestos importantes. El primero, que existe un orden en el universo antes de que los hombres ordenen nada. El segundo, que el hombre es superior a los otros seres visibles. No puedo tratar aquí de esos supuestos metafísicos, pero sí debo observar que no son pocos los que los niegan hoy en día. Esa negación tiene consecuencias importantes: al menos algunos hombres, y quizá la mayoría, no tienen derecho a usar la Naturaleza (así, con mayúscula), y la preservación de esta justificaría acciones políticas dirigidas a reducir la multitud de los hombres drásticamente. ¿No es esta la ideología que inspira películas como *Avatar* y *Noé*?

²²Cfr. *Metafísica de las costumbres, Principios metafísicos del Derecho*, I Parte, Capítulo I, VI. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1563>.

²³Cfr. *Essays Concerning Human Understanding*, Libro I, capítulos III, §§ 12-13; y IV, § 8. Disponible en: <http://www.gutenberg.org/ebooks/10615> y <http://www.gutenberg.org/ebooks/10616>.

pesar de que en algunos pasajes de su *Segundo tratado sobre el gobierno* parece sostener que hay derechos naturales²⁴.

A partir de esta suposición, puede sostenerse que una comunidad política (o pre-política) puede legítimamente establecer su Derecho sobre un territorio que no ha sido ocupado por otra comunidad. Si ya hubiera establecido otra su Derecho sobre ese territorio, la primera, en principio, deberá abstenerse en justicia de agredirla. Los clásicos, a diferencia de Hobbes o Locke, son claros en este punto. Platón de manera expresa enseña que la ciudad buena no invadirá el territorio de otra ciudad ni iniciará, por tanto, una guerra injusta²⁵. En las *Leyes* explícitamente sostiene, además, que la colonia que va a fundarse se va a establecer en un territorio donde no hay ya otra ciudad, aunque la haya habido en el pasado²⁶.

La apropiación de la tierra por un particular y por la mera ocupación posee una naturaleza enteramente distinta. Supone la previa o simultánea ocupación del territorio en que se encuentra esa tierra por parte del poder de la sociedad política o pre-política (tribal, como en el caso de Abraham),

²⁴Sobre todo en el capítulo sobre la guerra: *Second Treatise on Government*, §§ 178-179, 182 y 183, en *Two Treatises of Government by John Locke, with a Supplement Patriarcha by Robert Filmer* (New York: Hofner Publishing Company, 1947 –reprint of 1964) edited with an introduction by Thomas I. Cook.

²⁵Cfr. *República* II 372d-373e.

²⁶*Leyes* IV, 704c. Es importante apuntar esto porque tanto Leo Strauss como Allan Bloom han interpretado a Platón de manera errónea en este punto. Según ellos, el único principio que aparece en el libro I de la *República* y que Platón sigue defendiendo a lo largo de toda la obra es el que introduce Polemarco: que hay que hacer bien a los amigos y mal a los enemigos. Parecería, pues, que Platón sostiene que la ciudad que él propone podrá iniciar guerras injustas y llevar adelante la guerra sin límite alguno (cfr. *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago, 1953, pp. 149-150, nota 24; *The City and Man*, The University of Chicago Press, Chicago, 1978, p. 73; “Plato”, p. 37 y nota 4, en *History of Political Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago, 1987, pp. 33-89). Se apoyan los intérpretes en el pasaje del libro V en el que Platón sostiene que la guerra contra los griegos debe ser como una guerra entre hermanos, pero no así la guerra contra los bárbaros (cfr. 470b-471c). Pero la interpretación es enteramente arbitraria, pues Platón sostiene en toda su obra que la justicia es preferible a la injusticia (que es la opinión central del libro I de la *República*), y que ni contra griegos ni contra bárbaros debe iniciarse una guerra injusta. Además, como no será avara, la ciudad justa no tendrá divisiones internas ni enemigos externos: *República* IV, 422b-423b. La verdad sobre este tema puede comprenderse a la luz de esta observación de Scheler, citada por Emilio Morales en su tesis doctoral “Libertad y solidaridad. Fundamentos fenomenológicos de la filosofía política”, presentada a la IAP-PUC en el año 2008: la revelación del amor cristiano fue posible “por la *humanitas* de los últimos profetas y de la antigüedad clásica, que comenzaron a destruir el orden del amor al amigo y el odio al enemigo, del respeto al libre y del desprecio al esclavo, propios del antiguo mundo greco-romano” (p. 79 de la tesis de Morales). Es decir, Platón se está elevando de lo material a lo espiritual, de lo más cercano a lo más remoto, del bien común político al bien del cosmos. Desde allí propone una reforma profunda en la que al menos los enemigos griegos no se destruyan mutuamente. Pero él no propugna guerras injustas con los bárbaros, aunque no intente corregir los excesos que se podrían cometer en las guerras que se dieran contra ellos.

un poder capaz de defender ese título²⁷. Cuando un aventurero español se apoderaba de un territorio en el Este de Venezuela en el siglo XVI, lo hacía a nombre de la Corona. Si lo hubiera hecho a nombre propio, como el Tirano Aguirre, su propiedad habría dependido de que pudiera proteger el “dominio eminente” o político que presupone la propiedad. De manera análoga, cuando, por ejemplo, el Imperio Carolingio se disolvió, toda la propiedad de la tierra quedó en entredicho hasta que pudieron formarse ducados o condados capaces de defender el territorio de las incursiones vikingas, húngaras y sarracenas. Abraham podía adueñarse de la tierra porque su tribu trashumante era capaz de defenderla por las armas frente a los reyes rivales.

Puede ilustrarse el punto anterior con el modo como procedieron los conquistadores españoles. Un Capitán tomaba posesión del territorio y fundaba la ciudad en nombre de la Corona. Con ello, de ordinario, y por disposición real, quedaba ese Capitán, al menos interinamente, como titular del poder de la república:

Después de haber cumplido todas las ritualidades del derecho, el capitán poblador declaraba fundada la nueva ciudad, que servirá en adelante de principal asiento a los colonos [...]. La expedición militar, cuyas leyes eran las rudas de la guerra, hacía como un alto en el bélico trajín y el Capitán se arreaba de todos los atributos de las leyes civiles. Personero del Rey, en su nombre procedía a la fundación, sin descuidar ninguna de las fórmulas del sacramentario que regía tales actos²⁸.

Pero después se procedía a repartir en propiedad privada o pública los diversos solares en que se dividía el territorio de la ciudad: lo privado se daba en el seno de lo público. Así puede palpase, por ejemplo, en la narración que hace William Prescott de la primera fundación de la ciudad de San Miguel de Piura:

A este lugar, por tanto, ordenó el que se dirigieran inmediatamente en sus barcos los hombres que había dejado en Tumbes. Y tan pronto como llegaron se hicieron diligentes preparativos para construir la ciudad de manera adecuada a las necesidades de la colonia. Se procuró madera de los bosques vecinos. Se arrastraron rocas de sus canteras, y gradualmente se levantaron los edificios.

²⁷A su vez, ese poder se establece por ocupación originaria de bienes destinados al uso del género humano, como la mayoría de las colonias griegas (cfr. *Leyes IV*, 704b-c), o por conquista. Podría haber otro modo, pero no conozco ejemplos históricos, excepto, quizá, la extensión del poder del Emperador Sacro-Germánico sobre los reinos que pasaban a integrar la Cristiandad Latina, como Castilla, Polonia o Hungría. –Pero ese poder era más bien una suerte de “mito unificador” que un poder político efectivo. Eric Voegelin habla del “mito del imperio” en *The New Science of Politics*, University of Chicago Press, Chicago, 1952, pp. 162-163.

²⁸Cfr. Tapices de historia patria, pp. 164-165. En: *Fundamental*. Mario Briceño-Iragorry, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 2008, pp. 99-273.

Algunos de éstos tenían pretensiones de fuerza, si no de elegancia. Entre ellos había una iglesia, un arsenal para almacenamiento público, un palacio de justicia y una fortaleza. Se organizó un gobierno municipal, que consistía en regidores, alcaldes y los acostumbrados funcionarios civiles. El territorio adyacente fue parcelado y repartido entre los residentes [...] ²⁹.

Toda propiedad privada, por tanto, resulta de la división de lo común que realiza la justicia distributiva (y, por supuesto, de los intercambios propios de la justicia conmutativa, que se dan en ese contexto): el legislador puede con justicia considerar que la ocupación de ciertas tierras realiza la finalidad a que están naturalmente destinadas. Consideraciones semejantes podrían hacerse de la usucapión que, como se sabe, es también un título originario de propiedad sobre la tierra.

Se ve, entonces, que John Locke confunde dos instituciones distintas cuando sostiene que la propiedad es un derecho individual previo a la sociedad política. En cierta manera, la ocupación de la tierra por una colonia griega es anterior a la consolidación de la nueva sociedad política ³⁰, pero no lo es ni puede serlo la ocupación que da lugar a la propiedad como un derecho del individuo. Por otra parte, la postulación “liberal” (por Immanuel Kant, por ejemplo) de un positivismo jurídico “posterior” a la “aparición” de la autoridad política ³¹ apunta a un aspecto de la realidad (que los derechos presuponen la comunidad política), pero deja de lado otro aspecto, nada despreciable (que esos derechos están conectados con una distribución que debe sujetarse a cánones racionales, no a una “voluntad soberana”).

B) APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SEÑALADOS A VARIOS PROBLEMAS ACTUALES

Como hemos dicho, la concepción del título de la propiedad; y, dentro de una concepción que acepte la justicia distributiva, la antropología y la teología subyacentes tienen relevancia para determinar si en un caso particular (perteneciente a una especie no prevista en la ley) la toma de posesión de un bien constituye o no un hurto.

Así, por ejemplo, si se acepta que la propiedad privada se da gracias a la existencia de un orden político o “pre-político” que, con su fuerza, le asegura un espacio de justicia, es fácil comprender que, si un general debe requisar los vehículos particulares para hacer frente a un enemigo

²⁹*History of the Conquest of Peru*. Book III, chapter 3. Disponible en: <http://www.gutenberg.org/cache/epub/1209/pg1209.html>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2014. La traducción es mía.

³⁰Por siglos, Israel no fue una sociedad política. Por eso, su caso escapa a estas consideraciones.

³¹Cfr. *Metafísica de las costumbres, Principios metafísicos del Derecho*, II Parte, Doctrina del Derecho Público, Sección Primera, nn. XLVI-XLVII, XLIX (A).

que amenaza con destruir la existencia misma del marco de fuerza necesario para que exista la propiedad, obviamente su acción no constituye hurto ni robo. Aunque, pasado el peligro, por razones de distribución equitativa de las cargas, es posible que la comunidad deba indemnizar a los propietarios de esos vehículos, si han resultado dañados.

Los Padres de la Iglesia y los escolásticos llegaron más lejos que otros filósofos que he citado: los bienes sensibles no solo se ordenan al bien del hombre, sino al bien de todos los hombres. Si se acepta esta tesis, las reglas de justicia distributiva establecerán, por ejemplo, que, si un hombre está muriendo de hambre y toma de otro, sin pagar un precio y sin el consentimiento de su propietario, los alimentos estrictamente necesarios para no morir de inanición, no comete hurto, porque está actualizando el destino universal de los bienes. Desconozco si el Derecho romano pre-cristiano habrá llegado a conclusión semejante, pero sospecho que, si lo hizo, se habrá fundado en el estado de necesidad, no en la peculiar institución conocida como “hurto famélico”.

Pero, tras esta breve ilustración, consideremos un interesante conjunto de problemas debatibles.

b.1. *El problema especial de los indigentes*

La tesis del destino universal de los bienes tiene consecuencias prácticas en la consideración de este problema. En efecto, si se sostiene que todos los hombres tienen una misma dignidad esencial y que, por tanto, los bienes de la tierra están destinados a servir a todos los hombres, habrá que sostener también que todos deben acceder *en lo posible* a lo mínimo indispensable para llevar una existencia digna, siempre que la privación de eso no sea consecuencia de falta suya³². Subrayo *en la medida de lo posible*, porque podría ser que la sociedad no tuviera riquezas suficientes para lograr la dotación de todos; o podría ser que el orden político no lo permitiera. Podría haber privilegios injustificados cuya existencia, sin embargo, no se pueda evitar sin causar un daño mayor. En el establecimiento de los criterios de un reparto justo debe tenerse en cuenta, pero no de manera exclusiva, ni mucho menos, el famoso principio de John Rawls: deben tolerarse los privilegios de cuya supresión resultaría un empeoramiento de la condición aun de los menos favorecidos.

Cuando existe un vínculo especial, como una relación de trabajo, entre una persona adinerada y un pobre, el enfoque debe cambiar, por las razones que apuntaremos en una sección posterior (cfr. *infra* II.a). En este caso, el patrón es responsable del trabajador, especialmente si del trabajo de este depende la abundancia de aquel.

³²Como decía san Pablo: “el que no trabaje, que no coma” (II Tesalonicenses 3, 10).

Pero, fuera de esa relación especial, el Derecho exige el respeto de la propiedad de los ricos (excepto en el caso del hurto famélico, donde la propiedad del rico desaparece). Sin embargo, la moral exige otra cosa. Pues, como enseña santo Tomás, la distribución de la propiedad de la riqueza es una exigencia del bien común por las razones apuntadas: para hacer posible el desarrollo de las personas, para el ejercicio de las virtudes, para fomentar la diligencia y el orden en el cuidado de las cosas y para evitar conflictos (pues cada uno debe contentarse con lo suyo)³³. Con todo, el uso de las riquezas debe orientarse igualmente al bien común.

Estos principios explican algunos pasajes de la cuestión sobre el hurto. Si un pobre que no está muriendo de hambre toma un bien de un rico, comete el pecado de hurto o de robo. Según las *Decretales*, de hecho, “quien por necesidad de hambre, o de desnudez haya robado alimentos, vestido o ganado”, deberá “hacer penitencia por tres semanas”. Y el Aquinate aclara: esa decretal habla del caso en el que la necesidad no es urgente³⁴. Pero, al mismo tiempo, dice santo Tomás siguiendo a los Padres que si el rico no ayuda al pobre en sus necesidades o no permite que otros usen de las cosas que él no está usando, peca y, más aún, hace violencia³⁵.

Una curiosidad que se halla en la argumentación de santo Tomás es que usa en este punto una doctrina aristotélica. El Estagirita dice, de hecho, en la *Política* que la propiedad debe distribuirse de modo que exista la propiedad privada, pero que el uso debe ser común, como en Esparta, pues “entre amigos todo es común”³⁶. La diferencia entre el Estagirita y el Aquinate, me parece, reside en que el amor cristiano se extiende a todos los hombres, mientras la *philía* de que habla aquí Aristóteles es, sobre todo, la que se da entre los ciudadanos.

Las afirmaciones tomistas están lejos de ser revolucionarias. De hecho, una de las cosas que santo Tomás tiene en mente, sin duda, es que los ricos deben colaborar en la *diakonía* de la Iglesia, en las obras eclesíásticas de caridad. Benedicto XVI ha hecho una reflexión muy honda sobre estas obras en *Deus caritas est*, y uno de los puntos más lúcidos de su reflexión se encierra en las siguientes líneas:

El Estado que quiere proveer a todo, que absorbe todo en sí mismo, se convierte en definitiva en una instancia burocrática que no puede asegurar lo más esencial que el hombre afligido –cualquier ser humano– necesita: una entrañable atención personal. Lo que hace falta no es un Estado que regule y domine todo, sino que generosamente reconozca y apoye, de acuerdo con el principio de subsidiaridad, las iniciativas que surgen de las diversas fuerzas sociales

³³S. Th. II-II, q. 66, a. 2, c. En realidad, las dos primeras razones enumeradas proceden más de Aristóteles que de santo Tomás.

³⁴Cfr. S. Th. II-II, q. 66, a. 7, 1m et ad 1m.

³⁵Cfr. *ibidem*, a. 2, ad 2m et 3m.

³⁶Cfr. S. Th. II-II, q. 66, a. 2, c; y *Política* II 5, 1263a21-38.

y que unen la espontaneidad con la cercanía a los hombres necesitados de auxilio. La Iglesia es una de estas fuerzas vivas: en ella late el dinamismo del amor suscitado por el Espíritu de Cristo. Este amor no brinda a los hombres sólo ayuda material, sino también sosiego y cuidado del alma, una ayuda con frecuencia más necesaria que el sustento material. La afirmación según la cual las estructuras justas harían superfluas las obras de caridad, esconde una concepción materialista del hombre: el prejuicio de que el hombre vive “sólo de pan” (*Mt* 4, 4; *cf. Dt* 8, 3), una concepción que humilla al hombre e ignora precisamente lo que es más específicamente humano. (§ 28b)

La actividad caritativa cristiana ha de ser independiente de partidos e ideologías. No es un medio para transformar el mundo de manera ideológica y no está al servicio de estrategias mundanas, sino que es la actualización aquí y ahora del amor que el hombre siempre necesita. Los tiempos modernos, sobre todo desde el siglo XIX, están dominados por una filosofía del progreso con diversas variantes, cuya forma más radical es el marxismo. Una parte de la estrategia marxista es la teoría del empobrecimiento: quien en una situación de poder injusto ayuda al hombre con iniciativas de caridad –afirma– se pone de hecho al servicio de ese sistema injusto, haciéndolo aparecer soportable, al menos hasta cierto punto. Se frena así el potencial revolucionario y, por tanto, se paraliza la insurrección hacia un mundo mejor. De aquí el rechazo y el ataque a la caridad como un sistema conservador del *statu quo*. En realidad, ésta es una filosofía inhumana. El hombre que vive en el presente es sacrificado al *Moloc* del futuro, un futuro cuya efectiva realización resulta por lo menos dudosa. La verdad es que no se puede promover la humanización del mundo renunciando, por el momento, a comportarse de manera humana. A un mundo mejor se contribuye solamente haciendo el bien ahora y en primera persona, con pasión y donde sea posible, independientemente de estrategias y programas de partido. El programa del cristiano –el programa del buen Samaritano, el programa de Jesús– es un “corazón que ve”. Este corazón ve dónde se necesita amor y actúa en consecuencia. (§ 31b)³⁷.

b.2. La llamada “propiedad intelectual”³⁸

El que la subsidiaridad sea parte esencial de la justificación de la propiedad privada y que haya sido aducida (sin darle el mismo nombre) desde que Aristóteles escribió su *Política*, muestra que la llamada “propiedad intelectual” es mucho más difícil de justificar y que debe ser drásticamente restringida. En efecto, sobre la propiedad intelectual en sus formas de patentes o modelos industriales y de derechos de autor, y en su vertiente

³⁷Disponible en: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_benxvi_enc_20051225_deus-caritas-est_sp.html. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014.

³⁸Debo mucho de lo que digo en esta sección a la ayuda que me dio Adán Carlos González Ulloa, que puso a mi disposición interesante material de consulta, y que me dio a conocer la importante sentencia del Tribunal Constitucional que cito abajo.

económica³⁹, ha señalado el Tribunal Constitucional chileno con acierto que no se trata de un derecho real porque “el énfasis no está en el bien sino que en el provecho económico que se produce por el efecto de compartirlo con los demás”⁴⁰. Consiste en un privilegio, un monopolio establecido por el Derecho positivo, y que se da temporalmente al titular para que publique⁴¹ su obra o para que la explote. Este monopolio tiene como fin teórico incentivar a los autores e inventores⁴², aunque se ha convertido sobre todo en una protección para los grandes capitales que invierten en la investigación de productos de la técnica y en la comercialización de “enlatados culturales”.

Ya Friedrich Hayek había dicho que no puede extenderse sin reparos la regulación de la propiedad a los derechos intelectuales, a causa del peligro de que estos derechos favorecieran los monopolios, el crecimiento desmesurado de unas pocas corporaciones. Oigamos directamente sus palabras:

El problema de la prevención del monopolio y la preservación de la competencia se plantea mucho más agudamente en algunos otros campos a los cuales se ha extendido el concepto de propiedad sólo en tiempos recientes. Estoy pensando aquí en la extensión del concepto de propiedad a tales derechos y privilegios como las patentes de invención, los derechos de autor, las marcas comerciales y otros semejantes. Me parece indudable que en estos campos una aplicación servil del concepto de propiedad tal como se ha desarrollado para las cosas materiales ha hecho mucho para favorecer el crecimiento del monopolio, y que aquí se precisan reformas drásticas, si es que se desea que funcione la competencia. En el campo de las patentes industriales, en particular, tendremos que examinar seriamente si la concesión de un privilegio monopolístico es realmente la manera más apropiada y efectiva para recompensar el tipo de riesgo que entraña la inversión en la investigación científica⁴³.

Pero eso es exactamente lo que ha ocurrido. En una materia tan importante como la farmacéutica, por ejemplo, cada vez más los grandes laboratorios acaparan la posibilidad de usar las invenciones más útiles

³⁹No considero aquí ni las marcas comerciales; ni la vertiente moral de las patentes, etc., que sí es de Derecho natural y que siempre ha existido: Aristóteles no cobró derechos de autor, pero sí fue reconocido como autor de sus obras. El plagio constituye una injuria cometida contra todos los escritores y los inventores, haya o no regulación de “propiedad” intelectual.

⁴⁰Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno 2908 de 14.01.2014 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucional interpuesto por Compañía Minera Teck Quebrada Blanca S. A.), párrafo 17°. Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2908

⁴¹Por la imprenta o por otros medios, audiovisuales o informáticos.

⁴²Cfr. loc. cit., párrafos 14°, 18° y 19°.

⁴³“Free Enterprise and Competitive Order”, pp. 113-114. En: *Individualism and Economic Order*. The University of Chicago Press. Chicago y Londres, 1980, pp. 107-147. La traducción es mía. Cfr. También, “Individualism: True and False”, pp. 20-21. En: *ibidem.*, pp. 1-32. Disponible aquí: https://mises.org/books/individualismand_economicorder.pdf.

para las enfermedades que van cambiando, y cada vez más las farmacias se van convirtiendo también en grandes corporaciones que se limitan a distribuir lo que les proporcionan los grandes laboratorios. Es decir, mientras la propiedad de los bienes físicos es necesaria para el desarrollo de todos los miembros de las sociedades políticas, la llamada “propiedad intelectual”, tal como existe hoy, produce un efecto contrario: tiende a concentrar la capacidad de acción en pocas manos.

Se dice que sin la regulación de propiedad intelectual la investigación decaería, pero lo cierto es que los inventores a menudo no tienen un interés comercial y, por lo mismo, quedan absorbidos por empresas manejadas por comerciantes de las invenciones. Por eso es dudoso que el sistema actual esté realmente favoreciendo la investigación. Hay evidencia, en cambio, de que está produciendo importantes distorsiones. El 15 de febrero del año 2001, *The Telegraph* publicó los siguientes resultados de una encuesta:

Un sondeo de quinientos científicos e ingenieros, hecho por un instituto de profesionales, demuestra que uno de cada tres investigadores está dispuesto a ignorar las conclusiones de sus trabajos con tal de ganar el favor de los que financian su labor y poder obtener más fondos. El número de científicos dispuestos a comprometer la objetividad de sus datos ha aumentado desde el último sondeo de 1991, y Highfield [el autor del artículo] opina que se debe al recorte de los fondos públicos destinados a la investigación, que ha puesto a los centros de investigación más a merced del sector comercial.

El treinta por ciento de los científicos consultados admite haber alterado sus conclusiones, por diversos motivos. Un diecisiete por ciento lo hizo porque se le pidió para dar gusto a los que encargaron el trabajo. Un diez por ciento, para conseguir ulteriores contratos. Y un tres por ciento porque se le desaconsejó la publicación de los resultados. El instituto que realizó el sondeo hizo notar que la mitad de los científicos está buscando un nuevo empleo.

Por otra parte, un cuarenta por ciento de los científicos consultados opinó que la privatización del financiamiento había hecho más difícil ofrecer un trabajo independiente que tomara en cuenta los intereses públicos. Aun en los centros públicos de investigación, hoy en día, en el mundo de los anglosajones, son muchos los científicos que dependen de los fondos privados.

El monopolio de la investigación en manos de grandes corporaciones no puede traer nada bueno. Desde luego, la solución a este problema no es entregar la investigación a los gobiernos, pues ello violaría la autonomía universitaria y los sagrados bienes que ella protege. La solución pasaría por dar fondos rentales a instituciones que puedan investigar libremente y sin predominio del interés comercial. Así funcionó la humanidad hasta hace muy poco, y precisamente cuando se pusieron las bases del desarrollo de la ciencia y la técnica. Como ha mostrado Jean Gimpel, si la invención del reloj mecánico cambió la vida de Occidente al regularla de manera racional por medio de los campanarios de las iglesias y monasterios, y, en cambio, apareció antes en China como reloj astronómico, pero se perdió

allí para siempre un par de siglos más tarde, es porque en la Cristiandad Latina las invenciones se difundían de manera que todos los entendidos podían replicarlas, mientras en China las invenciones ligadas al calendario eran monopolio de la Corte Imperial, que se las reservaba como secretos ligados a su poder. Ese poder cayó en manos de diversas dinastías, hasta que la dinastía Ming descuidó enteramente esta tecnología, de modo que se perdió el secreto del reloj mecánico en China⁴⁴.

Por otra parte, la protección de los derechos de autor a veces da la impresión de haberse extendido excesivamente con el fin preciso de proteger grandes corporaciones cinematográficas: 70 años después de la muerte del autor es, a todas luces, una protección abusiva. Puede ser justo, aunque de ninguna manera de Derecho natural, dar al autor un monopolio y un control sobre la impresión de su obra. Puede ser razonable, además, que el autor comparta ese derecho con una editorial o que lo ceda por un plazo corto. Pero, en realidad, no se ve por qué tal derecho tenga que extenderse más allá de la vida terrena del autor ni por qué deba ser tan férreo como se va tornando. Mucho menos se ve razón alguna para que, como ocurre ahora demasiado a menudo, no sea el autor quien tenga lo principal de ese control, sino, nuevamente, grandes empresas editoriales y por plazos enormes.

Si existe un “destino universal de los bienes materiales” que exige un reparto justo porque es imposible que todos gocen al mismo tiempo y de la misma manera de esta clase de bienes; con más razón existe un destino universal de los bienes espirituales que sí pueden, por su misma naturaleza, difundirse a todos. Por esto, la dimensión económica de la llamada propiedad intelectual es difícil de justificar y, si la conveniencia política la aconseja, debe ser limitada y observada muy cuidadosamente. Desde luego, no se puede equiparar al hurto la violación oculta de estos derechos cuando la ley los haya consagrado. Con todo, si se hallan consagrados de manera razonable, sí puede dicha violación dar lugar a un daño por lucro cesante o un cierto enriquecimiento sin causa a costa de otro⁴⁵: pues se logra un beneficio por el uso de la patente, por ejemplo, o se goza de un bien por ver una película, sin que el titular del monopolio legal reciba la regalía o el beneficio que le toca según el Derecho positivo.

Una última palabra sobre la regulación positiva de la propiedad intelectual. En esta materia, como en todas las otras, los gobiernos deberían tener cuidado de no firmar tratados internacionales que beneficien injustificadamente a las grandes corporaciones de los países poderosos y ricos, mientras perjudican, en cambio, a los habitantes de su propio país.

⁴⁴*The Medieval Machine. The Industrial Revolution in the Middle Ages*, Penguin Books, Londres, 1977, pp. 149-170.

⁴⁵Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile del 14.01.2014, ya citada, parágrafo 27°.

b.3. *Un estudio más detenido de la legitimidad de la repartición de las cargas públicas*

La obra de John Locke contiene las semillas de las que surge el utilitarismo, y contiene también elementos individualistas. Cuando en los *Ensayos sobre el entendimiento humano* Locke dice que el bien es lo que produce placer y el mal lo que produce dolor, está poniendo las bases para la edificación del utilitarismo⁴⁶. También cuando dice que no hay leyes sin sanciones ni, por tanto, verdaderos “derechos” naturales⁴⁷. Pero, en cambio, cuando sostiene las tesis nominalistas tradicionales (que son reales solamente los individuos, que estos adquieren derechos previos a la existencia del Estado, de tal manera que la sociedad política se justifica solamente como garantía de la propiedad –vivimos juntos para no dañarnos–), está poniendo las bases para el individualismo más radical. Pienso que la tensión entre estos dos aspectos de la obra de Locke se nota en dos autores cuyo horizonte filosófico jurídico se cierra en dicha obra, y que exploran las consecuencias de cada uno de estos aspectos. Me refiero a H. L. A. Hart y a Robert Nozick. *Entre utilidad y derechos* es una conferencia que expresa admirablemente esta cierta antinomia contenida dentro del horizonte lockeano.

El utilitarismo postula que se puede tomar cualquier decisión política, siempre que esta se ordene al “bien del pueblo”, a “maximizar la felicidad del mayor número”⁴⁸. Puesto que entiende por “felicidad” la sensación subjetiva de placer, postula implícita o explícitamente una tensión insal-

⁴⁶De hecho, Helvecio lo sigue en esto en su *Tratado sobre el hombre*, que se basa sobre todo en los *Ensayos sobre el entendimiento humano*, porque Helvecio admira a Locke como a un Newton de la filosofía del hombre (cfr. pp. 152, 160, 233, 275). Un par de temas de capital importancia en los que se palpa la influencia de Locke pueden verse aquí: “pleasure and pain, those productive principles of monastic virtue, are the principles of patriotic virtue also. The hope of rewards makes them flourish. Whatever disinterested love we may affect to have, without the interest for virtue there is no virtue” (Tomo I, sección IV, capítulo 12, p. 319); y en otro lugar, donde, después de citar la noción de ley que trae Locke en los ensayos, concluye: “experience tells us, than man has ideas of force before those of justice; that, in general, he has no love of justice; that even in polished nations where people are continually talking of equity, no one regards it unless he be forced by the fear of a power equal or superior to his own” (Tomo I, sección IV, capítulo 8, p. 303). Cito de la traducción inglesa de W. Hooper (1777), impresa nuevamente en 1810, *Treatise on Man, His Intellectual Faculties and His Education*, Albion Press. Helvecio, a su vez, ejerció enorme influencia sobre Jeremy Bentham, como ha mostrado Eric Voegelin en los capítulos II y III de su *From Enlightenment to Revolution* (Duke University Press, Durham, 1975, pp. 35 y ss.).

⁴⁷Cfr. I, §§ 5-13; y Libro II, capítulo 20.

⁴⁸Una doctrina mucho más radical, a la que me he referido en otros lugares, es la doctrina marxista. Esta no es utilitarista, sino totalitarista. Sin embargo, cuando se consolida institucionalmente, tiende a derivar hacia un utilitarismo, pues es la única “racionalidad” que puede admitir. Conviene, sin embargo, tener en cuenta que antes de consolidarse es muy diferente: promueve la destrucción, el delito, etc., como caminos revolucionarios bajo capa de interés por los pobres.

vale entre el individuo y la sociedad o el pueblo, y no tiene recursos intelectuales para proteger al primero: no se pueden oponer “derechos” a los requerimientos del “interés general”.

Con semejantes supuestos teóricos, es fácil comprender que el utilitarismo puede dar pie para justificar impuestos confiscatorios o cualquier otra medida de confiscación de bienes que, conforme a la justicia distributiva y a la aplicación de la justicia conmutativa a los intercambios, correspondan a uno o varios miembros de la sociedad política. Desde el punto de vista clásico y escolástico, dichos impuestos, si no se ordenan al bien común o violan la justicia distributiva (que es lo mismo⁴⁹), podrían constituir auténticos robos a mano armada, como enseñan san Agustín y santo Tomás⁵⁰. En esta línea parecerían encontrarse las críticas de Nozick contra el utilitarismo y los impuestos. Sin embargo, su inspiración es radicalmente distinta.

Según Nozick, “un conjunto estrictamente limitado de derechos individuales semiabsolutos constituye el fundamento de la moralidad. [...] Tales derechos ‘expresan la inviolabilidad de otras personas’ y ‘reflejan el hecho de nuestras existencias separadas’”⁵¹. Por esto, el utilitarismo sería inmoral, pues, al tomar como regla de acción el “interés general”, considera al individuo como una simple parte prescindible del Estado. Se mezclan aquí una intuición verdadera y una doctrina falsa. La doctrina falsa es que existan derechos individuales antes de que exista la comunidad política (o preo supra-política). Pero veamos cómo desarrolla Nozick esta doctrina e intuición.

Los nozickianos derechos individuales abarcan la integridad física, la libertad de coerción, la propiedad privada y la autonomía de la voluntad para disponer de esa propiedad. La moralidad se limita a prohibir la violación de los derechos. Vivimos en sociedad exclusivamente para no dañarnos mutuamente. El Estado existe exclusivamente para proteger a las personas de la coacción, “del fraude, del robo, del incumplimiento contractual. El Estado, en particular, no debe imponer cargas al patrimonio o a los ingresos, como tampoco restricciones a la libertad de algunos ciudadanos para aliviar los sufrimientos de otros, sin importar qué tan

⁴⁹Esto lo señala Gustav Radbruch: no es el “bien del pueblo” lo que define qué cosa sea justa, sino que lo que es conforme al Derecho y la justicia es lo que define qué cosa promueve el bien del pueblo. Es decir, no se puede entender el verdadero bien común de manera utilitarista. Cfr. “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”, p. 12, en Radbruch, G., Schmidt, E. y Wenzel, H., *Derecho injusto y derecho nulo* (Introducción, traducción y selección de textos por José María Rodríguez Paniagua. Aguilar, Madrid, 1971), pp. 3-22.

⁵⁰Cfr. *Suma teológica* II-II q. 66, a. 8, ad 3m. Cita allí santo Tomás el famoso pasaje del libro IV de la *Ciudad de Dios: quitada la justicia, ¿qué son los reinos sino bandas de ladrones? Porque también las bandas de ladrones, ¿qué son sino reinos pequeños?*

⁵¹Autarquía, Estado y utopía. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 44 y 45. Citado por hart. *Entre utilidad y derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21.

grandes sean éstos. [...] Un Estado sólo puede gravar a sus ciudadanos para garantizar la policía, las cortes y las fuerzas armadas necesarias para la defensa y el desempeño de las funciones de vigilante nocturno". Cualquier otro impuesto sería equivalente a someter a trabajo forzado a los ciudadanos o a declarar que el gobierno es copropietario de la persona a la que grava el impuesto⁵². Según Nozick, es moralmente irrelevante si en una sociedad una minoría muy pequeña goza de riquezas ingentes y una mayoría muy grande, en cambio, muere de hambre. Desde el punto de vista moral, lo único que importa es que no se ejerza coacción sobre las personas y que estas no sean víctimas de fraude⁵³.

H.L.A. Hart reconoce la verdad que se encierra en la crítica de Nozick al utilitarismo, pero le dirige a la doctrina del propio Nozick críticas demolidoras. Muestra, por ejemplo, que es ridículo sostener que cualquier impuesto a la riqueza excesiva, por pequeño que sea, que tenga por fin auxiliar a quienes padecen necesidad, por grande que sea, es una violación de la individualidad de las personas y equivale a incurrir en el vicio utilitarista de considerar al hombre como una mera parte del Estado. Es ridículo, dice Hart, equiparar el apropiarse del ingreso de una persona para salvar a otros de un gran sufrimiento con el asesinar o tomar los órganos vitales de alguien con el mismo propósito⁵⁴.

Pero Hart piensa que el único modo de justificar las medidas razonables es recurrir al utilitarismo. Por eso, a pesar de sus defectos, Hart atribuye al utilitarismo todos los "progresos" modernos en la distribución de bienes: "[...] a esta crítica al utilitarismo puede endilgársele que desacredita todos los intentos de disminuir las desigualdades, así como todos los argumentos de que la pérdida de un hombre debe ser compensada por las ganancias de otro, que han inspirado las políticas de bienestar social [...]"⁵⁵.

Ante la posición de Hart se pueden hacer varias observaciones: (a) probablemente los bienes estaban mejor distribuidos a comienzos del siglo XVI que en el siglo XX. Karl Marx apunta astutamente que la llamada "acumulación originaria" de que hablan los capitalistas, según la cual los capitales se formaron por la vida industriosa y frugal de los ancestros de los actuales capitalistas, es un mito: en realidad, sí hubo una acumulación originaria, pero consistió en la expoliación de los monasterios por parte de la aristocracia y la monarquía inglesas en el siglo XVI⁵⁶, que creó el gravísimo problema moderno de los pobres, al arrojar a la indigencia a miles y miles de campesinos de las tierras monacales que cultivaban. De modo que no puede atribuirse al utilitarismo el haber creado la preocupación por los

⁵²Sigo aquí el resumen de Hart. *Ibidem*, pp. 21-22.

⁵³*Ibidem*, p. 24.

⁵⁴*Ibidem*, p. 25

⁵⁵*Entre utilidad y derechos*, p. 20.

⁵⁶Cfr. *El capital*. Tomo I, capítulo 24, p. 2.

pobres. Es antigua esa preocupación, de origen judeo-cristiano (aunque imitada por Juliano el Apóstata, por ejemplo⁵⁷), pero fue entorpecida por doctrinas que promueven el egoísmo, tales como las doctrinas liberales (y las propias doctrinas utilitaristas⁵⁸). (b) Si estudiáramos con detenimiento cada caso de redistribución justa de los bienes, probablemente encontraríamos a menudo principios diferentes a los del utilitarismo. En Inglaterra Michael Thomas Sadler y Anthony Ashley-Cooper no representaban al utilitarismo, sino que se movían por inspiración cristiana. En los Estados Unidos, como ha reconocido el propio John Rawls, todos los movimientos de redistribución han tenido origen cristiano⁵⁹. Hart, pues, parece adherir a puntos de vista históricos bastante arbitrarios, y, además, parece estar preso en el horizonte lockeano de comprensión de la realidad política.

Sin embargo, la observación más importante que puede hacerse a las críticas que Hart dirige a Nozick es que ignoran el punto de vista de la justicia, y, sobre todo, la central noción de la justicia distributiva. Es verdad, como sostiene Nozick, que la comunidad política no es una persona y que las personas individuales no quedan absorbidas en ella; es verdad que no puede haber una “felicidad general” si no se respeta el Derecho, pero es falso que los derechos individuales preexistan a la comunidad política o preo supra-política (pero nunca a-política), y puedan entenderse fuera de la empresa cooperativa que es la comunidad política, como mostramos al hablar de la ocupación (cfr. *supra* la). Puede entenderse, por tanto, que la justicia impone un límite racional a los impuestos, y que ese límite es muy diferente tanto del principio de utilidad general (se justifica lo que traiga mayor felicidad al mayor número) como de los derechos postulados por Nozick. Pero para entender esto es preciso salir del horizonte de acero que es la obra de John Locke. Es preciso trascender la filosofía política empirista y postular principios filosófico-políticos más razonables, como la noción de justicia distributiva.

II. ALGUNOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA VOLUNTAD LEGÍTIMA DEL PROPIETARIO

Como se ha dicho, el hurto consiste en tomar posesión de lo ajeno en contra de la presunta y legítima⁶⁰ voluntad del propietario y sin su conoci-

⁵⁷Cfr. Benedicto XVI, *Deus caritas est*, § 24.

⁵⁸Según estas, los hombres privados buscan su placer individual. Solo los analistas utilitarios pueden ocuparse del interés general. Por ello, el utilitarismo es estatista y antisubsidario. De ahí se sigue que cuida menos de los pobres, y menos profundamente, que el cristianismo. Cfr. Benedicto XVI, *Deus caritas est*, § 28b.

⁵⁹Cfr. *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, pp. 249 y ss.

⁶⁰El arrendatario puede retener la cosa arrendada, conforme al contrato, aun cuando el propietario manifieste su voluntad de que se le devuelva, si esa voluntad viola el contrato o la ley (justa).

miento, mientras el robo es eso mismo pero por la fuerza o con violencia. Por esta razón se incluye aquí el estudio de tres relaciones contractuales en las que probablemente se puede dar un tipo de acción que guarda cierta semejanza con el robo, aunque no puedan caer exactamente bajo la misma especie moral.

A) EL PROBLEMA DE LAS RELACIONES LABORALES

Si se piensa que la propiedad se adquiere por ocupación y se transmite por contrato según el principio de autonomía de la voluntad; si, además, se sostiene que todos los hombres son libres e iguales y que no debe haber autoridad alguna de unos sobre otros excepto por consentimiento de los súbditos, entonces puede sostenerse plausiblemente que lo debido a un contratante es lo que establezca el contrato, sin que importe qué sea ello ni la naturaleza de dicho contrato. Ni aunque este sea un contrato de trabajo.

La antedicha posición liberal (lockeano-kantiana) acerca del Derecho contractual podría parecer a muchos lectores como compatible con la posición aristotélica. En efecto, Aristóteles sostiene en el libro V de la *Ética a Nicómaco* que no se sufre injuria voluntariamente y que el dinero permite la igualación proporcional de los aportes de los miembros de la comunidad para que después se dé el intercambio conmutativo entre esos aportes⁶¹.

Sin embargo, la posición aristotélica sobre este punto es profundamente distinta. En efecto, Aristóteles sostiene que el Derecho civil estrictamente hablando se da entre libres e iguales, pero también sostiene que no todos los seres humanos son libres e iguales: no lo son ni los esclavos ni los niños. Además, el Estagirita no concibe al trabajo como una simple mercancía⁶², sino como una actividad que se da en el seno de la casa o del taller, bajo una autoridad que no tiene por qué depender del consentimiento de sus súbditos, como ciertamente no depende la del padre de familia.

Por fortuna, la esclavitud fue abolida en los países de tradición cristiana⁶³. Sin embargo, el problema de la desigualdad continúa presente. Lord Ashley percibió esto con fuerza en el siglo XIX inglés: era claro que los contratos celebrados por los trabajadores, aceptados por estos a pesar

⁶¹Cfr. capítulos 5 y 9, 1136b3-14.

⁶²Es difícil valorar el sentido exacto que tendría en el presente contexto el pasaje de *República* II, 371d-e. Podemos estar seguros, sin embargo, de que Platón, el maestro de Aristóteles, no consideraba el trabajo humano como una simple mercancía. Allí no estaba hablando de este tema.

⁶³Pero es masiva la esclavitud estatal en todos los países comunistas, bien sea que hayan destruido una antecedente tradición cristiana (como ocurrió en Cuba) o no (como en China). Igualmente existe la esclavitud en algunos países musulmanes, y también se ha reintroducido cierto tipo de esclavitud (como la sexual) en los países que fueron cristianos pero se han secularizado.

de las terribles condiciones impuestas por los industriales, no podrían constituir el único instrumento para determinar qué se debía a los trabajadores. A menudo, condiciones obviamente injustas eran aceptadas por los trabajadores porque su única alternativa era morir de hambre. Su voluntad no se manifestaba libremente y su salario y demás contraprestaciones no respondían a la debida proporción distributiva. En otras palabras, en justicia, el empleador debía más, y la ley debía declarar esto para asegurarse de que los jueces pronunciaran sentencias conformes al Derecho, que asistía a los trabajadores allende el principio de autonomía de la voluntad⁶⁴.

La casa y el taller han sido parcialmente sustituidos como unidades productivas por las empresas. Quien gobierna la empresa tiene una autoridad sobre sus súbditos que no es sencillamente la de quien compra una “mercancía”, la fuerza de trabajo. Juan Pablo II apuntaba agudamente que una señal inequívoca de materialismo es considerar el trabajo como una mercancía o un “recurso” más⁶⁵. Se trata de una actividad que emana de un agente libre y que, por tanto, está sujeta a un gobierno que ha de mirar por el bien común, no sencillamente a una “gerencia” que persiga aumentar las utilidades de una parte, ni a la ley de la oferta y la demanda.

De todo esto se sigue que, si un empresario pagara a un trabajador menos de lo debido, estaría imponiendo un gobierno tiránico sobre su empresa y, aunque estuviera cumpliendo el contrato de trabajo, estaría incurriendo en algo semejante al robo, por la razón que aduciremos al hablar de la usura⁶⁶.

⁶⁴Como debe saberse, Karl Marx y Federico Engels se opusieron a las reformas de Ashley en su lenguaje pseudo-profético, tomado en este caso de Juan Bautista: esas reformas supondrían un colapso del sistema capitalista, que necesita sangre nueva para explotar, de manera que, debido a ellas, “el hacha ya se encuentra clavada en la raíz del árbol”. Cfr. *La sagrada familia*, Editorial Claridad. Buenos Aires, 1938, pp. 26-27.

⁶⁵Cfr. *Laborem Exercens*, § 13. También, Rafael Tomás Caldera, *Visión del hombre en Juan Pablo II*. Centauro, Caracas, 1995, p. 124.

⁶⁶Un caso semejante al de los contratos de trabajo fue el de la expoliación de las tierras de manos de los comuneros en el siglo XIX. Los liberales declararon en diversos países hispanoamericanos que era contrario a la libertad y a la igualdad el régimen de propiedad comunitaria y de protección contra el fraude y otros abusos de que gozaban los indígenas en amplios espacios del territorio. Lo abolieron con esa excusa, y después adquirieron la tierra de los antiguos con-dueños por medio de negocios muy lucrativos. Estas compras constituyeron auténticos hurtos o fraudes. Sin embargo, en el caso venezolano, el sistema de propiedad quedó saneado por medio de la usucapión y de la Reforma Agraria de los años 60, mucho antes de que Hugo Chávez lo violara enteramente. Debe aclararse, además, que este sistema de propiedad comunal a que aludimos aquí es enteramente distinto al sistema de abolición de la propiedad privada que proponen Marx y los marxistas, pues cada comunidad tenía realmente una propiedad privada comunitaria: las tierras no eran de la República ni del Estado ni de las otras comunidades.

B) LA USURA

Aunque, según santo Tomás, la usura constituye un pecado de especie distinta a la del hurto o el robo, sin embargo, me parece que comparte algo con el segundo, igual que el contrato injusto de trabajo, al que ya he aludido. En efecto, el que paga los intereses usurarios “no da de manera voluntaria *simpliciter*, sino movido por una cierta necesidad, en cuanto necesita tomar dinero en préstamo, dinero que quien lo tiene no se lo quiere prestar sin usura”⁶⁷.

No es fácil hallar la medida justa en este tema en nuestros días. Norman Jones, de la Universidad de Utah, en la enciclopedia de la *Economic History Association*, en la voz “Usury”⁶⁸, ha mostrado que debemos movernos entre dos coordenadas principales: primero, santo Tomás piensa que cobrar intereses por un préstamo es cobrar un precio por un bien que no existe. Su razonamiento es claro: si yo entrego a una persona un bien cuyo uso es su consumo, como un trozo de pan, no puedo separar la entrega de la propiedad de la entrega del uso. Solamente en un bien que pueda usarse sin consumirlo se puede separar la transmisión del derecho de uso de la transmisión de la propiedad. Pero, como enseña Aristóteles en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, el dinero es un bien cuya naturaleza consiste en hacer posibles los intercambios. Quien pide dinero prestado lo que quiere es usarlo de inmediato como medio de cambio. Por esto, el prestamista que exige el pago no solo de la cantidad prestada, sino de un interés por encima de esa cantidad, está exigiendo que se le pague algo por encima de la propiedad que ha transmitido. Pero, puesto que no ha transmitido nada distinto de dicha propiedad, está cobrando un precio por un bien que no existe o vendiendo dos veces la misma cosa⁶⁹. No hay ni puede haber, en principio, un “arrendamiento del dinero”. Podría haber,

⁶⁷Cfr. S. Th. II-II q. 78, a. 1 ad 7m.

⁶⁸Disponible aquí: <http://eh.net/encyclopedia/usury/>, consultado el 15 de octubre de 2014.

⁶⁹Cfr. *Política* I 10, 1258b2-7. Desde luego, el provecho que obtiene el prestatario del mutuo no puede servir de justificación para cobrar intereses, porque el prestamista transmite la propiedad sobre el dinero, no ese provecho. Por eso, al igual que les parecería a los escolásticos, a mí también me parece errónea la justificación del interés de los préstamos de consumo que hace Irving Fisher. Cfr. Dempsey, Bernard W., *Interest and Usury*, Dennis Dobson Ltd., Londres, 1948, pp. 85 y 178. También es errónea, a mi juicio, la justificación que formula John Maynard Keynes de todas las tasas de interés. Cfr. *ibidem*, p. 96. De estas dos, me parece más inadecuada la justificación de Keynes, porque este incluye en ella la codicia del prestamista, su deseo de atesorar el dinero, y lo extiende a los préstamos de consumo y a los de inversión (cfr. *ibidem*, pp. 94, 97 y 98), mientras Fisher se refiere solo a la utilidad que obtendrá el prestatario de un préstamo de consumo. Pero, en lo que se refiere a los préstamos de consumo, ambas justificaciones presuponen una concepción amoral de la acción humana y la existencia de una “racionalidad instrumental” abstraída de la racionalidad total o de la justicia, general o particular. De este problema hablaremos en el texto. Los escolásticos distinguieron muy bien el precio justo de una mercancía (en el que entran en consideración todo tipo de factores, incluidos la necesidad humana y los costos, y que se conecta con el precio de

según escolásticos posteriores, una justificación extrínseca para cobrar algo más que el capital, a título de gastos de organización, riesgo, lucro cesante o daño emergente, cuando el prestamista tiene que vender bienes productivos para realizar el préstamo o tiene expectativas reales de hacer una inversión lucrativa, pero no la realiza para auxiliar al prestatario⁷⁰. El principio esencial es que en un contrato bilateral no puede enriquecerse sin causa una de las partes a costa de la otra. Pero el prestamista tampoco tiene por qué empobrecerse.

La otra coordenada fue defendida por Claudius Salmatius, y sostiene que el dinero se puede alquilar. Pienso que ella se funda en una concepción anti-aristotélica del dinero, como la que nos da John Locke. Según este último autor, el dinero no es otra cosa que una mercancía que se puede acumular⁷¹. Por esta razón, Locke sostuvo que quien presta y cobra un interés por el uso del dinero no se diferencia del terrateniente que

mercado, supuesto que no haya monopolio) y la utilidad particular que un comprador pueda darle. Cfr. Bernard W. Dempsey, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁷⁰Esta era la opinión de Francisco de Vitoria. Cfr. Garrán Martínez, José María, "La concepción del préstamo y la usura en los maestros salmantinos Francisco de Vitoria y Domingo de Soto", pp. 128-129. *Anales de estudios económicos y empresariales*, Vol. 4 (1989), pp. 123-134. Domingo de Soto rechaza esta opinión y condena como inmoral el cobro del lucro cesante pactado. Cfr. *ibidem*, pp. 129-130. El profesor Álvaro Ferrer admite como título extrínseco solamente el daño emergente, que ocurre cuando el prestamista tiene actualmente una empresa lucrativa y renuncia a ella a causa del mutuo, perdiendo así lo que con certeza se encontraba en vías de poseer. Molina, Lessius y Lugo aceptaban todos estos títulos extrínsecos como posibles justificaciones del cobro de un interés moderado, pero de manera que no podía decirse que el dinero por sí mismo diera interés, sino que en cada caso debía examinarse si se daban esos títulos (cfr. Dempsey, Bernard W., *Interest and Usury*, pp. 178-182). Con todo, me parece que quizá estos tres escolásticos aceptaron demasiado ampliamente los títulos extrínsecos y no consideraron suficientemente los riesgos de las inversiones, que impiden considerar como cierto el supuesto daño sufrido a causa de un préstamo, como en conversación privada me ha observado Matías Petersen. Dempsey interpreta que lo hicieron así porque, fundados en su teoría del precio justo, pensaban que podía haber un "precio común" de la "privación del dinero", aun cuando el prestamista no sufriera daño alguno específico (cfr. *op. cit.*, p. 189). No estoy seguro de la fidelidad de esta observación a los escolásticos comentados y, en todo caso, me parece que es errado abordar así el problema: si se teme que de eliminar el préstamo a interés podría detenerse el aparato productivo, la solución más justa sería que los capitales pudieran concurrir a la producción bajo la modalidad no del mutuo, sino de la sociedad de inversión, como diremos en el texto.

⁷¹Cfr. *Second Treatise on Government*, §§ 36 y 46-50. Juan Buridan había observado que los metales preciosos sirven para el intercambio de bienes a causa de una convención, pero que, además, poseen un valor a causa de la necesidad que los seres humanos tienen de ellos (los ricos, para su excesivo boato exterior). Por este motivo sostuvo que el rey que acuña moneda con un peso falso, o mezclando el metal precioso con otros metales, defrauda a sus súbditos, y peca. Cfr. Langholm, Odd, *Wealth and Money In the Aristotelian Tradition*, Universitetsforlaget, Oslo, 1983. Pero esto es muy diferente de lo que dijo Locke, en tres sentidos: en primer lugar, no contiene la noción del "valor-trabajo", sino la más correcta noción de que el valor está conectado con la necesidad humana; en segundo lugar, se mira el boato con malos ojos; y, en tercer lugar, correctamente se señala que el dinero, en cuanto dinero, depende de la institución humana.

comparte la ganancia de su campo con el agricultor que lo cultiva⁷². En realidad, Locke va más lejos, pues sostiene que, a causa de esa semejanza, no debería fijarse por ley la tasa máxima de interés, sino dejarse a la determinación del mercado.

Más allá de estos dos polos, en la obra de Adam Smith se puede apreciar un elemento que debe considerar quienquiera que se ocupe hoy del problema del interés. Este autor vuelve a una concepción básicamente aristotélica del dinero, pero reconoce y acepta un desarrollo que se había dado en las prácticas financieras occidentales: la multiplicación del

⁷²Es curioso que Locke acepte la renta pagada por el agricultor, porque, según Locke, la justificación de la propiedad es el trabajo... Supe de esta doctrina gracias al artículo de Norman Jones. Pero puede encontrarse en la siguiente carta de Locke: *Some Considerations of the Lowering of Interest and the Raising Value of Money, In a Letter Sent to a Member of Parliament, 1691*, disponible aquí: http://oll.libertyfund.org/titles/763#lf0128-04_head_002, consultada el 17 de octubre de 2014: "his is perfectly the value of money, in respect of consumable commodities: but the better to understand it, in its full latitude, in respect both of consumable commodities, and land too, we must consider, first, That the value of land consists in this, that, by its constant production of saleable commodities, it brings in a certain yearly income. Secondly, the value of commodities consists in this, that, as portable and useful things, they, by their exchange or consumption, supply the necessaries or conveniencies of life. Thirdly, In money there is a double value, answering to both of these, first, as it is capable, by its interest, to yield us such a yearly income: and in this it has the nature of land, (the income of one being called rent, of the other use) only with this difference, that the land, in its soil being different, as some fertile, some barren, and the products of it very various, both in their sorts, goodness, and vent, is not capable of any fixed estimate by its quantity: but money being constantly the same, and by its interest giving the same sort of product, through the whole country, is capable of having a fixed yearly rate set upon it by the magistrate; but land is not. But though in the uniformity of its legal worth, one hundred pounds of lawful money being all through England equal in its current value to any other one hundred pounds of lawful money, (because by virtue of the law it will every where pass for as much ware, or debt, as any other hundred pounds) is capable to have its yearly hire valued better than land; yet in respect of the varying need, and necessity of money, (which changes with the increase, or decay of money, or trade in a country) it is as little capable to have its yearly hire fixed by law, as land itself. For were all the land in Rumney-marsh, acre for acre, equally good, that is, did constantly produce the same quantity of equally good hay, or grass, one as another, the rent of it, under that consideration, of every acre being of an equal worth, would be capable of being regulated by law; and one might as well enact, that no acre of land in Rumney-marsh shall be let for above forty shillings per annum, as that no hundred pounds shall be let for above four pounds per annum. But nobody can think it fit (since by reason of the equal value of that land it can) that therefore the rent of the land in Rumney-marsh should be regulated by law. For supposing all the land in Rumney-marsh, or in England, were all of so equal a worth, that any one acre, compared at the same time to any one other, were equally good, in respect of its product; yet the same [34] acre, compared with itself in different times, would not, in respect of rent, be of equal value. And therefore, it would have been an unreasonable thing, if in the time of Henry VII the rent of land in Rumney-marsh had been settled by a law, according to the judged value of it at that time, and the same law, limiting the rent perhaps to 5s. per acre, have continued still. The absurdity and impracticableness of this every one sees at the first proposal, and readily concludes within himself, that things must be left to find their own price; and it is impossible, in this their constant mutability, for human foresight to set rules and bounds to their constantly varying proportion and use, which will always regulate their value".

dinero por medio del crédito⁷³. Ese desarrollo (que ha llegado más lejos en nuestros días), nos conduce a plantearnos una dificultad. Cuando se ha establecido ya en la estructura social un tipo de dinero basado hasta tal punto en el crédito que ha abandonado el patrón oro, y cuando ese tipo de dinero puede sufrir una depreciación rutinaria, es difícil evaluar exactamente cómo cabría traducir a nuestra situación la prohibición tomista de la usura. Parecería que ha quedado sencillamente obsoleta. Sin embargo, si se piensa que, en realidad, hay una tercera coordenada teórica que debemos incluir en nuestra consideración, quizá podamos tomarnos más en serio la posición escolástica. El marxismo es una doctrina revolucionaria que propone una abolición radical del sistema capitalista. En su origen basó su especulación económica en la teoría del valor trabajo, que se origina en Locke o en Petty (pero que Locke, obviamente, no aplicó de manera fiel), y propuso una abolición radical del contrato de mutuo, ya no solo de la usura, pues correspondería al Estado, es decir, a la Autoridad Central del Partido, establecer la equivalencia exacta entre los diversos productos, basada exclusivamente en el trabajo social incorporado. En el paraíso comunista, el dinero y el sistema bancario tendrían por función simplemente facilitar la contabilidad de estos intercambios planeados desde el centro⁷⁴. En formulaciones más adecuadas de la teoría del valor, el marxismo sigue amenazando con la destrucción de la sociedad republicana presente, con sus aspectos capitalistas.

Parece, por tanto, necesario repensar con hondura todo el problema del dinero y del interés. El abuso del crédito y las elevadas tasas de interés están produciendo problemas sociales graves (como la promoción de la destemplanza, la progresiva sujeción de las personas a los prestamistas y, en consecuencia, la inestabilidad social y política y el surgimiento de

⁷³Cfr. An Inquiry into de Nature and Causes of the Wealth of Nations. Methuen and Company, Ltd., Londres, 1904, Book II, chapter 2. En: <http://www.econlib.org/library/Smith/smWN7.html#B.II, Ch.2>, *Of Money Considered as a particular Branch of the General Stock of the Society*. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014.

⁷⁴Cfr. Capital, p. 208 (en: *Capital and Other Writings of Karl Marx*, The Modern Library of the World's Best Books, Nueva York, 1932. Ed. por Max Eastman): "No es el dinero lo que hace conmensurables las mercancías. Al contrario. Porque todas las mercancías son conmensurables, como valores, son trabajo humano incorporado, y por tanto conmensurable, es por esto que sus valores pueden medirse por una y la misma mercancía especial, y la segunda convertirse en la medida común de sus valores, esto es, en dinero". En el párrafo siguiente añade: "[...] el dinero mismo [en cuanto tal] no tiene precio. De otra manera estaríamos obligados a equiparlo a sí mismo como su propio equivalente". En la misma línea, se dice en la página 216 que el precio de las mercaderías no depende de la cantidad de metales preciosos que hay en un país, porque las mercaderías entran al comercio con un precio (la cantidad de trabajo social necesario para su producción). Sobre el planeamiento central: cfr. *El capital*. Editorial Cartago, Buenos Aires, 1973, Tomo I, capítulo 14, pp. 349-350. A la luz de este pasaje puede entenderse mejor otro de *La ideología alemana* (cit.), p. 39. Esta tercera coordenada aparece en términos un tanto inquietantes en la obra de Joseph Schumpeter, *Theory of Economic Development*, Cambridge, 1936, p. 181. Citado por Dempsey, Bernard W., *Interest and Usury*, p. 69.

tiranías), que recuerdan las observaciones que Platón hizo en *República* VIII y IX y que lo llevaron a proponer que quien presta, preste a su riesgo⁷⁵.

Si se piensa que Santo Tomás aceptaba que se separaran el uso y la propiedad del dinero cuando se pedía prestado para entregar una prenda⁷⁶; y que, además, permitía que quien daba dinero para una empresa productiva participara en sus ganancias y de esa manera obtuviera de vuelta más que el dinero que hubiera puesto en la empresa⁷⁷, se descubrirá que el abismo entre las doctrinas escolásticas y la realidad actual no es tan grande como se piensa a primera vista. El estudio de Knut Wicksell sobre los precios y los intereses, igual que los estudios de muchos otros autores modernos, tiene en mente sobre todo los préstamos que dan los capitalistas con fines productivos, sin considerar aparte los préstamos de consumo⁷⁸. Wicksell mismo, Adam Smith y Ludwig von Mises están de acuerdo con Aristóteles, además, en que el dinero es físicamente estéril⁷⁹. Quizá podría, por tanto, separarse los préstamos de consumo de los préstamos productivos⁸⁰. Podría considerarse a los primeros como un tipo de contrato de mutuo en el que, por tanto, el prestatario debería pagar básicamente la misma cantidad que recibió y una mínima comisión por los costos del negocio bancario más los justos títulos externos, cuando existan realmente⁸¹. Y podría considerarse a los préstamos productivos de manera diferente.

¿En qué dirección podría cambiarse el modo de considerar los préstamos productivos? Este es un problema nada fácil. Es verdad que se trata primera y principalmente de una cuestión político-moral, y que la economía no es sino una abstracción metodológica. Pero esto no nos legitima para ignorar olímpicamente, en la determinación de las exigencias de la moral, las investigaciones de los economistas. Toda actividad humana tiene necesidad de recursos materiales y de eficiencia en su producción y distribución. Tal necesidad es la base de la acción. Por esto dice santo Tomás, por ejemplo, que “nada prohíbe que el lucro se ordene a un fin necesario, o incluso honesto. Y, así, el comercio se torna lícito. Como cuando alguien busca un lucro moderado al comerciar, y lo ordena al sustento de su casa, o también a ayudar a los indigentes; o cuando alguien se ocupa del comercio a causa de la utilidad pública,

⁷⁵Cfr. 555c-556c, 573d-e.

⁷⁶Cfr. S. Th. II-II q. 78, a.

⁷⁷Cfr. S. Th. II-II q. 78, a. 2, ad 5m.

⁷⁸Cfr. Dempsey, Bernard W., *Interest and Usury*, p. 4. Sobre que tal es el caso también de Mises, Hayek y Schumpeter, cfr. *ibidem*, pp. 58-59, 66-67, 68, por ejemplo.

⁷⁹Cfr. Dempsey, Bernard W., *Interest and Usury*, pp. 8 y 43.

⁸⁰Irving Fisher distingue entre “préstamos” y “oportunidades de inversión”. Me parece que la distinción es semejante a esta que aquí señalo: cfr. deMPsey, Bernard, *Interest and Usury*, pp. 77-78.

⁸¹En esto consistía el negocio de los montes píos, me apunta el profesor Álvaro Ferrer.

es decir, para que no falten las cosas necesarias a la vida de la Patria, y busca el lucro no como un fin, sino como remuneración de su trabajo”⁸². Por ello, aunque la esencia de la praxis humana trascienda con mucho su fundamento económico, no puede prescindirse responsablemente de una cierta apropiación intelectual de ese fundamento⁸³. Es lícito realizar una abstracción metodológica, siempre que se conserve la conciencia de que debe reinsertarse la abstracción en el contexto total a la hora de dar consejos sobre cómo actuar concretamente. Lo que da verosimilitud y utilidad a estas aproximaciones es la necesidad de recursos económicos para cualquier actividad humana o la previsión de grandes tendencias en caso de que la generalidad de los hombres cedan a ciertos impulsos. Pero no podrían explicar, por ejemplo, el impresionante éxito económico de la actividad de los monjes entre los siglos V y XVI. Ni, en general, otras actividades exitosas que se llevan a cabo porque se entiende que constituyen una vocación o un deber, cuya necesaria base económica se busca *después* de haber decidido llevarlas a cabo, y que quizá sean las configuradoras esenciales de cualquier sistema político-económico. Me parece que en esta dirección iban muchas de las observaciones de Max Weber. Prosigamos ahora, con estas reflexiones en mente.

La enorme masa de intercambios y la posibilidad de innovaciones empresariales que se da en la economía de crédito que ha abandonado el patrón oro se hace posible porque los bancos, por medio del crédito, crean dinero circulante⁸⁴. El interés que se cobra sobre ese dinero tiene que ver con la oferta y la demanda del mismo, supuesto que existe un contrato de préstamo que no tiene constricciones legales; pero también tiene que ver con los precios de los diversos productos, pues, en los experimentos mentales de Wicksell, una tasa más baja que la productividad real de las inversiones resultaría en un aumento de los precios; y

⁸²Cfr. S. Th. q. 77, a. 4, c. En el ad 3m añade: “con todo, también a los clérigos les es lícito usar de la primera especie de intercambio, el que se ordena a la necesidad de la vida, comprando y vendiendo”. Los revolucionarios chilenos fingen que no les interesa el lucro (como si eso fuera posible en un materialista) y condenan todo lucro como una “mercantilización” de cualquier actividad en que se dé.

⁸³Aquí reside, me parece, la crítica de Bernard W. Dempsey a John M. Keynes: según Dempsey, Keynes no respeta debidamente las investigaciones económicas y propone medidas que pueden justificarse en un contexto en el que no existe la base social para la correcta aplicación de esas medidas. Pero se debería, según Dempsey, volver lo más pronto posible a la normalidad y racionalidad económica y abandonar el estatismo keynesiano (cfr. *Interest and Usury*, pp. 102-108 y 111). Me parece que yo estaría de acuerdo en la crítica a Keynes, sobre todo porque el economista inglés viola la subsidiaridad, pero subrayaría más la no autonomía de la racionalidad económica ante la racionalidad práctica. En todo caso, es laudable la aguda conciencia que tiene Dempsey de los presupuestos políticos y sociales de la racionalidad económica.

⁸⁴El vínculo entre la innovación y la creación bancaria de dinero es sostenido por Joseph Schumpeter. Cfr. *Theory of Economic Development*, pp. 101-102. Citado por Dempsey, Bernard, *Interest and Usury*, p. 65.

una más alta, en una disminución de los precios⁸⁵. Habría que pensar cuidadosamente en una manera de no perjudicar, en lo posible, los bienes que se logran con este sistema, pero hacerlo evolucionar hacia una concepción diferente, en la que los bancos u otros capitalistas (como los fondos de inversión para pensiones o los Montes Píos, o las Cajas de Ahorro, o las *Credit Unions*⁸⁶, etcétera) que dieran dinero para fines productivos participaran en las ganancias, si las hubiere, pero también en los riesgos: se trataría probablemente no ya de un contrato de mutuo, sino de un contrato de sociedad. Quizá la configuración presente del sistema financiero de los países islámicos podría servirnos de modelo de comparación (no necesariamente de imitación)⁸⁷. Por lo pronto nos sirve para caer en la cuenta de que la revisión que proponemos no constituye una aspiración utópica.

Mientras no cambie el sistema, un católico podría o bien promover cajas de ahorro y fondos solidarios de inversión y celebrar contratos de sociedad (en lugar de préstamos para inversión), o bien prestar a interés, siempre que ese interés no sea mayor que el legal, y siempre que el interés legal constituya algo aproximado a: la depreciación del dinero, más el costo de la organización que permite el crédito, más algún otro título extrínseco legítimo. Si el interés legal es excesivo, el católico podría incurrir en el pecado de usura, con la obligación moral de restituir⁸⁸, aun si desde el punto de vista jurídico no estuviera sujeto a restitución.

Queda una duda: ¿qué ocurriría con los préstamos de consumo mientras el sistema fuera tal que el dinero pudiera depreciarse con el paso del tiempo? Quizá podría establecerse una moneda que incorporara en sí esa depreciación, la inflación, como la “Unidad de Fomento” chilena. Pero, en ese caso, no podría cobrarse intereses sobre la suma establecida en esa moneda en los préstamos de consumo, aunque sí podría cobrarse algo más que esa suma si hubiere títulos legítimos extrínsecos, como se ha dicho⁸⁹. Pero, en la misma línea señalada antes, convendría pensar en un sistema monetario diferente, que no estuviera tan expuesto a la inflación, y que quizá estuviera más anclado en el patrón oro o más asegurado por medio del encaje legal.

⁸⁵Cfr. Dempsey, Bernard W., *Interest and Usury*, pp. 18-25 y 37, por ejemplo.

⁸⁶Cfr. Storck, Thomas, “Is Usury Still a Sin?”, p. 471. *Communio: International Catholic Review* 36 [Fall 2001], pp. 447-474.

⁸⁷Samir Abid shaiKh, “*The anatomy of usury*”, Independent Publishing Platform, North Charleston, South Carolina, 2013. Se discute si el sistema bancario islámico es realmente como dice ser: cfr. Timur Kuran, “Islamic Economics and the Islamic Subeconomy”, *Journal of Economic Perspectives* 9/4 (Fall 1995), pp. 155-173. (Citado por Storck, Thomas, *Is Usury Still a Sin?*, p. 472). Debo las referencias al profesor Álvaro Ferrer.

⁸⁸Cfr. Storck, Thomas, *Is Usury Still a Sin?*, pp. 467-471.

⁸⁹En sentido semejante, cfr. Storck, Thomas, *Is Usury Still a Sin?*, p. 469.

C) LA DEUDA EXTERNA

Un problema conexo es el de la deuda externa. Tiene complejidades añadidas, sin embargo. En primer lugar, por medio de esta institución se ha condenado a pueblos enteros a pagar sumas enormes de dinero por préstamos cuya utilidad, con frecuencia, no es clara. Los contratos en que se ha adquirido la deuda han sido firmados por funcionarios de la Administración Pública, central o descentralizada (por ejemplo, de empresas estatales). A veces se ha tratado de funcionarios electos y otras veces no. Igualmente, a veces los Parlamentos han aprobado o autorizado los contratos, pero otras veces no. Se dice que, cuando los contratos han sido firmados por funcionarios electos o aprobados o autorizados por los Parlamentos, tienen que ser justos, pues han sido dados por el mismo pueblo gravado por ellos, por medio de sus representantes. Se usa, entonces, la doctrina ilustrada del “gobierno representativo” y del “auto-gobierno”, para sostener que no puede haber injusticia en las decisiones políticas o que esa injusticia no puede ser alegada por los representados⁹⁰. Por último, se invoca esa misma doctrina para sostener que, si en algunos o muchos casos ha habido cohecho a la hora de adquirir la deuda, eso no la anula. Es necesario, como se ve, discutir brevemente el asunto de la representación política.

En la consideración de este tema debe aclararse que en la gran mayoría de los Estados contemporáneos es imposible la democracia pura. Por eso, es falso que los gobernantes sean “representantes” en el sentido de mandatarios sujetos a instrucciones. Pueden obrar según su conciencia y, por lo mismo, poseen verdadera autoridad de gobierno⁹¹, autoridad que emana tanto del bien común en sentido clásico como de accidentes históricos, y no de la voluntad de los gobernados⁹². Es falso, pues, que estos no puedan impugnar como injustos los actos de aquellos.

⁹⁰Cfr., por ejemplo, Kant, Immanuel, *Metafísica de las costumbres, Principios metafísicos del Derecho*, II Parte, Derecho Público, Sección Primera, nn. XLVI-XLVII, XLIX (A). Como es bien sabido, el Derecho administrativo francés nació de este mito de la Ilustración: el Consejo de Estado era un órgano de la misma Administración, no un tribunal, tanto porque “juzgar a la administración es ya administrar”, como porque los representados no podían oponer derechos frente al gobierno. Pero también es sabido que el Consejo de Estado se convirtió paulatinamente en un verdadero tribunal (fuera del Poder Judicial) y reconoció los derechos de los administrados ante los actos administrativos. Al comienzo, esos derechos se tuvieron que considerar como “intereses legítimos” en la observación de la legalidad, pero al final se ha declarado su verdadera naturaleza.

⁹¹Cfr. Voegelin, Eric, *The New Science of Politics*, capítulo I, sobre todo p. 38; y Weber, Max, “The types of legitimate domination”, pp. 293-294, en Roth, Guenther y Wittich, Claus (eds.), *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978, Volumen I, pp. 212-307.

⁹²Cfr. Brownson, Orestes, *The American Republic*, ISI Books, Wilmington-Delaware, 2003, pp. 91, 94-95, 98-99. Me he ocupado de este tema en mi *Racionalidad y justicia*, Globo Editores, Santiago, 2013, capítulo I.

Por otra parte, si el gobernante que llega al poder por un camino electoral o republicano se transforma después en cabeza de una tiranía totalitaria, y si ese proceso recibe amplio apoyo financiero internacional, debe decirse que la banca que ha apoyado a la tiranía, en justicia, ha prestado a su propio riesgo. Es verdad que un gobierno debe reconocer las obligaciones internacionales asumidas por los gobiernos anteriores, aun si ha habido un cambio de régimen⁹³. Pero también es verdad que el caso que aquí se está considerando no es el caso ordinario. Ciertamente, si, por ejemplo, el gobierno de Salvador Allende ha pedido unos empréstitos para construir una autopista, y de hecho la ha comenzado a construir, el gobierno de Augusto Pinochet también queda obligado por la deuda contraída por Allende. Pero, si Adolfo Hitler pide préstamos ingentes a la banca internacional, no para un proyecto particular, sino con propósitos no confesados, y usa ese dinero para financiar la consolidación del nazismo y su expansión por Europa, la República Federal Alemana no estará en justicia obligada a pagar esos empréstitos. Quizá históricamente se haya visto forzada a pagar, como parte derrotada en una guerra. Pero no estaría en justicia obligada a pagar. Lo mismo podría decirse de otras tiranías totalitarias, que han recibido amplio apoyo de la banca internacional y que han hipotecado el futuro de su Patria, precisamente para hacer imposible que sea gobernada por un régimen republicano.

En segundo lugar, me parece oportuno traer a la memoria que, después de la segunda Guerra Médica, los dos Jefes más importantes de los ejércitos griegos, Pausanias y Temístocles, se dejaron sobornar por el oro persa⁹⁴. El poder militar del imperio había sido derrotado en el campo de batalla, pero el poder financiero fue capaz de minimizar los efectos de esa derrota⁹⁵. No es un rasgo de pueblos decadentes el que sus líderes acepten sobornos de los grandes poderes financieros. Y el poder financiero de Persia es una broma comparado con el poder financiero que se congrega en Nueva York. Por lo tanto, en los casos en que pueda probarse que ha habido cohecho al asumirse una deuda pública, debería considerarse que el préstamo se ha dado a riesgo del prestamista.

En tercer lugar, se cobran unos intereses que nada tienen que ver con la justicia conmutativa y que maneja en definitiva la propia banca internacional. En este terreno, más que en ningún otro, debería abolirse el interés para préstamos de consumo, de manera que los países pagaran solamente las sumas ajustadas por la inflación del país en cuya moneda se dé el préstamo (más las sumas que tengan títulos extrínsecos legítimos),

⁹³Cfr., por ejemplo, *Política* III 3, 1276a6-20.

⁹⁴Cfr. Hammond, N. G. L., *A History of Greece to 322 B. C.*, Clarendon Press, Oxford, 2003, pp. 258 y 261-262.

⁹⁵Cfr. Voegelin, Eric, *Order and History*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1974, Tomo IV, p. 119.

y debería pagarse una participación en las utilidades de los proyectos productivos. No más que eso.

En cuarto lugar, deberían declararse inembargables e inejecutables los activos esenciales de los países deudores: no se justifica que todo un pueblo tenga que sacrificarse en el altar de las utilidades de los banqueros.

LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL OCTAVA TRANSITORIA ES INCONSTITUCIONAL¹

Adolfo Paúl Latorre

La peor forma de injusticia es la justicia simulada.
Platón.

Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía.
Séneca

*En un Estado Democrático de Derecho no resulta concebible que sus
ciudadanos se encuentren sometidos a dos clases distintas de justicia.*
Corte Suprema de Justicia de Chile

En primer lugar, debo agradecer a don Hermógenes Pérez de Arce Ibieta sus elogiosas palabras y el haberme acogido en su casa editorial; y a los distinguidos abogados Axel Buchheister Rosas y Gustavo Cuevas Farren por habernos honrado con su participación en este acto y por haber presentado mi libro, con mucha claridad y benevolencia.

Y a todos ustedes vuestra presencia que, junto con darle realce a este acto, me anima a perseverar en mi empeño de denunciar las iniquidades judiciales, la persecución, la humillación, el odio y la venganza contra los militares² que se vieron obligados a afrontar la violencia revolucionaria³, los que son condenados a severas penas de presidio no obstante ser

¹Palabras del autor, Adolfo Paúl Latorre, durante el acto de presentación del libro titulado *La disposición constitucional octava transitoria es inconstitucional*, efectuado en el auditorio de la Caja de Compensación Los Andes, Santiago, 12 de junio de 2018. En rigor, el título de esta obra debió haber sido *El inciso segundo de la disposición constitucional octava transitoria es inconstitucional*. No obstante, optamos por limitarlo a aquellas palabras que subrayen el contenido significativo de la obra, de forma que este resulte a la vez comprensible.

²Utilizo la palabra “militares” en un sentido genérico, abarcando en ella a todos los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden, y a los civiles adscritos a los organismos de seguridad del Estado procesados en casos de derechos humanos.

³Un documento sumamente clarificador acerca de las intenciones del gobierno de la Unidad Popular es la resolución adoptada por la unanimidad de los asistentes al XXII Congreso del Partido Socialista de Chile –al que pertenecía Salvador Allende–, realizado en la ciudad de Chillán entre el 24 y el 26 de noviembre de 1967, que se inclinó abiertamente por la vía

inocentes, estar libres de culpa o extinguida su responsabilidad penal y habiendo transcurrido más de cuatro décadas desde la ocurrencia de los supuestos hechos delictivos por los que son acusados.

Estructuré mi exposición sobre la base de dos ideas fuerza: que “*el derecho penal no debe ser utilizado como instrumento de venganza*” y que “*toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable*”. Concluiré con algunas reflexiones personales.

En relación con la primera idea, diremos que en Chile los tribunales de justicia se han convertido en instrumentos de venganza de los sectores de izquierda⁴, que reconocen en los institutos armados a quienes les impidieron consumir su proyecto mesiánico de crear un mundo y un hombre nuevos⁵, de someter a nuestra patria a una potencia extranjera y de implantar en ella un régimen totalitario de raigambre marxista-leninista, teniendo a Cuba como su paradigma.

Lo ocurrido durante los años 70 y 80 ha sido completamente distorsionado por un vasto y persistente proceso de desinformación, con el que se pretende instalar una historia oficial y borrar de la memoria colectiva⁶ del

violenta como método para la conquista del poder: “El Partido Socialista, como organización marxista-leninista, plantea la toma del poder como objetivo estratégico a cumplir en esta generación, para instaurar un Estado Revolucionario que libere a Chile de la dependencia y del retraso económico y cultural e inicie la construcción del socialismo. *La violencia revolucionaria es inevitable y legítima*. Resulta necesariamente del carácter represivo y armado del Estado de clase. Constituye la única vía que conduce a la toma del poder político y económico, y a su ulterior defensa y fortalecimiento. Sólo destruyendo el aparato burocrático y militar del Estado burgués, puede consolidarse la revolución socialista. Las formas pacíficas o legales de lucha no conducen por sí mismas al poder”.

⁴La persecución contra los militares, que está siendo llevada a cabo por los poderes ejecutivo y judicial con la connivencia del poder legislativo y de la clase política en general, constituye una injusticia y una iniquidad que claman al cielo. Los militares están siendo víctimas de la más abyecta prevaricación judicial y del odio de la izquierda, que muchas veces es compartido o coonestado por una buena parte de la opinión pública y por políticos que dicen ser de “centroderecha”; ya sea por pasividad, por pusilanimidad o por obsecuencia con los sectores de izquierda.

⁵Cfr. Rojas, Mauricio, *Lenin y el totalitarismo*, Debate, Santiago, 2017.

⁶“Para liquidar a las naciones lo primero que se hace es quitarles la memoria. Se destruyen sus libros, su cultura, su historia. Y luego viene alguien y les escribe otros libros, les da otra cultura y les inventa otra historia. Entonces la nación comienza lentamente a olvidar lo que es y lo que ha sido”. Milan Kundera.

Los jóvenes chilenos que no vivieron el desastre de la Unidad Popular, son herederos de un pasado oculto tras las mentiras y la tergiversación de lo realmente ocurrido en Chile durante la segunda mitad del siglo XX y que, en su gran mayoría, solo conocen la “historia oficial”; una historia que comienza el 11 de septiembre de 1973 y que ha sido escrita por quienes pretendieron instaurar en nuestra patria un régimen marxista totalitario por medio de la violencia revolucionaria armada.

La mayoría de los chilenos que no vivieron la época de la Unidad Popular –concientizados por permanentes e intensas campañas comunicacionales– creen que los militares eran malvados asesinos que perseguían a pacíficos jóvenes idealistas que solo procuraban el bien de las clases desposeídas.

pueblo chileno los crímenes cometidos por los subversivos, guerrilleros y terroristas y lo que habría ocurrido si ellos hubiesen logrado sus propósitos. Así fue como estos pasaron a convertirse en héroes y en víctimas, y los militares en el chivo expiatorio de todos los pecados cometidos en una época trágica y turbulenta⁷.

Ellos desconocen que Chile estaba destruido económicamente, que el gobierno había producido “*el grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República*” –como lo declaró expresamente la Cámara de Diputados–; que los políticos habían llevado a Chile a un callejón sin salida que hizo inevitable la intervención militar y que se había gestado en el país un ambiente de violencia y de odios extremos, que dividió a los chilenos en dos bandos irreconciliables y que lo llevó al borde de una guerra civil, que habría sido tanto o más cruenta que la española.

A fin de graficar lo anterior, dejaremos hablar a algunos protagonistas de esta tragedia:

Al respecto, bastaría citar al jefe del MIR que asoló extensos territorios del sur de Chile, conocido como “Comandante Pepe”, quien declaró: *Tiene que morir un millón de chilenos para que el pueblo se compenetre de la revolución y ésta se haga realidad. Con menos muertos no va a resultar.*

También nos parece pertinente citar las palabras de Eduardo Frei Montalva en agosto de 1973, cuando le fueron a pedir que tomara medidas: *Nada puedo hacer yo, ni el Congreso ni ningún civil. Desgraciadamente, este problema sólo se arregla con fusiles; y también las que pronunció con posterioridad al pronunciamiento militar: los militares han salvado a Chile y los militares nos salvaron la vida y de una degollina.*

Estas últimas palabras de Frei están en perfecta consonancia con la respuesta que el cardenal Raúl Silva Henríquez le dio a William Thayer Arteaga cuando este le preguntó: Dígame, Eminencia, ¿no cree usted que sí no es por los militares, a muchos de nosotros nos habrían asesinado? *No solo a ustedes, sino que a mi también. A todos nosotros.*

Y también son concordantes con lo expresado por Rafael Retamal –quien fuera presidente de la Corte Suprema– a Patricio Aylwin, cuando este le hizo saber su preocupación por las acciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros que afectaban la libertad y los derechos de las personas: *Mire, Patricio: los extremistas nos iban a matar a todos. Ante esta realidad, dejemos que los militares hagan la parte sucia, después llegará la hora del derecho.*

Finalmente, en relación con la inminencia de la guerra civil, citaremos a Enrique Silva Cimma: “Como el polen que comenzaba a flotar en el aire anunciando la llegada inevitable de las alergias primaverales, el sonido crepitante del aire tenso y enrarecido era el preludio de un desenlace. El 7 de septiembre me visitó el presidente del Partido Radical, Hugo Miranda:

–¿Qué te parece lo que viene? –fue su saludo algo sorprendente.

–¿A qué te refieres?

–Me refiero a la guerra civil. Si la tenemos a la puerta”.

Lamentablemente para salvar a la nación fue necesario usar los fusiles de los que hablaba Eduardo Frei y hacer la parte sucia de la que hablaba Rafael Retamal.

Los hechos históricos hablan por sí solos, están ahí, perfectamente documentados y al alcance de quien quiera conocerlos. Sin embargo, en la actualidad, la mayoría de los chilenos cree que los militares asumieron el gobierno por mera ambición de poder, que derrocaron a un gobernante ejemplar de un país idílico y en paz, y que destruyeron la democracia; en circunstancias que fueron ellos quienes la restauraron y quienes rescataron a Chile de sus cenizas, entregando a los civiles en 1990 un país en pleno auge, cuyo estado floreciente nadie discutía. En relación con el contexto social histórico de la época ver Adolfo Paúl Latorre, *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, El Roble, Santiago, tercera edición, marzo 2015, capítulo 1.

⁷La expresión latina *vae victis*, que significa ¡Ay, de los vencidos!, se utiliza para hacer notar la impotencia del vencido ante el vencedor: para los vencidos son el deshonor, la infamia y la muerte.

Es por eso que los militares deben ser sacrificados. A ellos hay que aplicarles el lema “ni perdón ni olvido” y condenarlos a toda costa.

Hay que condenarlos, sin importar lo que diga la ley y aunque no existan pruebas suficientes para ello⁸.

En nuestra patria ocurre lo contrario: *el deshonor, la infamia y la muerte han recaído en los vencedores*; en los militares que con su sacrificio, su esfuerzo y su sangre resultaron vencedores en un enfrentamiento armado, evitaron una guerra civil y salvaron a Chile. Esos mismos militares, con la cooperación de numerosos civiles amantes de su patria, lo reconstruyeron, lo pusieron a la cabeza de los países más exitosos de Hispanoamérica y lo convirtieron en un ejemplo y en un modelo para salir del subdesarrollo.

En Chile los honores, los monumentos, las prebendas y las indemnizaciones son para los vencidos; para quienes utilizando la violencia revolucionaria fratricida y la guerrilla guevarista pretendían sustituir la democracia por una tiranía comunista y sojuzgar a nuestra patria bajo una potencia extranjera, renunciando a nuestra libertad, soberanía e independencia.

¿Cómo ha podido producirse esta paradoja de que los militares son perseguidos como criminales y los guerrilleros y terroristas son tratados como héroes y como “víctimas”? Gracias a la tergiversación de la historia; a la hábil manipulación del discurso de los “derechos humanos”; a las diversas manifestaciones de odio y de venganza que se mantienen vigentes hasta el día de hoy; y a la desidia, pusilanimidad, cobardía, deslealtad y desagradecimiento de los que ayer angustiados y desesperados pedían a gritos a los militares que ejercieran el legítimo derecho de rebelión –y que se beneficiaron de los prodigiosos cambios que tuvo Chile– y que hoy reniegan del gobierno militar y se alían con los grandes causantes de la tragedia.

Quienes se vieron obligados a combatir a los miles de guerrilleros y terroristas que estaban dispuestos a matar y a morir por la revolución; que llevaban a cabo una cruenta guerra subversiva; que asesinaban a cientos de militares, carabineros y personas inocentes; que cometían gravísimos crímenes y que destruían bienes productivos y de utilidad pública, *están siendo objeto de una persecución política que se realiza en sede judicial; una persecución inicua, vestida con un ropaje de legalidad.*

Para los militares el Estado de Derecho no existe. Ellos son sometidos a procesos judiciales que en realidad son simulacros de juicio, puesto que en ellos los jueces –salvo honrosas excepciones– aplican torcidamente las leyes, con la finalidad de condenarlos sea como sea y así cumplir con el lema “ni perdón ni olvido”. Por esta razón los militares privados de libertad son “presos políticos”; porque han sido condenados en virtud de procesos judiciales en los que los jueces atropellan consciente y deliberadamente las leyes por motivaciones políticas. Tales “presos políticos” son, en rigor, víctimas de secuestros cometidos por el Estado. Las sentencias dictadas en contravención a la Constitución y a las leyes constituyen una clara manifestación de violencia estatal.

El objetivo de estos simulacros de juicio no es hacer justicia, sino cobrar venganza. Se trata de juicios políticos en los que se criminaliza solo al sector castrense; los terroristas del pasado siguen indemnes, amnistiados o indultados y, en muchos casos, ostentando altos cargos en el gobierno y en el Congreso; mientras que los políticos culpables del desastre, en quienes recae la responsabilidad principal de las lamentables violaciones a los derechos humanos –fundamentalmente en los máximos dirigentes de la Unidad Popular que desataron una lucha fratricida y en quienes promovieron la violencia revolucionaria y llevaron a efecto una cruenta guerra subversiva– y de los dolores que sufrieron sus seguidores, miran para otro lado y no asumen su responsabilidad.

⁸Como lo exige el Código Procesal Penal en su artículo 340: *“Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”*.

Hay que condenarlos, sin importar que ellos tuvieron que exponer sus vidas en su penosa, ingrata y arriesgada tarea de enfrentar a combatientes de un ejército irregular⁹, lo que era necesario para mantener el orden y dar tranquilidad a la población; condiciones indispensables para llevar a cabo la reconstrucción de un país que estaba destruido hasta sus cimientos.

Hay que condenarlos, sin importar si para ello es preciso llevar a cabo simulacros¹⁰ de juicios vestidos con un ropaje de legalidad¹¹, en los que se vulneran el principio de supremacía constitucional y principios esenciales del derecho penal, tales como los de legalidad, de irretroactividad de la ley penal, de culpabilidad, de la cosa juzgada, la presunción de inocencia, la carga de la prueba, el debido proceso, la igualdad ante la ley, etc.

Y a ellos hay que encarcelarlos y negarles los beneficios penitenciarios establecidos legalmente. No importa si son ancianos, si están aquejados por graves dolencias, si están afectados por enfermedades terminales, padecen de Alzheimer, demencia senil u otras enfermedades que les impidan darse cuenta dónde están ni en qué mundo viven; como es, por ejemplo, el caso del nonagenario general Héctor Orozco Sepúlveda¹², quien en

⁹Que llevaban a cabo una cruenta guerra subversiva y que estaban dispuestos a matar y a morir por la revolución.

¹⁰Simulacro significa, según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE: “ficción, imitación, falsificación”. Representación de algo, fingiendo aquello que no es.

¹¹Las aberraciones jurídicas cometidas por los jueces son incalificables, pues las arbitrariedades superan todo límite. Los tribunales que juzgan a los militares se asemejan más a un circo romano que a verdaderos tribunales. Y, como dijo Platón: *la peor forma de injusticia es la justicia simulada*. La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo justicia. Muy enfermo ha de estar Chile para que las aberraciones judiciales y los atropellos a la Constitución y a la ley, que constatamos a diario, puedan producirse.

¹²El general Orozco comenzó a cumplir su condena a muerte en prisión el día 21 de agosto de 2017, no obstante estar en una condición física y mental absolutamente deteriorada. “Trato vejatorio de la justicia y de Gendarmería con un general de la República. Ayer, lunes 21 de agosto por la tarde, algunos de los internos del penal de Punta Peuco pudieron presenciar un espectáculo aberrante. Con sorpresa vieron que gendarmes ingresaban al recinto al general de Ejército Héctor Orozco Sepúlveda. Con más de noventa años de edad empezaba a cumplir una condena de 10 años y un día. Solo le supera en edad el general de la FACH Enrique Ruiz Bunger. Por curiosa coincidencia, ambos ocuparon –en sus respectivas instituciones– la destinación de Director de Inteligencia. Aunque cueste aceptarlo, el general Orozco ingresó al penal vestido solamente con pijama, bata de levantarse y zapatillas. No llevaba más ropa. Distintos internos que nos llamaron para informarnos, conmovidos e indignados, nos contaban que estaba en cama en su residencia cuando lo fueron a detener. Sin darle tiempo para vestirse o preparar una maleta con algunas mudas, se lo llevaron a Tribunales, donde fue informado del ‘cúmplase’, entregado a gendarmes y trasladado en un carro celular a Punta Peuco, a donde llegó a eso de las 15 horas. ¿Qué dirá de esto el actual comandante en jefe del Ejército, su cuerpo de generales? Orozco fue un militar cercano al general Pinochet y ocupó importantes cargos en su carrera, fue el comandante en jefe de la segunda división del Ejército, la más numerosa de la Institución que abarca Santiago y algunas ciudades cercanas a la capital del norte y sur del país. Ejerció también como Juez Militar”. Periódico digital *Chile Informa*, Santiago, edición N° 2584, 22 de agosto de 2017. A lo anterior cabría agregar que el general Orozco tiene demencia senil, no reconoce a nadie y no controla esfínteres. En esas

el año 1973 era comandante del Regimiento “Yungay” de San Felipe y que fue condenado a dieciocho años de presidio porque –según reza la sentencia– *“atendida su situación jerárquica, debió conocer y aún más, autorizar aquellas situaciones excepcionales como la ocurrida en autos, en que precisamente resultan dos personas muertas”*¹³.

Nada de lo anterior importa. Todo principio del derecho penal, toda norma jurídica, toda legalidad, toda garantía constitucional, toda verdad, toda justicia, toda decencia, toda humanidad y todo buen sentido pueden ser atropellados si ello es necesario para satisfacer los ánimos de odio y de venganza, y encarcelar a quienes le devolvieron a la nación la democracia y la tranquilidad exigidas por la sociedad chilena y que implantaron los cimientos de una pujante economía.

Los militares están siendo objeto de una justicia simulada, la que según Platón es la peor forma de injusticia; de una abyecta persecución política en sede judicial. Para ellos no existen ni leyes, ni principios humanitarios ni convenios internacionales que los favorezcan; pero que sí existen para los guerrilleros y terroristas, a quienes les ha sido aplicada la ley de amnistía de 1978 y les han sido concedidos indultos y generosos beneficios e indemnizaciones económicas.

condiciones fue internado en el campo de exterminio en el que se está transformando el penal de Punta Peuco. ¿Es esto justicia o puro y simple odio y venganza?

¹³Sentencia dictada por el ministro en visita extraordinaria Jaime Arancibia Pinto de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; una sentencia irrazonable, arbitraria e incomprensible y absolutamente alejada de la legalidad y del más elemental sentido común, un verdadero esperpento judicial. En esta sentencia también fue condenado a 18 años de presidio el teniente de Ejército Sergio Jara Arancibia y otras personas de dotación del Regimiento “Yungay”. Este oficial fue condenado por el solo hecho acreditado de ser el conductor de una camioneta en la que viajaban los miembros de una patrulla militar y dos detenidos que resultaron muertos en circunstancias que no fueron claramente determinadas porque el conscripto que supuestamente habría sido el autor de los disparos estaba fallecido al momento de la investigación. El ministro Arancibia argumentó en su sentencia que como los fallecidos presentaban numerosos impactos de proyectil en sus cuerpos, *se infiere que los disparos fueron efectuados por varias personas a la vez, entre ellas, por el condenado*; sin considerar que los disparos fueron hechos con un fusil SIG, un arma automática que puede disparar los veinte tiros de su cargador en una sola ráfaga. Por otra parte, constan en autos *numerosas declaraciones de testigos que dicen haber escuchado una ráfaga de tiros; un ruido característico de disparos hechos con un fusil ametralladora y no por disparos hechos con armas cortas por varias personas a la vez*. Cfr. sentencias pronunciadas en el caso de la muerte de Rigoberto Achú y Absolón Wegner por el ministro en visita extraordinaria Jaime Arancibia Pinto, por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y por la Corte Suprema, Roles N°s 67.340-2010 (inicialmente enrolada en el Primer Juzgado de Letras de San Felipe), 107-2016 y 5989-17, de fechas 22 de enero de 2016, 5 de enero de 2017 y 18 de julio de 2017, respectivamente. La sentencia de la Corte de Apelaciones fue pronunciada por los ministros Eliana Quezada Muñoz, Max Cancino Cancino y Pablo Droppelmann Cuneo. La sentencia de la Corte Suprema fue dictada por los ministros Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm. Cfr. Adolfo Paúl Latorre, *PREVARICATO. Análisis crítico de procesos judiciales contra militares que debieron afrontar la violencia revolucionaria*, El Roble, Santiago, septiembre 2007, pp. 36-47.

Los jueces que conocen de los denominados procesos sobre violación de derechos humanos, mediante diversos ardidés, trapacerías e interpretaciones engañosas, artificiosas y antojadizas, eluden normas aplicables y aplican otras no procedentes; lo que produce como resultado sentencias absurdas, inicuas y arbitrarias¹⁴. Ellos juzgan hechos acaecidos hace más de cuarenta años como si hubiesen ocurrido en una época de plena normalidad institucional, sin considerar el contexto histórico, las causas que condujeron al desquiciamiento de nuestra sociedad, quienes fueron sus responsables y que se trataba de reprimir a organizaciones paramilitares que llevaban a cabo una cruenta guerra subversiva a fin de instaurar un régimen totalitario de corte castro-comunista en nuestra patria y que si ellas no hubiesen existido, tampoco habría existido tal represión.

Además a los militares, a diferencia de los demás chilenos, se les juzga mediante el sistema de procedimiento penal inquisitivo antiguo, que le veda a los imputados el derecho a una adecuada defensa, a un juicio justo y a ser juzgados por un tribunal imparcial; lo que vulnera las garantías constitucionales del debido proceso y de la igualdad ante la ley y que es incompatible con el derecho internacional de defensa de los derechos humanos.

Lamentablemente esta enorme atrocidad política, jurídica y procesal no conmueve a nadie¹⁵. Sobre esto nadie habla. La sociedad guarda silencio, en general por ignorancia. Y la dirigencia política también guarda silencio, pero este silencio es doloso.

En relación con la segunda idea fuerza, que *toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable*, cabría citar a Séneca, quien dijo: *“nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”*.

¹⁴En los procesos sustanciados contra militares en las causas denominadas “de derechos humanos” los jueces, salvo contadas excepciones, aplican torcidamente las normas jurídicas y fallan a sabiendas contra leyes expresas y vigentes, lo que está tipificado en el Código Penal como delito de prevaricación. Cuando se siembra a tal extremo la necesidad y la mentira se recoge por fuerza la demencia. Cuando se quebranta gravísimamente el Estado de Derecho y la justicia no es igual para todos, cuando una sociedad llega a este nivel, cae en la descomposición y regresa a la barbarie.

¹⁵Condenar a cientos de militares ancianos –sin sujeción a la Constitución y a la ley, y sin pruebas suficientes– a morir enfermos, martirizados y humillados en una cárcel, lejos de sus familias y de los centros de atención médica, y sin otorgarles los beneficios penitenciarios que les corresponden, no constituye un camino que contribuya al bien común de nuestra sociedad ni ayudará a obtener la paz y la reconciliación entre compatriotas. Considerando su edad, los militares condenados a penas de prisión son, en realidad, condenados a cadena perpetua efectiva; o mejor dicho, a pena de muerte, a una muerte lenta. Esta inhumana e inmisericorde crueldad se produce ante la vista y paciencia de todos los chilenos que, indolentes e imperterritos, se limitan a observar lo que está ocurriendo con los militares.

Además de injusto, resulta absurdo que actualmente se esté procesando a algunas personas por supuestos delitos cometidos hace más de cuarenta años¹⁶.

Al respecto y así como están las cosas actualmente, bien podríamos leer, *en el año 2060*, la siguiente nota de prensa:

Condenan a 20 años de presidio a militar de 105 años de edad. Según establece la sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago y ratificada ayer por la Corte Suprema de Justicia, el general Miguel Patricio Jiménez Díaz, de 105 años de edad, fue condenado a veinte años de presidio “por el delito de secuestro”¹⁷ en la persona de Ángel

¹⁶Es realmente inconcebible que se continúen abriendo, absurda e ilegalmente, nuevos procesos criminales por hechos ocurridos hace más de cuatro décadas y que jueces aseveren en sus sentencias que hay personas que permanecen secuestradas hasta el día de hoy. Ello solo puede caber en mentes desquiciadas y rebosantes de odio.

¹⁷Uno de los atropellos más brutales contra la garantía constitucional de un procedimiento y una investigación racionales y justos –es decir, contra el debido proceso– se comete en aquellos procesos en los que se condena a militares sobre la base de una ficción y no sobre la base de hechos acreditados. Hasta el día de hoy, ante la vista y paciencia de toda la ciudadanía –que, indolente e impertérrita, observa tamaño disparate– son condenados militares y carabineros ancianos por el delito de “secuestro calificado”, sin la más mínima prueba que sugiera la existencia de algún individuo que se halle secuestrado.

Estas inicuas condenas se sustentan en la *alucinante tesis del secuestro permanente*, la que postula que se ha cometido y se sigue cometiendo un secuestro cuando consta en un proceso la detención o la privación de libertad de un sujeto y no consta en el mismo proceso su muerte o su puesta en libertad, y que al desconocerse su actual paradero se presupone su existencia vital en régimen de secuestro.

Dicha tesis del “secuestro permanente” es una *ficción jurídica*, como lo declaró el ministro Alejandro Solís Muñoz en un programa de televisión –en respuesta a una pregunta que le hiciera el abogado Hermógenes Pérez de Arce Ibieta durante el programa de TVN “El informante” el 11 de agosto de 2015– mediante la cual *se condena a personas que han sido imputadas de un supuesto delito del que no ha sido acreditada su existencia*; haciendo caso omiso de lo establecido en el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal: “La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario”.

Atentan contra la racionalidad, el buen criterio, la verdad y el sentido común, aquellas resoluciones judiciales que establecen que una determinada persona permanece secuestrada desde el año 1973 hasta la fecha actual, en circunstancias que, además del largo tiempo transcurrido, no hay prueba alguna que indique que ello sea efectivo.

Así, habiendo transcurrido más de cuatro décadas de ocurridos los supuestos hechos delictivos, son innumerables las sentencias en las que los jueces, sin haber acreditado el delito –en forma descarada y sin el más leve asomo de rubor, contrariando la verdad y el sentido común, pues todo el mundo sabe que es mentira– dictan sentencias condenatorias por el delito de “secuestro calificado”, tales como la dictada recientemente por el ministro Alejandro Madrid Croharé, que dice: *siendo retenida en contra de su voluntad a partir del 13 de septiembre de 1973, prolongándose esta situación hasta el día de hoy* (considerando 17º, sentencia de fecha 9 de febrero de 2017, Rol 2182, Eltit Spielmann).

*Benigno Castro Guevara, que fue retenido en contra de su voluntad a partir del 13 de septiembre de 1973, prolongándose esta situación hasta el día de hoy*¹⁸.

Esto, aunque parece algo fantasmagórico y propio del realismo mágico de las novelas de Gabriel García Márquez, no es una idea demencial o disparatada: es perfectamente posible que ello ocurra si los jueces continuaren cometiendo impunemente el delito de prevaricación o si no se adoptaren las modificaciones legales pertinentes para poner término a la actual discriminación arbitraria en materia procesal penal.

Ahora bien, ¿cómo es posible que pueda ocurrir esto? Básicamente, por dos razones:

La primera es que los jueces le aplican a los militares el antiguo sistema de procedimiento penal.

*Ellos fundamentan su proceder en la disposición constitucional octava transitoria, que fue dictada con motivo de la reforma procesal penal que se llevó a efecto durante la primera década del presente siglo y cuya finalidad era la de reemplazar definitivamente el sistema de procedimiento penal inquisitivo antiguo*¹⁹, que no respeta la garantía constitucional del debido proceso²⁰, por otro nuevo que sí la respeta²¹.

¹⁸La frase entrecomillada –salvo el nombre– está copiada de una de las innumerables sentencias redactadas con un texto similar. Cfr Adolfo Paúl Latorre, *PREVARICATO. Análisis crítico de procesos judiciales contra militares que debieron afrontar la violencia revolucionaria*, El Roble, Santiago, septiembre 2007, p. 117.

¹⁹El antiguo sistema de procedimiento penal adolece de numerosos vicios y no satisface el derecho a una adecuada defensa, a un juicio justo y a un tribunal imparcial. Este sistema no respeta derechos esenciales de los imputados, como lo son las normas del debido proceso, que están garantizadas por nuestra Constitución y por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y que tienen la categoría de un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como ya se expresara en 1894, en el mensaje del Código de Procedimiento Penal: “Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa (...). El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente (...) a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”. Mensaje enviado al Congreso por el presidente Jorge Montt con fecha 31 de diciembre de 1894. El Código de Procedimiento Penal fue aprobado por el Congreso Nacional el 12 de junio de 1906 y entró en vigor el 1 de marzo de 1907.

²⁰En el sistema antiguo no se respetan principios tales como los de publicidad, contradictoriedad, oralidad y presunción de inocencia –por el contrario, presume la culpabilidad de los imputados y junto con el auto de procesamiento se ordena la prisión preventiva de estos, con independencia de si ella es necesaria–; los imputados no tienen derecho a una adecuada defensa, a un juicio justo y a ser juzgados por un tribunal imparcial –un mismo juez investiga, acusa y dicta sentencia–; y los jueces condenan sobre la base de pruebas que dejan lugar a dudas razonables sobre la participación culpable de los imputados en los hechos.

²¹El artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental, en sus incisos primero y sexto, asegura a todas las personas la *igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos* (forma en que está expresado el concepto del debido proceso). Entre las normas del debido proceso están la existencia de un

Dicha disposición, en su *inciso primero*, facultó al legislador para establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de la reforma procesal penal en las diversas regiones del país²².

Normalmente los preceptos legales de carácter procesal rigen *in actum*; es decir, al momento de su publicación en el *Diario Oficial*. Sin embargo, considerando la enorme magnitud de la reforma²³, se estimó necesario que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual o progresiva.

Por otra parte, en su *inciso segundo*, la precitada disposición estableció que las leyes que modifiquen el procedimiento penal se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones. Esta misma norma fue incorporada en el Código Procesal Penal como artículo 483²⁴.

Debemos hacer especial hincapié en que la disposición constitucional octava transitoria, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, fue

tribunal independiente e imparcial, el carácter contradictorio del proceso e igualdad entre el acusador y el acusado, publicidad, solución del proceso dentro de un plazo razonable, presunción de inocencia, garantías respecto del derecho de defensa, derecho a conocer el contenido de la imputación, derecho a no ser privado de libertad sin que se satisfagan un conjunto de garantías mínimas, etc.

El nuevo sistema procesal penal tiene por objeto concretar los ideales de una justicia que resuelva los conflictos penales en forma rápida, eficiente, transparente, imparcial, accesible y con respeto a los derechos fundamentales de las personas. Para ello, la reforma consagró los principios del *debido proceso* –un antiguo principio de rango constitucional que inspira al conjunto de la reforma–; de *imparcialidad*, al separarse las funciones de investigar, acusar y sentenciar; de *concentración, publicidad y oralidad* de los juicios y de todas las audiencias; de *eficiencia*, al establecer distintos mecanismos para la resolución de los conflictos y la *inmediación* dada por la presencia del juez como un requisito de validez de cualquier audiencia.

²²Esta facultad para disponer la entrada en vigor de la reforma en forma gradual fue incorporada al Código Procesal Penal como artículo 484. El cronograma original fue modificado por las leyes 19.762 y 19.919, comenzando el año 2000 en solo dos regiones del país y finalizando el año 2005, en que pasó a ser aplicado en todas las regiones del territorio nacional. Etapas de implementación de la reforma: 1) 16.12.2000 Regiones IV y IX; 2) 16.10.2001 Regiones II, III y VII; 3) 16.12.2002 Regiones I, XI y XII; 4) 16.12.2003 Regiones V, VI, VIII y X; 5) 16.06.2005 Región Metropolitana.

²³De acuerdo con la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, las leyes procesales rigen *in actum*. Sin embargo, dada la envergadura de la reforma, se optó por una entrada en vigor en forma diferida o gradual, tanto territorial como temporalmente. Esta decisión no se debió a motivos de orden jurídico o procesal, sino que a razones económicas y administrativas, puesto que para la implementación de la reforma se requería la construcción de numerosos edificios y la capacitación de una gran cantidad de personas (tales como fiscales, jueces de garantía y de los tribunales del juicio oral en lo penal, defensores públicos y funcionarios administrativos) lo que requería ser ejecutado de un modo escalonado en el tiempo. Esta decisión permitía, además, ir corrigiendo las imperfecciones que se fueran evidenciando durante la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal.

²⁴Art. 483. *Aplicación de las disposiciones del Código*. Las disposiciones de este Código sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”.

establecida para permitir la entrada en vigencia gradual o progresiva del nuevo sistema procesal penal²⁵. Ese es su verdadero sentido y alcance.

Esta disposición transitoria estableció la coexistencia de dos sistemas procesales penales y una desigualdad ante la ley²⁶, puesto que a los habitantes de ciertas regiones les era aplicado el sistema antiguo y a los de otras el nuevo²⁷, dependiendo de si estaba o no vigente el nuevo sistema en la respectiva región.

Por la antedicha razón de la magnitud de la reforma, y la necesidad de que ella entrara en vigencia en forma gradual, esta desigualdad se justificaba durante el tiempo que tomó su entrada en vigor, razón por la que no era arbitraria.

Sin embargo, al entrar el nuevo sistema procesal en pleno vigor en todo el territorio nacional –el 16 de junio de 2005– dicha disposición quedó sin razón de ser, desapareció su *ratio legis*. Al no existir una causa o motivo razonable que la justifique, establece una discriminación arbitraria; una diferencia de tratamiento injusta, odiosa y caprichosa que la Constitución prohíbe²⁸. Por lo tanto, dicha disposición es inconstitucional, quedó derogada tácitamente y es, en consecuencia, inaplicable.

²⁵Considerando cuarto de la sentencia de rechazo del Tribunal Constitucional recaída en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 483 del Código Procesal Penal, causa Rol 2991-16, de fecha 14 de marzo de 2017.

²⁶El principio de igualdad ante la ley encuentra expresa consagración constitucional: Artículo 1º. *Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

Artículo 19 N° 2. *La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley (...). Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*

La Constitución, por otra parte, en su artículo 19 N° 3 incisos 1 y 2 establece el principio de igualdad ante la justicia o en la aplicación de la ley, en los siguientes términos: *La Constitución asegura a todas las personas: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale (...).* Todo ello inserto en un proceso previo racional y justo, donde el imputado tiene derecho a ser escuchado por quien dicte la sentencia y donde si existe una duda razonable acerca de su culpabilidad no deberá ser condenado.

²⁷Cuyas sanciones o resultados, por idénticos delitos, resultan muy diferentes. Para graficar lo antedicho, pondremos el siguiente ejemplo: A una persona que era sorprendida manejando en estado de ebriedad en la ciudad de La Serena –ubicada en una región donde ya estaba en vigor la reforma procesal– le era aplicada la suspensión condicional del procedimiento por el plazo que el juez de garantía determinara (no inferior a un año ni superior a tres), junto con el cumplimiento de algunas condiciones, tales como el retiro de la licencia de conducir por algunos meses y la concurrencia periódica ante el Ministerio Público. Al término del período de suspensión decretado por el juez, el tribunal dictaba el sobreseimiento definitivo. Con ello esta persona no se veía afectada ni siquiera con una anotación en su hoja de antecedentes personales. En cambio una persona sorprendida cometiendo exactamente el mismo delito en la ciudad de Santiago –donde regía el sistema antiguo–, era condenada a una pena de presidio. Pero eso no es todo; si esa persona era funcionario público se veía afectada por una pena adicional: la pérdida de su empleo y el fin de su carrera profesional (en virtud de la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa).

²⁸La aplicación del sistema de procedimiento penal antiguo, más allá del 16 de junio de 2005, quedó sin una motivación o fundamento razonable que lo justificara –que propendiera

*Refuerza la precitada inconstitucionalidad el hecho de que dicha disposición, establecida para que rigiera transitoriamente mientras se cumplía una determinada condición, vulnera disposiciones permanentes de nuestra Carta Fundamental de mayor jerarquía que ella; tales como las relativas a la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminaciones arbitrarias y la garantía del derecho humano a un debido proceso*²⁹.

*Lo anterior resulta evidente para cualquier persona de mediana inteligencia. Sin embargo, aparentemente no resulta así para los jueces que conocen causas sobre violación de derechos humanos quienes, incumpliendo una norma esencial de nuestro Estado de Derecho, no someten su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*³⁰ *y continúan aplicando el sistema de procedimiento penal antiguo, sobre la base de la precitada disposición constitucional transitoria y del artículo 483 del Código Procesal Penal que de ella se deriva y que es igualmente inconstitucional.*

En relación con el precitado artículo, el Tribunal Constitucional ha considerado que *el artículo 483 del Código Procesal Penal, tildado de inconstitucional, es idéntico a la octava disposición transitoria de la Carta Fundamental, razón por la que encuentra sustento en dicha norma fundamental*³¹.

al bien común, que obedeciera a principios de justicia o de equidad o a fundamentos éticos o jurídicos— y solo implicaba una discriminación injusta, odiosa y caprichosa entre ciudadanos o personas de una misma categoría; es decir, una discriminación arbitraria que la propia Constitución prohíbe. Esta discriminación perjudica a las personas a las que les es aplicado el sistema de procedimiento penal antiguo e ignora el principio de favorabilidad o pro reo. Es, además, absurda, considerando que la disposición constitucional octava transitoria fue establecida para permitir la entrada en vigencia gradual o progresiva del nuevo sistema procesal penal (esa era su *ratio legis*) y que el objetivo de la reforma era, precisamente, poner término a la aplicación del antiguo sistema de procedimiento penal inquisitivo.

²⁹Las disposiciones de los capítulos I, III, VII, XII y XV tienen mayor jerarquía que las de los otros capítulos y, con mayor razón, que las disposiciones transitorias. Ellas requieren mayor quórum para su reforma. Según lo que dispone el artículo 127 de nuestra Carta Fundamental, un proyecto de reforma de la Constitución “necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VII, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio”.

³⁰El artículo 6° de nuestra Carta Fundamental señala: *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...). Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.*

³¹Considerando 7° de la resolución de inadmisibilidad recaída en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol 3083-16, de fecha 1 de julio de 2016.

Por otra parte, dicho Alto Tribunal ha dicho: *la pervivencia normativa del antiguo sistema de procedimiento penal encuentra respaldo en la disposición octava transitoria de la Constitución*³².

En conclusión, podemos decir que los jueces que sustancian causas de derechos humanos le han dado el carácter de permanente a una disposición constitucional transitoria, que ya cumplió su objetivo y que, dada su inconstitucionalidad, está derogada tácitamente y es inaplicable; *aberración que ha sido cohonestada por el Tribunal Constitucional*.

A mayor abundamiento, cabría citar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia: *“en un Estado Democrático de Derecho no resulta concebible que sus ciudadanos se encuentren sometidos a dos clases distintas de justicia: para algunos, una impartida por un órgano independiente del persecutor, oportuna, fundada en un procedimiento esencialmente oral, acusatorio; y para otros, una impartida por un órgano vinculado de manera estrecha con el que investiga y, por consiguiente, en la que se ven afectados los principios de imparcialidad e independencia; además de aparecer en la actualidad tardía, sustentada en un proceso escrito e inquisitivo”*³³.

También cabría hacer presente que la disposición constitucional octava transitoria contraviene la norma del inciso final del artículo 77 de la Carta Fundamental³⁴; norma que faculta al legislador orgánico constitucional para *fixar fechas diferentes para la entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional de las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, pero con una limitación: el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años*³⁵. Esta norma fue publicada el 10 de enero de 2008, habiendo transcurrido ya más de cuatro años desde que el nuevo sistema procesal penal comenzó su entrada en vigor –en forma gradual, el 16 de diciembre del año 2000– de modo que, de acuerdo con el principio de favorabilidad, debió haber sido aplicada a contar de esa misma fecha. La pervivencia de leyes procesales que han sido sustituidas por otras solo

³²Considerando tercero de la sentencia de rechazo del Tribunal Constitucional recaída en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 483 del Código Procesal Penal, causa Rol 2991-16, de fecha 14 de marzo de 2017.

³³Como expresó el Tribunal Pleno de la Excma. Corte Suprema en su informe sobre el proyecto de ley que modifica el sistema de Justicia Militar en su oficio N° 142, del Presidente de la Excma. Corte Suprema al señor Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, de fecha 23 de septiembre de 2010 (Boletín N° 7203-02).

³⁴Incorporado por la ley de reforma constitucional N° 20.245, artículo único, publicada en el *Diario Oficial* el 10 de enero de 2008.

³⁵El texto del inciso final del artículo 77 de la Constitución dice: “La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años”.

se justifica cuando tales leyes contienen disposiciones más favorables al imputado³⁶, lo que no es el caso, puesto que las normas del sistema de procedimiento penal inquisitivo antiguo son enormemente desfavorables para el imputado.

Por último, debemos tener presente que la Constitución, en el número 26º de su artículo 19, asegura a todas las personas: *La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

La segunda razón para que el precitado absurdo pueda producirse es que los jueces no le aplican a los militares las normas sobre prescripción de la acción penal³⁷. Si lo hicieren, no les sería aplicado el antiguo sistema procesal penal, ni tampoco el nuevo, por cuanto los supuestos delitos que les son imputados ocurrieron hace más de quince años, que es el plazo de prescripción máximo, para los delitos más graves.

³⁶Código Procesal Penal, artículo 11: *“Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.*

³⁷La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la responsabilidad penal que consiste en el transcurso de un determinado lapso desde la comisión del delito sin que el procedimiento se dirija contra el culpable; es la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley; es un límite temporal al ejercicio del poder penal del Estado; una renuncia del Estado a la pretensión punitiva o a la potestad de castigar. Así, transcurrido ese lapso, se extingue el derecho del Estado a imponer una sanción.

Los artículos del Código Penal que se indican establecen:

–Art. 93. *La responsabilidad penal se extingue: 6º Por la prescripción de la acción penal.*

–Art. 94. *La acción penal prescribe: Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de muerte o de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años.* Los plazos de prescripción de la acción penal son distintos, según sea la gravedad del delito. Para los más graves, este plazo es de quince años,

–Art. 95. *El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.*

–Art. 102. *La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el procesado no la alegue.*

El Código de Procedimiento Penal, por su parte, establece:

–Art. 408. *El sobreseimiento definitivo se decretará: 5º Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos establecidos en los números 1º, 3º, 5º y 6º del artículo 93 del mismo Código (Penal).*

–Art. 107. *Antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculcado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio.*

Los jueces tratan de justificar su delito de prevaricación –al fallar contra leyes expresas y vigentes– mediante el ardid de calificar los hechos investigados, ocurridos hace cuarenta o más años, como “delitos de lesa humanidad”³⁸.

Pero resulta que *los delitos de lesa humanidad fueron incorporados en nuestro ordenamiento jurídico recién en el año 2009 por la Ley N° 20.357, que solo es aplicable a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia, el 18 de julio de 2009³⁹, de modo que al aplicarla*

³⁸Los jueces califican tales hechos como delitos de lesa humanidad a fin de no aplicarle a los militares las normas relativas a la prescripción de la acción penal, las que sí les son aplicadas a los guerrilleros y terroristas. Por ejemplo, al presidente del Partido Comunista y actual diputado Guillermo Teillier, en la querrela presentada por viudas de los escoltas asesinados durante el atentado contra el presidente Pinochet el 7 de septiembre de 1986. “Suprema: No se indagará a diputado Teillier por la muerte de escoltas en atentado a Pinochet. *El máximo tribunal consideró que se trata de un homicidio calificado de carácter terrorista y no de un crimen de lesa humanidad, por lo que la acción penal quedó prescrita*”, diario *La Segunda*, 3 de junio de 2014. “Corte Suprema descarta investigar al presidente del PC por atentado a Pinochet. Se estima extinguida la responsabilidad penal que la parte querellante le atribuye al diputado Teillier, esto por considerar el atentado como delitos comunes, homicidio calificado y no un atentado contra los derechos humanos”, diario *La Tercera*, 3 de junio de 2014.

³⁹Los delitos de lesa humanidad fueron establecidos en Chile por la Ley N° 20.357, publicada en el *Diario Oficial* el 18 de julio de 2009, que *tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra*, la que solo es aplicable a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia, el 18 de julio de 2009. De acuerdo con el principio de legalidad y según lo establece expresamente dicha ley en su artículo 44: *Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia*. Por otra parte dicha ley, en su artículo 40, dice: “La acción penal y la pena de los delitos previstos en esta ley no prescriben”.

Según la Ley N° 20.357 son delitos de lesa humanidad aquellas conductas tipificadas como asesinato, exterminio, desaparición forzada de personas y otros delitos graves cuando se cometan *como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*. Para que un comportamiento lesivo sea considerado “delito de lesa humanidad” debe cumplir con los requisitos de ese tipo penal –tipo penal es la descripción precisa de la conducta prohibida, a la que se le asigna una pena o sanción; si una conducta humana no se ajusta al tipo penal vigente, no puede considerarse delito por el juez– siendo el principal de ellos “que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”; es decir, contra grupos humanos enteros desarmados y ajenos a un conflicto (contra personas que no participen directamente en las hostilidades). *Los ataques de las fuerzas de seguridad del Estado durante la época del Gobierno Militar no fueron generalizados o sistemáticos contra una población civil, sino que contra combatientes armados y entrenados militarmente que actuaban según el concepto, las reglas y el método de la guerra revolucionaria o de la insurrección popular armada*; es decir, contra personas determinadas o grupos específicos armados que llevaban a efecto una cruenta guerra subversiva. *Los terroristas y guerrilleros urbanos o rurales no eran “población civil”, sino que combatientes de un ejército irregular vestidos de civil que estaban dispuestos a matar y a morir por la revolución y que cayeron dentro del marco de la guerra subversiva, lo que es muy diferente. Los actos de violencia esporádicos o aislados cometidos por personas*

a hechos anteriores a esa fecha *los jueces vulneran gravísimamente el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal*⁴⁰; un principio esencial del derecho penal que indica que no puede sancionarse penalmente un hecho que a la fecha en que se cometió no estaba tipificado como delito⁴¹.

Gracias al precitado ardid y en virtud de que los “delitos de lesa humanidad” tienen el carácter de imprescriptibles, *los tribunales admiten a tramitación querellas* y someten a proceso, hasta el día de hoy, a personas que son imputadas *por supuestos hechos delictivos ocurridos hace más de cuarenta años, los que están absolutamente prescritos*⁴².

en forma independiente o los actos delictivos ejecutados por miembros de organismos de seguridad del Estado, excediendo el celo debido en la represión de personas específicas que realizaban acciones terroristas, o atentados tales como el perpetrado contra el Jefe del Estado en el año 1986 en el que perdieron la vida cinco de sus escoltas, tampoco caen dentro de la categoría de lesa humanidad, por mucho que tales delitos sean absolutamente repudiables.

⁴⁰Este principio está recogido en el artículo 18 del Código Penal y en los *incisos 8 y 9 del artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política*, que señalan: Inc. 8. *Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.* Inc. 9. *Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.* Este principio implica la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos; solo se admite la retroactividad para el caso de que la ley penal otorgue un tratamiento más benigno al hecho incriminado.

⁴¹El principio de legalidad –que se expresa normalmente en la frase latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* y sus exigencias de *lex previa, lex certa, lex scripta* y *lex stricta*– es un principio esencial del derecho penal y tiene una primacía absoluta. No existe norma alguna, ni de derecho interno ni de derecho internacional, que pueda pasar por encima de él. Este principio excluye la posibilidad de aplicar fuentes del derecho que son admitidas en otros dominios del orden jurídico, tales como la jurisprudencia, la analogía, las opiniones de tratadistas de derecho o las doctrinas de los juristas, la costumbre o unas supuestas normas de *ius cogens*, los principios generales del derecho o la “conciencia jurídica universal”, pues no tienen fuerza de ley. La única fuente inmediata y directa del derecho penal es la ley. El monopolio del poder punitivo lo tiene el Estado y este, en cuanto Estado de Derecho, debe prescindir de toda otra fuente que no sea la ley. Solo la ley puede crear delitos y penas.

El principio de legalidad es un derecho humano reconocido y protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Dicho derecho debe ser respetado y promovido por los órganos del estado, según lo dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República. La importancia de este principio es tal que, según los precitados tratados internacionales, no puede suspenderse por motivo alguno, ni siquiera “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” o “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”.

⁴²La aplicación del sistema de procedimiento penal antiguo resulta aún más aberrante para aquellas personas que son querelladas en el día de hoy, *por delitos absolutamente prescritos y habiendo transcurrido trece años desde el día en que la reforma procesal penal entró en vigor en todo el territorio de la nación*, cuyo objetivo era el de instaurar un

Antes de poner término a mi exposición, enunciaré algunas conclusiones y reflexiones personales:

A fin de conciliar nuestro ordenamiento jurídico con nuestra propia Constitución Política y con el derecho internacional de defensa de los derechos humanos, considerando que los jueces no someten su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y no obstante estar derogados tácitamente, es preciso derogar expresamente la disposición constitucional octava transitoria y el artículo 483 del Código Procesal Penal; aunque bastaría con la derogación de este último artículo, que requiere menor quórum para su aprobación en el Congreso.

Este proceso de *persecución política contra los militares*, que es llevado a cabo en sede judicial dentro del ámbito de una justicia prevaricadora,

sistema procesal penal respetuoso de los derechos humanos y poner término definitivo al antiguo sistema.

Según lo dispuesto en el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal y artículos 93 y 94 del Código Penal. *Todo delito cometido hace más de quince años está legalmente prescrito*, según lo establecido en el artículo 97 del Código Penal. *Los únicos delitos que tienen el carácter de imprescriptible en Chile son los “de lesa humanidad”*, que fueron establecidos por la Ley N° 20.357, la que solo es aplicable a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia, el 18 de julio de 2009. Por lo tanto y de acuerdo con los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal –*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*– ningún delito cometido con anterioridad a dicha fecha puede legalmente ser calificado como de lesa humanidad. No obstante, atropellando tales principios esenciales del derecho penal y cometiendo el delito de prevaricación –al fallar contra leyes expresas y vigentes–, los ministros en visita extraordinaria que conocen las causas “de derechos humanos” califican en sus sentencias los hechos investigados como “delitos de lesa humanidad”. Pero eso no es todo; además tienen el descaro de decir que *tratándose de crímenes de lesa humanidad, aparte de no aplicarse la prescripción, tampoco estos delitos son amnistiables*. No podemos saber si este último aserto es producto de un error, de ignorancia o de mala fe. Lo cierto es que *no existe ni ley interna ni tratado internacional alguno que establezca que tales delitos son inamnistiables*, ni siquiera aquellos que se refieren específicamente a los delitos de lesa humanidad. *Ninguna convención internacional prohíbe la dictación o la aplicación de amnistías; por el contrario, las recomiendan como medida de apaciguamiento político y como instrumento para afianzar la paz social después que han ocurrido situaciones caóticas en los países*. Una norma que prohibiese las amnistías sería una norma que prohibiría el perdón entre hermanos; como la que está contemplada en el proyecto de reforma constitucional actualmente en trámite en el Congreso Nacional que establece la imprescriptibilidad, la inamnistiability y la prohibición de conceder indultos o cualquier otro beneficio alternativo, penitenciario o de cualquier naturaleza a los autores de ciertos delitos (boletín 9748-07).

obedece a numerosos motivos u objetivos⁴³, siendo uno de los principales el de *destruir a las Fuerzas Armadas*⁴⁴.

Evidentemente, no se trata de destruirlas físicamente sino que moralmente, de neutralizarlas; de hacer que ellas dejen de ser lo que son, que ellas dejen de ser lo que tienen que ser: fuerzas al servicio de la nación y no guardias pretorianas del gobierno de turno. Las Fuerzas Armadas, de ese modo, se transformarían de órgano del Estado a instrumento del gobierno.

⁴³Entre las razones que motivan la persecución contra los militares, cabría mencionar las siguientes:

–Al odio y a la venganza de los sectores de izquierda, que reconocen en los institutos armados a quienes les impidieron consumir su proyecto totalitario.

–Eliminar el previsible escollo que representan las FF.AA. para convertir a Chile en un Estado socialista.

–Destruir a las Fuerzas Armadas. Evidentemente, no se trata de destruirlas físicamente sino que moralmente, de neutralizarlas; de hacer que ellas dejen de ser lo que son, que ellas dejen de ser lo que tienen que ser: fuerzas al servicio de la nación y no al servicio del gobierno de turno.

–Destruirle a los militares su capacidad moral para volver a intervenir y asumir el poder político, en caso de que nuevamente se produjesen en Chile situaciones como la ocurrida en 1973, olvidando que “si el sable se levanta, es porque las otras fuerzas sociales han caído en la impotencia”.

–Al afán de los políticos de ocultar su incapacidad, fracaso e impotencia, que llevó a Chile al borde del abismo y que puso en peligro intereses vitales de la patria; riesgo del que fue rescatado, precisamente, por los actuales perseguidos.

–Al afán de esos mismos políticos de ocultar los éxitos del Gobierno Militar, que logró reconstruir un país en ruinas y al borde de la guerra civil, y lo llevó al umbral del desarrollo. Para los políticos civiles es absolutamente inaceptable reconocer que un gobierno militar ha sido enormemente exitoso.

–Dar un claro y potente mensaje a los militares en servicio activo, y a las futuras generaciones, sobre lo que les podría ocurrir si volviesen a intervenir.

–Al aprovechamiento político de quienes piensan que persiguiendo a los militares lograrán captar más votos.

–A motivaciones de carácter económico; al rentable “negociado de los derechos humanos” por las millonarias indemnizaciones que reciben los querellantes y las supuestas “víctimas” y sus familiares (de las que una buena parte va a parar a los bolsillos de los abogados patrocinantes); indemnizaciones que deben ser pagadas con recursos del erario nacional, es decir por todos los chilenos; lo que constituye un verdadero peculado o malversación de los fondos públicos.

⁴⁴En diversos foros internacionales, tales como el denominado Foro de São Paulo –un foro de partidos y grupos de izquierda latinoamericanos, fundado por el partido de los Trabajadores de Brasil en 1990–, se promueve la desvalorización de los símbolos patrios, la persecución mediática y judicial de quienes combatieron en la guerra contra la subversión durante la década de los 60/70 y la destrucción moral y física de las Fuerzas Armadas y de seguridad. “Las Fuerzas Armadas latinoamericanas –tal como están concebidas en la actualidad– deben ser destruidas o transformadas en otro tipo de instituciones, para que funjan como brazo armado de la revolución, con el único objetivo de asegurar la permanencia en el poder de los abanderados del socialismo”. Cfr. PEÑA Esclusa, Alejandro, *El Foro de São Paulo: Una amenaza continental*, Grijalbo, Bogotá, 2008, Cap. 10 ¿Por qué el Foro de São Paulo quiere destruir a la Fuerzas Armadas? pp. 95-101; *El plan del Foro de São Paulo para destruir las Fuerzas Armadas*, compilación elaborada por la Unión de Organizaciones Democráticas de América – UnoAmérica, septiembre de 2009.

Lo que se busca es hacer desaparecer en los militares la convicción interior sobre la finalidad de su profesión y, así, someterlos absolutamente al gobernante de turno; de transformarlos en verdaderos autómatas y reducirlos a la condición de instrumentos ciegos en manos de quien tenga el poder. Lo que se persigue es convertir a los militares en funcionarios moralmente neutros, cuyo único oficio consista en el manejo técnicamente eficiente del arma que el Estado pone en sus manos, sin conciencia de cuál es el verdadero sentido de la función militar⁴⁵.

La verdad es que un ejército así no puede servir a la nación. La historia ha demostrado que el convertir a las FF.AA. en el brazo ejecutor de un sector político o social ha dado siempre malos resultados. Si el ejército no tiene conciencia propia y capacidad de opinión⁴⁶, corre el riesgo de convertirse en instrumento de tiranía y de corrupción, como está ocurriendo en un país hermano.

De lo que se trata, en definitiva, es destruirle a los militares su capacidad moral para volver a intervenir y asumir el poder político, en caso de que nuevamente se produjesen en Chile situaciones que pongan en peligro intereses vitales de la patria y no haya otro recurso para salvar a la nación, como ocurrió en el año 1973. En estos casos las Fuerzas Armadas se ven forzadas a tomar una decisión moral: ¿a quién obedecerán? ¿al presidente

⁴⁵Cfr. Paúl Latorre, Adolfo, *Política y Fuerzas Armadas*, El Roble, Santiago, segunda edición, abril 2015.

⁴⁶En relación con el proyecto de nueva Constitución un distinguido profesor dijo que “recién 17 años después del plebiscito de 1988 se logró establecer la sumisión del poder militar al poder político”. El concepto de “sumisión” denota la acción de someterse, sin cuestionamientos, a la voluntad de otro. Al respecto cabría comentar que muchas personas manifiestan un sentimiento o una actitud de rechazo a todo lo que tenga relación con lo militar; que niegan la necesidad de las FF.AA.; que estiman que la guerra es producto de la existencia de ellas; y que piensan que si desaparecieran los ejércitos se acabarían las guerras. Las causas de esta aversión son muy variadas: para unos, por su amor a la paz y el horror ante la guerra; para otros, porque las FF.AA. les impiden llevar adelante sus proyectos políticos desquiciadores y antinacionales. A fin de evitar ese impedimento piensan que es preciso lograr una completa neutralización de las FF.AA. y “someterlas al “poder civil”, de modo que ellas no tengan participación política alguna y cuyo único oficio consista en el manejo técnicamente eficiente de las armas que el Estado pone en sus manos; de transformarlas de fuerzas al servicio de la nación, en fuerzas al servicio del gobierno de turno.

Si las FF.AA. pierden su relativa autonomía y, sin opinión propia, se convierten en instrumentos ciegos de quienes transitoriamente ejercen el poder; si ante situaciones que afecten intereses vitales de la nación se mantienen como meras espectadoras; si pierden su vocación, los valores morales que las sustentan y su mística de servicio a la patria, las Fuerzas Armadas dejarían de ser lo que son, dejarían de ser lo que tienen que ser. La desnaturalización de las Fuerzas Armadas dejaría a la nación indefensa ante posibles agresiones externas o graves situaciones de subversión interna que pongan en riesgo la estabilidad política de la República e, incluso, la supervivencia del Estado.

de turno o al mandato constitucional de defender la soberanía nacional, la democracia y las libertades?⁴⁷

Debemos tener presente que las Fuerzas Armadas constituyen “una institución especializada para resguardar y asegurar, en última instancia, los valores sagrados de una sociedad”⁴⁸ y que ellas son las garantes en última instancia del orden institucional de la República⁴⁹ y la instancia final a la que la nación recurre en las situaciones más extremas, como nuestra historia lo ha demostrado. Y, como dijo Alberto Edwards Vives: “Si el sable se levanta, es porque las otras fuerzas sociales han caído en la impotencia”⁵⁰.

Los militares, carabineros y policías son perseguidos y privados de libertad por haber combatido y derrotado a las organizaciones subversivas, guerrilleras y terroristas en los años 70 y 80. Ellos evitaron que tales organizaciones asaltaran el poder y sometieran a nuestro país a un régimen totalitario marxista.

Si se sigue persiguiendo y condenando a nuestros soldados por haber ejercido el legítimo derecho de rebelión y combatido la violencia revolucionaria, dando cumplimiento a su misión esencial de defender a la patria, no podemos pretender que nos defiendan ante una nueva agresión totalitaria, sabiendo que años después quienes pedían a gritos su intervención los abandonarán, los perseguirán, los humillarán y los encarcelarán.

Son muy pocas las naciones en el mundo que, tras vivir tragedias parecidas a la nuestra, han persistido durante más de cuatro décadas en

⁴⁷ “Si solo se disputara el predominio de este o del otro partido, el Ejército cumpliría con su deber quedándose en sus cuarteles. Pero hoy estamos en vísperas de la fecha, ¡pensadlo, militares españoles!, en que España puede dejar de existir. Sencillamente: si por una adhesión a lo formulario del deber permanecéis neutrales en el pugilato de estas horas, podréis encontraros de la noche a la mañana con que lo sustantivo, lo permanente de España que servíais, ha desaparecido. Este es el límite de vuestra neutralidad: la subsistencia de lo permanente, de lo esencial, de aquello que pueda sobrevivir a la varia suerte de los partidos. Cuando lo permanente mismo pelagra, ya no tenéis derecho a ser neutrales. Entonces ha sonado la hora en que vuestras armas tienen que entrar en juego para poner a salvo los valores fundamentales, sin los que es vano simulacro la disciplina. Y siempre ha sido así: la última partida es siempre la partida de las armas. A última hora –ha dicho Spengler–, siempre ha sido un pelotón de soldados el que ha salvado la civilización”. Primo de Rivera, José Antonio. “Carta a los militares de España”. Hoja clandestina escrita por José Antonio Primo de Rivera en la cárcel Modelo de Madrid el día 4 de mayo de 1936. Del Río Cisneros, Agustín (recopilador). *Obras de José Antonio Primo de Rivera. Edición cronológica*. Delegación Nacional de la Sección Femenina de F. E. T. y de las J. O. N. S., Madrid, 1964. pp. 925-929.

⁴⁸Biderman, Albert D., “What is Military?” en *A Handbook of Facts and Alternatives*, University of Chicago Press, 1967; citado por Adam Yarmolinsky, *The Military Establishment*, Harper Colophon Books, New York, 1971, p. 3. Cfr. Adolfo Paúl Latorre, *Política y Fuerzas Armadas*, El Roble, Santiago, segunda edición, abril 2015, p. 149.

⁴⁹Paúl Latorre, Adolfo, *Política y Fuerzas Armadas*, op. cit., pp. 352-436.

⁵⁰Edwards Vives, Alberto. “Apuntes para el estudio de la organización política de Chile”, en *Revista Chilena de Historia y Geografía*, tomo V, Imprenta Universitaria, Santiago, 1913, p. 289.

mantener vivos los odios y en hurgar obsesivamente en las heridas del pasado, obstaculizando e invalidando todo intento de acercar los espíritus en torno a la construcción del mañana.

Resulta absolutamente inaceptable que el Poder Judicial, protector por antonomasia de los derechos humanos de todos los ciudadanos, sea quien vulnere los derechos humanos de los militares. Nada puede haber más frustrante para ellos que el avasallamiento de sus derechos por parte de las instituciones llamadas a garantizarlos. Peor todavía en circunstancias de que están en su actual situación por haber servido a la nación según les fuera demandado en circunstancias trágicas para nuestra patria.

Cuando los jueces desconocen la Constitución, la ley y los principios rectores del derecho penal; cuando no cumplen la función objetiva y neutral que deben cumplir; cuando procesan y fallan según sus convicciones políticas o ideológicas y no de acuerdo con lo que la ley señala; en fin, cuando abusan en grado extraordinario de su poder estamos ante una verdadera “subversión judicial”⁵¹; la que al ser coonestada por los poderes Ejecutivo y Legislativo se transforma en *una tiranía judicial*.

¡Ya es hora de decir basta al abuso y a la odiosa persecución contra los militares!

No hay futuro para una nación que tolera, en impávido silencio, la anestesia de sus conciencias y los eclipses de la verdad; cuando en ella se olvida o se tergiversa la historia; cuando se trata de imponer una verdad oficial ideologizada y ajena a la verdad objetiva; o cuando los jueces vulneran abiertamente la legalidad vigente, principios jurídicos esenciales y garantías fundamentales de las personas, y utilizan el derecho penal como instrumento de venganza.

⁵¹No solo son subversivos quienes abrazan la lucha armada y practican la violencia revolucionaria para destruir el orden social; también lo son todos quienes los apoyan –ya sea material o intelectualmente– así como los jueces que, al no respetar la Constitución y la ley, destruyen el orden jurídico. Lo más grave de las sentencias recaídas en los procesos denominados “de violación de derechos humanos” no es su iniquidad, sino que la subversión del orden jurídico y el quebrantamiento del Estado de Derecho que significa el atropello de normas, derechos y garantías establecidos por la Constitución, leyes y tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Los jueces abusan de sus facultades jurisdiccionales e imponen arbitrariamente su voluntad por sobre el mandato explícito de la norma.

Los jueces subversivos ponen en peligro a todos los ciudadanos, puesto que no solo atentan contra personas particulares, con nombre y apellidos, sino que atentan contra la libertad, la estabilidad política e institucional y el Estado de Derecho.

LA FUNDAMENTACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO: I. Sobre el acto administrativo y su régimen jurídico chileno. II. La fundamentación del acto administrativo. III. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de los Tribunales Ordinarios de Justicia referente a la fundamentación de los actos administrativos.

I. SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO CHILENO

1. Aunque pudiera ser de sobra conocido, me parece importante para precisar conceptos referirnos, aunque sea de modo breve, a lo que *formalmente* es un acto administrativo, para luego hacerlo en cuanto a su contenido sustancial.

Cuando hablamos de *acto administrativo* en Chile nos estamos refiriendo a un acto jurídico emitido por un órgano de la llamada Administración del Estado, esto es aquel conjunto de organismos personificados o no, que desarrollan la función administrativa, sea bajo el poder jerárquico del Presidente de la República (respecto de organismos no personificados, también llamados “fiscales”, integrantes de la denominada Administración central), sea bajo su poder de supervigilancia (respecto de organismos personificados, llamados también autónomos, e integrantes de lo que suele denominarse como Administración descentralizada). Este conjunto de organismos, llamados también Administración Pública (artículo 38 inciso 1° de la Constitución) está regida por la Ley N° 18.575, de 5.12.1986, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, especialmente en su organización¹.

*Bachiller en Biología y Letras. Licenciado en Derecho (Universidad de Chile). Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de París, Panthéon Sorbonne). Doctor h. c. por la Universidad de los Andes. Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás y Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹Para la noción de acto administrativo en sus fuentes jurídicas chilenas, vid. nuestro “La noción de acto administrativo, una noción sustancial”, en *Derecho Administrativo*.

Pues bien, los actos administrativos en Chile, en cuanto a su *aspecto formal*, siguen en su formulación escrita un orden tradicional, que viene desde los albores de la República, llámense decretos, resoluciones, acuerdos, bandos (en los estados de excepción constitucional), dictámenes contralores, incluso circulares (especialmente de efectos externos, es decir dirigidas v. gr. a grupos determinados de ciudadanos, como las de la administración tributaria, a los contribuyentes, etc.)². Y esa formulación escrita tradicional se traduce en que un acto administrativo luego de individualizarse debidamente el organismo del cual emana (v. gr. Ministerio de Justicia, Servicio Médico Legal), indica una suma o resumen del contenido de la decisión adoptada, un número de individualización (que ha de ser correlativo), el lugar (ciudad) en que es emitido y la fecha.

Además, debe contar ineludiblemente con una *fundamentación*, tanto “normativa” (“Vistos”) en donde se indican las fuentes normativas que habilitan al órgano para dictar ese acto (es decir, debe expresar los “títulos” de su competencia), como también “fáctica”, esto es la indicación del “hecho”/*factum* que lo habilita a actuar, *hecho* que es el “impulso” o “estímulo” que la ley ha previsto para que actúe cuando se produce, hecho que es una “necesidad pública” (*lato sensu*), y, además, “racional”, que es la expresión de la justificación, lógica, coherente y necesaria, para adoptar esa decisión, decisión que ha de ser idónea, adecuada y proporcionada en tanto constituye el “medio” para lograr efectivamente el fin que se pretende alcanzar, como es satisfacer una determinada necesidad pública concreta, prevista en la ley habilitante. Esta fundamentación llamada tanto “fáctica” como “racional” es la que se contiene en los llamados “Considerandos” de un decreto o resolución.

Como es posible advertir, los llamados “Vistos y “Considerandos” contienen la *fundamentación* del acto administrativo, de la decisión adoptada por la autoridad, esto es su “justificación”, aquel elemento esencial, sustancial e insoslayable que permite legitimar racionalmente la decisión y, por ende, hacerla válida en el Derecho; *sin su existencia*, simplemente *el acto administrativo es nulo* (artículo 7°, inciso 3° de la Constitución).

2. Ya desde un punto de vista *sustancial*, el acto administrativo es una ordenación racional emitida unilateralmente por un sujeto/normalmente un órgano de la Administración del Estado, sea unipersonal o colegiado, que, en virtud de determinadas atribuciones conferidas previa y expresamente por la ley, decide de modo vinculante (en la medida que se haya adecuado

Temas Fundamentales (3a. edición). LegalPublishing-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 281-291.

²Para la terminología usada en Chile para referirse a un acto administrativo, que es muy variada, vid. mi *Derecho Administrativo* cit. 292-304.

a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad/artículo 6º inciso 1º de la Carta Fundamental) una situación dada (necesidad pública concreta) prevista por la ley³.

Se dice “ordenación” puesto que se trata tanto de “una” *orden*, vale decir una decisión imperativa, como de “un” *orden* que el acto administrativo crea al efecto, en donde tanto el autor como su(s) destinatario(s) se encuentran en posiciones de deudor o acreedor respectivamente, según se trate de un acto de beneficio para el destinatario o de un acto de gravamen o sanción para este.

Y se dice vinculante, imperativa, pero lo es “solo y únicamente en la medida que” el acto se haya adecuado a las exigencias impuestas por la Constitución y las normas dictadas en su conformidad (artículo 6º inciso 1º). Es que los propios requisitos de validez de ellos están expresamente señalados en el artículo 7º inc. 1º de ella, al expresarse que *Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*. Todos los vicios específicos que se pueden imaginar son reconducibles a la violación de estos tres que el constituyente ha indicado, a saber “investidura regular” del órgano que dicta el acto, “competencia” que le ha sido atribuida previa y expresamente por la ley y “debido procedimiento legalmente establecido” (justo y racional, agregará el artículo 19 N° 3 inciso 6º de la Constitución)⁴.

Ha de recordarse, además, que “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias” dicho órgano tiene otras potestades que aquellas que “expresamente le hayan sido conferidas por la Constitución o las leyes” (artículo 7º inciso 2º). De allí que el efecto de la contravención a estas disposiciones la propia Constitución la establece de modo expreso y perentorio disponiendo que tal pretendido acto es *nulo* (artículo 7º inciso 3º). Vale decir, no es acto jurídico, el cual de ser aplicado en los hechos por la Administración deviene en una simple “vía de hecho”, contraria a Derecho y que si produce daño en una víctima origina *ipso iure* la responsabilidad patrimonial del organismo administrativo estatal infractor, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario que lo hubiere dictado, tanto patrimonial/civil, disciplinaria, e incluso penal si fuere el caso (artículo 38 inciso 2º).

3. Adentrándonos más a fondo, en todo acto administrativo –incluidos los que adopten los órganos colegiados bajo la forma de “Acuerdos”– hay *elementos* que han de concurrir necesariamente para su validez, elementos que se deben distinguir de los llamados “presupuestos”, como

³Vid. nota 1 precedente.

⁴ Para los vicios del acto administrativo vid. nuestro “La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente (Tercera parte)”, en *Ius Publicum* 32/2014, 73-96, especialmente 79-92.

la investidura regular del órgano que lo emite, y la competencia, previa y expresamente atribuida por la ley al órgano que lo va a emitir, “presupuestos” que son anteriores al acto administrativo, puesto que deben existir con anterioridad al tiempo en que se va a adoptar determinada decisión. Entre esos “elementos que contiene todo acto administrativo están el llamado “objeto”, es decir la decisión misma que se adopta (lo que el órgano colegiado “acuerda”), la ya referida individualización del organismo que lo dicta y la individualización del acto mismo (número, lugar de emisión y fecha), los denominados “imperativos”, en la terminología vernácula, esto es los diversos actos trámites que debe seguir en su elaboración (v. gr. “comuníquese” a Tesorería, si el acto significa un pago sobre las arcas fiscales, “regístrese”, por ejemplo si se trata de un acto que se refiere a la vida funcionaria de un empleado de un organismo estatal administrativo, trámite que se lleva a cabo por la Contraloría General de la República, “tómese razón” si es de aquellos decretos o resoluciones que deben ser fiscalizados en su juridicidad previamente por la mencionada Contraloría General, “notifíquese” o sea la comunicación formal de la decisión (decreto o resolución) al destinatario del acto, o “publíquese” (v. gr. en el Diario Oficial) si es de efectos generales, como un reglamento).

A todos estos elementos se agrega precisamente la *fundamentación*, que es el elemento en coherencia normativa, fáctica y racional con el “objeto” que constituye el “alma” del acto administrativo, que lo legitima y le da validez jurídica, en la medida que se sujete y adecue a la Constitución y las normas dictadas en su conformidad (artículos 6° y 7° de ella).

II. LA FUNDAMENTACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Valga señalar –y esto es de extrema importancia que todo lo dicho hasta aquí no es una elaboración meramente teórica que haya nacido de la mente de algún profesor o en virtud de una determinada corriente doctrinaria; muy por el contrario, ella emana de la propia Constitución vigente, de 1980 y sus reformas.

En efecto, ello viene ya de la Constitución de 1833, en su artículo 160, inciso 1°, que es tomado del artículo 17 del llamado “Voto Particular” de don Mariano Egaña, presentado por este en la discusión de las reformas a la Constitución de 1828, luego de la derrota de los “pipiolos” en la batalla de Lircay (17.4.1830), y de la posterior ascensión al mando de la República del general don Joaquín Prieto⁵.

Cuando dice el texto que “Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas, pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se

⁵Sobre el tema vid. nuestro *Derecho Administrativo* cit. 505-516.

les haya conferido por las leyes” (sigue el conocido “Todo acto en contravención a este artículo es nulo”.). está indicando clarísimamente que para que sea válida su decisión debe señalar “expresamente” la potestad (esto es, el poder jurídico que le ha atribuido la ley) en cuya virtud actúa y mostrar, indicar y explicitar formalmente la fuente normativa que le ha posibilitado actuar. Y es que esa “fuente normativa” (la Constitución o una ley específica) es la causa, el origen, el impulso, la energía jurídica, que lleva al órgano administrativo estatal a adoptar esa decisión, como efecto, como consecuencia, del ejercicio de esa potestad.

Es precisamente lo que hoy se denomina *fundamentación* del acto administrativo, y propiamente la llamada “fundamentación normativa” (contenida en los “Vistos” de un decreto o resolución administrativos), que es la que primero aparece al análisis del tema, pero que debe ser adicionada con la “fundamentación fáctica” y la “fundamentación racional” (ya referidas) que deben aparecer en los denominados “Considerandos” de todo decreto o resolución.

Pues bien, esta *fundamentación* “normativa” del acto administrativo, con la adición de la fundamentación “fáctica” y la fundamentación “racional”, constituyen el faro, la luz, que ilumina su validez, y su análisis permite dilucidar si la decisión se conforma con la Constitución o no, es válida o nula, si carece de validez jurídica y, por tanto, es propiamente inexistente en cuanto acto jurídico.

Y es necesario insistir en que esto aparece reiterado en la propia Constitución cuando exige la “razonabilidad” de toda actuación de los órganos del Estado (cualesquiera sean, en sus distintas funciones) y, especialmente, de los órganos de la Administración del Estado, que son aquellos que de continuo están en relación directa con los ciudadanos en su misión de satisfacer las necesidades públicas concretas que les afectan, en su misión de “estar al servicio de la persona humana” y “promover el bien común” “con pleno respeto de sus derechos” (artículo 1º inciso 4º).

Pues bien, tratando de dar una *noción* de fundamentación puede decirse que es la exposición formal y explícita de la justificación de la decisión. Es decir, consiste en la expresión formal de las “atribuciones normativas” que le permiten dictar a un sujeto/órgano administrativo (“vistos”), de los “antecedentes de hecho” (el *factum/hecho*) que mueven o impulsan a emitir esa decisión, y de las “razones que dan justificación lógica/racional” de la decisión que se adopta para satisfacer una necesidad pública concreta (“considerandos”). En otros términos, la fundamentación de un acto administrativo es la justificación normativa, fáctica y racional que da razón del “por qué” se dicta una determinada decisión; es lo que sostiene o sustenta su juridicidad, su conformidad a Derecho, o sea su validez.

Valga recordar que la palabra “fundamento” proviene del arte de la construcción de inmuebles, *fundamentum* de una edificación, o sea sus

cimientos, los pilares sólidos que sostienen la obra que se construye sobre su base. De allí que como soporte físico de una construcción pasaría a ser el soporte lógico de una construcción intelectual, de una decisión, de una afirmación, de una argumentación racional. Soporte que la sostiene, que la justifica y que viene a hacerla verdadera, y que le da validez en el plano intelectual⁶.

Y valga también señalar que “justificar” es probar algo con razones que convencen, desde el punto de vista lógico y también desde el punto de vista de su finalidad y de acuerdo o conforme a medios idóneos, y proporcionados, que se adecuen a ese fin, que es el que el Derecho ha previsto según la Constitución, y que se ordena al bien común, o sea al bien de todas y cada una de las personas miembros de la comunidad política⁷.

No se crea que esta “razonabilidad” es una mera sugerencia del constituyente, en absoluto, de manera alguna. Se trata de una verdadera “imposición”, se está frente a un “deber jurídico” que la Constitución dispone de modo perentorio y expresamente a estos órganos cuando les “impone” la prohibición explícita de establecer en las decisiones que adopten *diferencias arbitrarias* (artículo 19 N° 2 inciso 2°), ya que ello viola directamente el *derecho fundamental de toda persona* a la igualdad ante y en el Derecho, sin que sea objeto de esas diferencias, ni por la ley ni por autoridad alguna, como dice el texto. Ha de recordarse que este derecho fundamental está “reconocido”, “garantizado” y “protegido” por la misma Constitución a toda persona que se vea afectado en el ejercicio legítimo de sus derechos por un acto u omisión *arbitrario*, en nuestro caso de un órgano de la Administración del Estado, es decir acto u omisión no razonable, carente de “razonabilidad” y ello a través de la acción de amparo general llamado “recurso de protección” (artículo 20 inciso 1°).

Es enteramente natural que se exija una fundamentación “racional” a estas decisiones de las autoridades administrativas del Estado puesto que

⁶Santo Tomás se refiere a esto al hablar de si la fe es la primera de las virtudes y es que “fundamento” es lo primero pero además tiene cohesión con las demás partes de la construcción pues de no ser así no sería fundamento ni daría sustento a ella (*Suma teológica* 2-2. 4,7 ad 4); toda una analogía muy certera para mostrar la importancia de aquello que es fundamento de una decisión, de un acto administrativo en este caso particular.

⁷Viene muy a propósito lo que Santo Tomás enseña en su *Suma teológica* 1-2.57, 5 cuando dice que “para que uno obre bien no sólo se requiere la obra que se hace sino también el modo de hacerlo, esto es que obre conforme a la recta elección [de los medios] y no por impulso o pasión”. Y “como la elección es respecto de los medios para conseguir un fin, la rectitud de la elección requiere dos cosas, a saber: el fin debido y el medio convenientemente ordenado al fin debido”; “respecto del medio adecuado al fin debido, necesita el hombre disponerse directamente mediante el hábito de la razón ya que deliberar y elegir, que versan sobre los medios, son actos de la razón”; y no cabe olvidar que en la razón existe una virtud intelectual que la perfecciona respecto de la elección de los medios convenientes al fin, y es la “prudencia”, sin la cual ni siquiera “lo justo” es tal.

ellas están dirigidas a sus destinatarios, esto es personas, cuya característica básica es la de *ser racional*, además de libre, sociable y contingente. Y puesto que han de ser racionales, dichas decisiones han de ser también “coherentes” con los hechos y con el derecho aplicable, para que sea “proporcionada” (o sea esos hechos y ese Derecho aplicable han de ser el medio que lleve al fin, que es la decisión que se adopte) y, por ende, “idónea” y “adecuada” para que sea “efectiva” (obtener el fin deseado, que es la satisfacción de una necesidad pública concreta que la autoridad debe hacer realidad).

Esta “razonabilidad” es la que se expresa en la llamada *fundamentación racional* del acto administrativo, el cual de modo explícito y formal debe contener previamente –como lo hemos señalado en párrafos anteriores– tanto “la expresión formal” de las “atribuciones normativas” que le habilitan a un órgano administrativo estatal para emitirlo, como los “antecedentes de hecho” que le habilitan a actuar (el referido *factum* o motivo como también se le llama, que corresponde al “por qué” de la potestad). Esta “fundamentación racional” debe contener las razones, es decir, las argumentaciones, el *iter* lógico que le otorgan la justificación racional, lógica, coherente, congruente y proporcionada a la decisión que se adopta (expresada en el “objeto” del decreto o resolución, esto es aquella parte que comienza con las palabras sacramentales “decreto” o “resuelto”, según sea la autoridad que lo emite⁸).

⁸Los llamados “decretos supremos” son dictados por el Presidente de la República, y la terminología viene desde el inicio mismo del Chile independiente, llamados “supremos” por cuanto eran dictados por el Director Supremo (Don Bernardo O’Higgins Riquelme 1817-1823), vid. decreto del 1° de marzo de 1817, dictado días después de la victoria en Chacabuco (12.2.1817) sobre las tropas realistas y de asumido (el 16.2.1817) el mando de la República, sobre “expedición del despacho de Gobierno”. También dictan “decretos” los Ministros de Estado en la medida que actúen por “delegación de firma” del Presidente de la República (artículo 35 inciso 2° de la Constitución), en cuanto no se refiera esa delegación a decretos reglamentarios, por cuanto está prohibida. En cuanto a la “delegación propiamente tal” –prevista por el artículo 43/41 de la Ley N° 18.575, sobre Bases de la organización administrativa del Estado– también ella es posible respecto a los Ministros de Estado pero con la misma prohibición de delegar el ejercicio de dictar decretos reglamentarios; por su parte, esta misma ley orgánica constitucional ha previsto respecto del Presidente de la República la llamada “delegación de representación” (vid. su artículo 32/35); sobre la *delegación* como instrumento de atenuación de la centralización, puede ser útil mi *Derecho Administrativo* cit., 211-237. También dictan “decretos” los Alcaldes y llevan el nombre de “decretos alcaldicios” (vid. artículo 12 de la Ley N° 18.695, orgánica constitucional de municipalidades). En fin, asimismo dictan “decretos” los Rectores de Universidades estatales, por una tradición que viene desde la fundación de la Universidad de Chile (1842). Por su parte, los Jefes Superiores de Servicios (sean centralizados o descentralizados) dictan “resoluciones” y los organismos colegiados (llámense Concejos, como el Concejo Municipal, o Consejos como el Consejo Regional o el del Banco Central o Directorio como en las Empresas del Estado) se denominan “acuerdos”, los que son llevados a efecto por la autoridad ejecutiva respectiva, como dispone el artículo 3° inciso 7° de la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos.

No cabe soslayar que la debida “fundamentación” que todo acto administrativo debe contener para que sea válido es *un requisito sustancial* que se explica por cuanto siendo el acto administrativo una “ordenación racional”, fruto de la razón aplicada a un hecho que es una necesidad pública, para satisfacerla del modo más idóneo, adecuado y pertinente, debe basarse en la “racionalidad”, y no en el mero capricho, de la autoridad. Y esta “racionalidad” no es sino la expresión de la coherencia, de la congruencia y de la proporcionalidad que ha de existir entre el hecho producido (la necesidad pública que satisfacer) y la medida/decisión adoptada para resolverla en lo concreto, que no puede ser ni caprichosa ni responder al solo arbitrio de la autoridad, desde que esto vulnera *ipso iure* la “razonabilidad” como principio esencial de toda actuación de autoridad estatal cuyo fin es siempre promover el bien común (artículo 1° inciso 4° de la Constitución) con pleno respeto de los derechos de las personas (*ídem* y artículo 5° inciso 2°).

A mayor abundamiento debe indicarse que la “fundamentación” de los actos administrativos en cuanto “actos de los órganos del Estado” se encuentra expresamente contemplada en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución, como consecuencia del “principio de probidad” en el ejercicio de las funciones públicas, principio que “obliga a sus titulares a su estricto cumplimiento en todas sus actuaciones” (inciso 1°), agregándose en su inciso 2° que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus *fundamentos* y los procedimientos que utilicen” (cursivas nuestras).

2. Pero hoy también, y desde el 29.5.2003, existe en Chile una ley especial que regula de modo supletorio el procedimiento de elaboración de los actos administrativos que se expresan por escrito en la forma de decretos y resoluciones, cual es la *Ley N° 19.880*. Es decir, en la medida que no exista una norma especial de alguna ley específica que regule un determinado procedimiento de elaboración de un acto administrativo, esta ley entra a regirlo y serle aplicable (vid. sus artículos 1° inciso 1° y 3° incisos 1° y 3°)⁹.

Esta ley ha sido particularmente preocupada —es uno de sus logros— de insistir en varias disposiciones en la necesidad que los actos administrativos no solo tengan una “fundamentación” sino que ella debe ser expresada formalmente en los decretos y resoluciones que dicten los distintos órganos de la Administración del Estado, constituyéndola en un *requisito esencial de validez* de estos actos, lo que ha sido recogido de manera muy clara, frecuente y reiterada tanto en la jurisprudencia contralora como en la jurisprudencia judicial, según veremos en párrafos siguientes.

⁹Hemos comentado esta ley a raíz de su publicación en 2003, ahora en *Derecho Administrativo* cit. 326-348.

Entre las varias disposiciones que la *Ley N° 19.880* establece en cuanto a la obligación de contener los actos administrativos/decretos y resoluciones, deben mencionarse en razón de su importancia el *artículo 41 inciso 4°* que a la letra en su oración primera dispone *Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada*. Esto es, todo acto administrativo debe ser fundado, o sea contener su justificación, tanto normativa, como fáctica, como racional, según agrega su *artículo 11, inciso 2°*, el cual establece que *Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares...* Debe agregarse una tercera disposición que viene a complementar este deber jurídico de los órganos de la Administración del Estado de “fundamentar expresamente” sus decisiones; se trata del *artículo 16 inciso 1°*, en cuanto concreción del “principio de transparencia y publicidad” de los actos administrativos que establece esta ley, en concordancia con la Constitución, artículo 8° ya citado. Dice su texto: *El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en él* (subrayado nuestro).

Clarísimo es el contenido de este artículo 16 en su primer inciso puesto que no deja duda alguna que esa “transparencia” de que se habla (consecuencia del “principio de probidad”, fundamental en la Administración del Estado) significa entre otras cosas, y esencial aquí, que exista real y efectivamente una debida “fundamentación” de los actos administrativos, como manera de permitir el debido conocimiento por parte de los destinatarios de esos actos de las “razones” de su emisión y de la “justificación” del contenido de la decisión adoptada por la autoridad.

Y para no dejar duda de ello, agrega su inciso 2° que, salvo excepción (establecida por ley de quórum calificado), *son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que estos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación*” (subrayado nuestro).

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA REFERENTE A LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Desde hace ya más de cuatro décadas, por lo menos, la *Contraloría General de la República* ha venido sosteniendo de modo constante, frecuente y reiterado, que los actos administrativos que emitan los órganos de la Administración del Estado, deben contener la debida fundamentación de las decisiones que adopten en ellos.

Así, sin tener que irse demasiado lejos, puede mencionarse como uno de los dictámenes *leading case*, el emitido en 1984, N° 33.006, en el cual se establece expresamente que para la validez de un decreto o resolución es necesario la existencia de “un procedimiento administrativo que permita que *el acto se baste a sí mismo*” (cursivas nuestras). Es lo que un autor reciente llama la “autarquía” de los actos administrativos¹⁰.

Ya en este siglo deben mencionarse, especialmente, los Dictámenes (D):

N° 33.479, del 2008, en donde se reitera que los órganos de la Administración del Estado deben *acreditar la efectividad de los supuestos de hecho* que habilitan el ejercicio de una determinada potestad.

N° 35.700, del 2010, donde se afirma, una vez más, que los actos administrativos “deben ser fundados”, toda vez que ello permite cautelar que tales órganos [administrativos] ejerzan sus potestades conforme con la Constitución y con la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado.

N° 54.690, del 2013, que establece que “es necesario que en los actos administrativos se expresen las circunstancias y el raciocinio que justifican la decisión adoptada, pues a través del correcto cumplimiento de dicha exigencia se garantiza tanto que el acto se conforme al fin previsto por la ley como también que cuente con un fundamento racional”. En igual sentido se había ya pronunciado el D 40.152 del 2011.

Particular importancia ha asumido el D 70.935 del 2011, que afirma que “en armonía con el criterio sustentado en los dictámenes 17.719 y 19.080, del 2008 y 23.708, del 2010, las circunstancias de hecho y los fundamentos de derecho en base a los cuales se dicta un acto deben expresarse en el mismo de manera que la sola lectura de su contenido permita conocer cuál fue el raciocinio de la autoridad administrativa para la adopción de su decisión”, cosa que –señala– no concurre en la especie sobre la cual se pronuncia, “lo que la hace ilegal, afectando su validez porque recae en un requisito esencial del mismo cual es su motivación”. *Al no expresarse esta, ello produce un perjuicio al interesado* “en tanto no le posibilita saber cuál fue el razonamiento que hizo la autoridad para adoptar su decisión, de modo de permitirle impugnarla por los medios que sean procedentes con el debido conocimiento de los antecedentes en que se fundó”.

Como también. el D 499 del 2012, que transcribimos en su parte pertinente de modo textual: “la exigencia de fundamentación de los actos

¹⁰Vid. J. Arancibia Mattar, “La relación jurídica público-privada: iter conceptual, atributos y criterios”, en E. Soto Kloss (coordinador), *Administración y Derecho. Libro homenaje en los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2014, 21-33, la cita en 24).

administrativos, prevista en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, se relaciona con el recto ejercicio de las potestades entregadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que estas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad, el que lleva implícita el de racionalidad, evitando todo abuso o exceso”, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución, en relación con el artículo 2° de la Ley N° 18.575, y “[al principio] de igualdad y no discriminación arbitraria”, contenido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, como asimismo se relaciona con “velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferirlas”.

Dentro de esta misma línea, ya el D 62.113 del 2006 reiteraba que “corresponde a la autoridad que los dicta [los actos administrativos] señalar de qué manera llegó a la convicción de la veracidad de los hechos que se dan por acreditados, para lo cual deberá ponderar debidamente todos los medios de prueba que se hayan hecho valer y aquellos de que disponga”.

También el D 24.887 del 2009, que en un “alcance” a una toma de razón de una resolución del Ministerio del Interior, reitera que “tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta”, para dar así cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 16 y 41 de la Ley N° 19.880, y 13 de la Ley N° 18.757.

Especial relevancia tiene el D 24.153 del 2012, en donde se afirma el *principio de concordancia o congruencia*, estableciéndose que es contrario a Derecho un decreto cuya parte dispositiva “no guarda concordancia con los fundamentos esgrimidos por la autoridad para adoptar la medida y que constan en la parte considerativa del decreto en examen”, y se agrega que “Es menester que se expresen debidamente en el acto administrativo los motivos considerados para adoptar la decisión respectiva”.

Este mismo año el D 68.483 del 2012, se insiste una vez más, que “en concordancia con los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes 41.457, de 2010 y 70.935, de 2011, ha precisado que los actos administrativos que afecten los derechos de los particulares deben ser fundados, expresándose en ellos los antecedentes de hecho y de derecho que les sirven de sustento, de manera que la sola lectura de su contenido permita conocer cuál fue el raciocinio de la autoridad administrativa para la adopción de su decisión”.

Ya más reciente, puede indicarse el D 72.378 del 2014 que particularmente insiste en el mismo punto al señalar que “limitarse a nombrar los documentos tenidos a la vista” no se conforma con lo establecido por el inciso 4° del artículo 41 de la Ley N° 19.880 en concordancia con los artículos 11 inciso 2° y 16 inciso 1° de ella, ya que de acuerdo con estas disposiciones legales los actos administrativos deben ser fundados “debiendo, por tanto, la autoridad que los dicta expresar los razonamien-

tos y antecedentes conforme a los cuales ha adoptado su decisión, pues lo contrario implicaría confundir la discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico con arbitrariedad, sin que sea suficiente la mera referencia formal –en la parte considerativa del decreto, a acuerdos o informes–”. Se sostiene en este Dictamen que es aplicación de los D 3.539 y 52.317 del 2013. Debe agregarse que en el mismo sentido se pueden referir con anterioridad los D 42.268 del 2004, 23.114 del 2007, 23.708 del 2010, 18.055 y 40.152 ambos del 2011, 40.116, del 2014, y con posterioridad el D 1.305 del 2015.

Si bien del mismo año, pero anterior, vale citar el D 6.190 del 2014, en el cual se reafirma que “es indispensable que los actos de los órganos de la Administración del Estado tengan una motivación y un fundamento racional ya que conforme al principio de juridicidad es importante constatar que estos no obedecen al mero capricho de la autoridad sino a criterios efectivos que le otorgan legitimidad”.

Para no alargar el punto, baste señalar que durante el año 2016 la Contraloría General de la República ha reiterado, hasta la saciedad, la necesidad de que los actos administrativos deben ser fundados debidamente para que sean válidos, tal como lo exige la Ley N° 19.880, y la propia Constitución; entre los Dictámenes que se pueden citar se encuentran los N°s. 22.766, 23.518 y 85.700. Lo mismo ha ocurrido en 2017, pudiendo citarse los N°s. 11.316, 12.421 y 18.901. E incluso en estos tres meses transcurridos del actual 2018, ya ha emitido los Dictámenes N°s. 6.400 y 7.951, en el mismísimo sentido¹¹.

De la jurisprudencia contralora referida se *concluye muy claramente* ciertos principios que ha establecido ella de modo constante, frecuente y reiterado, y que resumidos se pueden expresar como sigue:

- 1 *Los actos administrativos deben bastarse a sí mismos*, esto es ser “autosuficientes”, de modo que de su sola lectura se entienda muy bien para sus destinatarios tanto su contenido, como su fundamentación, es decir, las razones que han llevado a la autoridad a emitirlos.
En consonancia con ello,
- 2 La autoridad que emite un acto administrativo *debe expresar formalmente en su texto* los razonamientos y antecedentes conforme a los cuales ha adoptado su decisión, sin que sea suficiente una mera referencia a ello, en su parte considerativa.

¹¹Puede ser de interés agregar otros dictámenes en el tema, ya que son abundantes; vid., entre otros, del 2004, N° 30.307, del 2006 N° 38.859, del 2010, N°s. 21.482, 36.436, 44.116, 44.459, 48.031, del 2011, N° 70.935, del 2012, N° 61.517, del 2013, N° 33.452, y del 2017 N°s. 9.317, 34.344 y 38.791.

- 3 *La fundamentación de los actos administrativos*, tanto en su aspecto normativo (fuentes legales que le atribuyen la competencia para actuar), como fáctico (los hechos que le permiten a la autoridad actuar) y racional (los raciocinios que justifican la medida que se adopta) *tiene por objetivo* proveer al correcto ejercicio de las potestades que la ley ha otorgado a un determinado órgano de la Administración del Estado, de modo de cautelar así la efectividad de la aplicación del “principio de juridicidad”, principio que lleva implícito el principio de “racionalidad”, evitando todo exceso o abuso en la actividad administrativa.
- 4 *La fundamentación del acto administrativo* debe permitir a sus destinatarios conocer exactamente el razonamiento que ha llevado a la autoridad a dictar un acto administrativo, *requisito esencial de validez de la decisión adoptada*, de tal modo que *su ausencia la hace ilegal*.
- 5 *La ausencia de la debida fundamentación* –normativa, fáctica y racional– en un acto de la autoridad administrativa *impide a su destinatario impugnarlo* por los medios que sean procedentes, conociendo los antecedentes y argumentaciones en que dicha autoridad se ha fundado.
- 6 *En los actos administrativos deben expresarse las circunstancias de hecho y de derecho como el raciocinio que justifica su dictación* puesto que a través del correcto cumplimiento de esta exigencia se garantiza que el acto sea conforme con la finalidad que con él se persigue y sea coherente la decisión que contiene con las razones que se han tenido para emitirlo.
- 7 *Corresponde a la autoridad que emite un acto administrativo señalar expresamente de qué manera ha llegado a la convicción de la veracidad de los hechos en que se basa para emitirlo*, los cuales han de estar debidamente acreditados y para lo cual deberá ponderar debidamente todos los medios de prueba que se hayan hecho valer en el expediente respectivo.
- 8 *La fundamentación de los actos administrativos, que es un requisito esencial para la validez de ellos, permite que las decisiones que emite un órgano de la Administración del Estado sea el resultado de un ejercicio racional sobre hechos, potestades y razones, que impidan que esta actividad jurídica estatal sea el fruto de un capricho o del mero arbitrio de su autor.*

2. La jurisprudencia de los *Tribunales Ordinarios de Justicia*, es decir fundamentalmente de la Corte Suprema, a partir de la vigencia y aplicación de la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, ha sido particularmente homogénea en el aspecto de exigir para la validez de los actos administrativos la debida fundamentación y la expresión formal de ella en el texto mismo del decreto o resolución de que se trate.

Cierto es, sin embargo, que con ocasión de la aplicación del llamado *recurso de protección*, a partir de abril de 1977, una vez dictado el Auto Acordado por la Corte Suprema, como disponía al efecto el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3 (DL N° 1.573, de 13.9.1976), el tema de la validez de los actos administrativos y de su debida fundamentación, discurrió por el cauce de la denominada “arbitrariedad” en que podía incurrir la autoridad administrativa al emitir un acto, “arbitrariedad” que, según el artículo 20 inciso 1° de la Constitución, permite la interposición del amparo aludido, en la medida que afecte el ejercicio legítimo de un derecho de los protegidos por dicha disposición en cuanto lo amenaza, perturba o simplemente lo desconozca o prive.

Dentro de este ámbito procesal de amparo, aparece de particular interés, citar ya al comienzo de la aplicación de esta acción de protección de los derechos fundamentales, y entre otros¹², dos casos relevantes, como son *Meza Allende c/Jefe de Zona en Estado de Emergencia* (Corte Suprema, 2.8.1984, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81/1984, 2.5, 113-120) y *Rosas Díaz c/Director de la Policía de Investigaciones de Chile* (Corte Suprema, 16.5.1991, en *RDJ* t.88/1991, 2.5, 123-134, con comentario nuestro).

Meza Allende concierne a una negativa del Jefe de la Zona en Estado de emergencia para realizar una reunión en un teatro de la capital (Teatro Cariola, específicamente) para efectuar un homenaje al presidente Allende; como de continuo esas reuniones terminaban en graves alteraciones al orden público no fue autorizada; recurrida dicha negativa fue reiterada sin que se diera razón alguna de ella; deducido el amparo de protección fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago, con el voto en

¹²Ya al comienzo mismo de la aplicación del recurso de protección me parece de interés citar dos casos de particular relevancia en esto de la “fundamentación” de las decisiones de autoridades si bien de naturaleza privada (Universidad de Concepción); se trata de los casos *Cerro Saavedra, Aída del Carmen* (Corte Suprema 28.10.1980, que confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 13.10.1980, en *RDJ* t. 77, 2.2, 178-186), y *Rojas Bascur, Julia Rosa* (Corte Suprema 25.11.1980 que confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 31.10.1980, en *RDJ* t.77/1980, 2.1, 109-111 que inciden específicamente en la “proporcionalidad” de sanciones universitarias aplicadas a dos estudiantes por conductas estimadas impropias realizadas en protestas callejeras con violencia. No cabe olvidar que la Universidad de Concepción ha sido la cuna del grupo Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), con acciones terroristas ya en la época de la presidencia Frei Montalva (1964-1970) y con posterioridad en la presidencia Pinochet Ugarte (1974-1990, especialmente entre los años 1975 a 1985), sin perjuicio de acciones posteriores; para saber más del tema, entre otros, vid. P. Arancibia, *La violencia 1967-1973*. Centro de Investigaciones Históricas. Universidad Finis Terrae. Santiago de Chile. 2001; A. Castillo V., *La verdad olvidada del terrorismo en Chile. 1968-1996*. Editorial Maye Ltda. Santiago de Chile. 2007; A. Ibáñez Santa María, *Historia de Chile* (2 vols.). Centro de Estudios Bicentenario. Santiago de Chile. 2013, vol. 2, 103-307, con numerosas fotos y recuento de la violencia callejera, asaltos y muertes producidas en aquella época.

contra del ministro señor Cerda Fernández, que sostenía que un acto de la autoridad no fundamentado en razones “merece ser calificada de arbitraria” (considerando 5° del fallo), voto disidente que acogió la Corte Suprema la cual en un solo y escueto considerando resuelve revocar y acoger la protección en razón “de que el funcionario recurrido no dio razón legal valedera para impedir la celebración del acto de que se trata” lo que transforma su acto en “arbitrario” (ministros Sres. Eyzaguirre, Bórquez, Ramírez, del Canto y abogado integrante Urrutia Manzano).

Clarísima la Corte Suprema al respecto: un acto administrativo, aún si se trata de uno emitido por la propia autoridad castrense en Zona en Estado de Emergencia, *debe ser fundado*, esto es justificado en razones porque de lo contrario es arbitrario y, por tanto, contrario a Derecho.

Rosas Díaz y otros, el caso de los 17 detectives exonerados (título que semeja el de un cuento policial) se refiere a que por decisión presidencial (Aylwin Azócar) fueron alejados de la Policía de Investigaciones en virtud de una atribución pretendidamente discrecional, pero sin que se diera razón alguna debidamente comprobada para dictar tal acto. La Corte de Apelaciones rechaza la protección interpuesta, fallo que es revocado *in integrum* (salvo la parte expositiva) por la Corte Suprema que lo acoge y que, de modo ejemplar, sus considerandos 6° y 7° establecen con meridiana claridad una *jurisprudencia que permanece inalterable hasta el día de hoy* y que merece citarse textual: “ 6°....aparece de manifiesto que, tanto en los oficios del director recurrido[de la Policía de Investigaciones] como en los decretos supremos que les siguieron, la causa única de los llamados a retiro no sería otra que la facultad discrecional concedida al jefe de Estado, y que dicha facultad, a mayor abundamiento, tendría la dimensión superlativa de relevar a la autoridad de la expresión de la causa real o efectiva consistente en hechos, actos o conductas del sancionado”. Y “7°. Que a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un estado de Derecho en el que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal. *Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario*” (cursivas nuestras).

Este caso, que es verdaderamente ejemplar, sostiene derechamente y sin remilgos que hasta en el ejercicio de una atribución en que la ley da un margen de apreciación a la autoridad para actuar, debe esta expresar formalmente los hechos y las razones que la han conducido a adoptar una determinada decisión, porque *en un Estado de Derecho no hay cabida alguna para un poder puramente personal* y es que *lo no motivado es por este solo hecho arbitrario* y, por consiguiente, *inconstitucional* (artículo 20 inciso 1° en relación con el 19 N° 2, inciso 2° especialmente).

A fin de no alargar innecesariamente estas líneas, debemos referirnos a la jurisprudencia de este último lustro de la Corte Suprema en este aspecto de la obligación jurídica que tiene la autoridad administrativa de fundamentar sus decisiones para que sean válidas.

Herrera Jiménez c/Comisión de Libertad Condicional (Corte Suprema, 2.12.2014, rol 27.467-2014), sostiene que “el acto administrativo debe contener los fundamentos en que se sustenta con el fin de legitimar la decisión de la autoridad, razones que no pueden ser meramente formales toda vez que caerían dentro de la categoría de arbitrarios y, por lo tanto, ilegales” (cursivas nuestras). Es por ello que si el acto aparece desmotivado o con razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto, se debe concluir que el acto carece de uno de sus elementos esenciales (considerando 2°).

Aquí la Corte Suprema reitera la exigencia de la fundamentación de los actos administrativos con el fin de *legitimar la decisión adoptada por la autoridad*, fundamentación que es un elemento esencial de ellos y que requiere que se expresen las razones de manera clara, basados en actos hechos o conductas comprobadas debidamente, y no justificaciones vagas o imprecisas.

Aunque se trata de un fallo de una Corte de Apelaciones (Concepción) que acoge una protección deducida, resulta de interés por tratarse de un tema muy técnico, como es el diagnóstico médico respecto de un paciente, *Junge Soto c/Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (Compin) Provincial de Concepción* (25.6.2014, rol 2148-2014), en el cual el tribunal establece muy precisamente que “si bien el rechazo de la licencia [médica] fue realizada por la autoridad que señala la ley e indica una causa específica –el supuesto reposo no justificado por peritaje– no se aportan por el órgano de la Administración recurrida, las razones que justifican fácticamente tal parecer, menos aún aporta los antecedentes objetivos en que se sustenta y que sean idóneos para refutar el diagnóstico del médico tratante especialista”.

Y de la Corte de Apelaciones de Temuco se puede mencionar *Silva Díaz c/Servicio de Vivienda y Urbanismo Temuco* (20.6.2014, rol 195-2014) protección acogida, que recae en un tema que ha tenido abundante jurisprudencia, como es el término de las llamadas “contratas” de los funcionarios públicos, cuando en sus designaciones se incluye la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios”. El fallo señala que dado que la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, dispone la exigencia de fundamentar las decisiones que emita la autoridad, en sus artículos 11, 16 y 41, “cabe colegir que [en ellas] es un requisito sustancial la expresión del motivo o fundamento, pues la emisión está vinculada a una exigencia que ha sido puesta como condición de mínima racionalidad”, y especialmente cuando se afectan derechos de las personas.

Aes Gener S.A. c/Municipalidad de Tocopilla (Corte Suprema 21.9.2017, rol 7025-2017, en Gaceta Jurídica 447, septiembre 2017, 23-33), reclamo de ilegalidad municipal acogido, deducido ante cobro de derechos municipales que no se basan en la realidad actual sino en antecedentes de años anteriores, hoy inexistentes, muestra la Suprema Jurisdicción una clarísima percepción del tema de la fundamentación de los actos administrativos como exigencia esencial de su validez. Dice el considerando 8° de la sentencia de casación (redacción ministro Sr. Valderrama): “La causa o motivación es un elemento del acto administrativo que puede ser entendido como *la razón que justifica su dictación por la Administración del Estado*, en la que se encuentran elementos fácticos y de derecho. *Debe expresarse en el acto* y ello deriva precisamente de que el actuar de la misma *debe ser razonable, proporcionado y legalmente habilitado* a fin de posibilitar su comprensión frente a los destinatarios y evitar ser tachada de arbitraria, puesto que *la inexistencia o error en los motivos de hecho determina la existencia de un vicio de abuso o exceso de poder*” (cursiva nuestras).

Y se agrega que las determinaciones que pronuncia la autoridad administrativa “deben ser debidamente fundadas, es decir, *el acto administrativo que surja debe encontrarse motivado en consideraciones que no dejen duda alguna sobre la procedencia de la decisión adoptada en razón del interés público involucrado*” (considerando 10 fallo cit., cursivas nuestras). Continúa la enseñanza de este fallo diciendo que *La fundamentación del acto administrativo no solo debe existir sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación* (considerando 12 fallo cit., cursivas nuestras). Y concluye el punto: “tratándose de un acto que afecta a los derechos de los particulares, se encuentra obligada la autoridad administrativa a proveerse de antecedentes actualizados al momento de calcular el cobro de derechos puesto que debe ajustarse a la realidad del administrado, en tanto trae consigo una afectación a su patrimonio” (considerando 13 fallo cit.).

En *Pérez Aguilar y otra c/Servicio de Salud de Antofagasta* (Corte Suprema, 26.12.2017, rol 11.526-2017), casación de oficio, indemnización de perjuicios/responsabilidad del Estado, la Corte recuerda los requisitos que debe contener una sentencia –lo que es plenamente aplicable aquí a los actos administrativos, especialmente cuando estos afectan los derechos de las personas– que deben expresarse “*las consideraciones de hecho que les sirven de fundamento, estableciendo con precisión aquellos sobre los que versa la cuestión... con distinción entre los que han sido aceptados o reconocidos por las partes y los que han sido objeto de discusión*” (considerando 5°), agregándose que debe expresarse también los fundamentos que sirven para estimarlos comprobados y la apreciación correspondiente de la prueba de ellos, y al consignarlos debe hacerlo con el orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera (*ídem*). De interés

es su considerando 7° que se refiere a la *consideración que debe hacer la autoridad respecto de todos los hechos que concurren debiendo ponderarlos y valorarlos de modo racional y pormenorizado* y es que “considerar implica la idea de reflexionar detenidamente” sobre ello y analizarlo en su totalidad y no contentarse con una expresión en términos generales.

En el presente año 2018 y mediante la acción constitucional de *habeas corpus* (artículo 21), encontramos dos casos en los cuales la Corte Suprema ha revocado dos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago que la denegaba, y las ha acogido precisamente en razón de vicios en la “fundamentación” de los actos administrativos que afectaban el derecho a residir en nuestro país a dos extranjeros.

En *Aiman Eskandar Abdullah* (Corte Suprema, 2a. sala, 26.4.2018, rol 7500-2018, revoca fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 19.4.2018, rol 427-2018), ciudadano yemení, la autoridad administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores/Ministro Consejero de Política Consular, había otorgado al amparado una visa de residencia temporal por 164 días, pero aduciendo que no se había acompañado la documentación original requerida, le fue denegada en definitiva. El tribunal *a quo* entendió conforme a Derecho la decisión administrativa recurrida, sin embargo la Corte Suprema estimó la denegatoria “del todo injustificada” (considerando 3°), puesto que la autoridad administrativa poseía la información al tiempo del ingreso temporal del recurrente. Ello le hace decir que “la visación es una facultad que se ejerce en forma discrecional por la competente autoridad administrativa, sin embargo dicho ejercicio no queda exento de superar un estándar de *razonabilidad* a la luz del derecho que tiene cualquier persona, independiente de su nacionalidad, de ingresar y permanecer en el territorio nacional sujetándose a las reglas y procedimientos legales que existan al efecto” (cursivas nuestras). Y agrega de modo muy certero en su considerando 4° : “Que resulta conveniente resaltar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto de servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además, del respeto de los derechos de las personas, *una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad* –que según lo ya expresado– en este caso no se advierte”(cursivas nuestras).

El fallo supremo deja sin efecto el acto denegatorio recurrido y ordena a la autoridad que emita la autorización correspondiente.

El segundo caso es *Kashib Nawab* (Corte Suprema, segunda sala, rol 7501-2018, revoca sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18.4.2018, rol 462-2018), ciudadano pakistaní, a quien la visa le fue denegada por la autoridad consular “en razón de conveniencia o utilidad nacionales” (considerando 1°). Ello fue considerado por la Corte Suprema como una “fundamentación injustificada” por cuanto no logra motivar la decisión adoptada, toda vez que se centran en razones de conveniencia

o utilidad nacionales sin especificar las circunstancias fácticas en que se fundan, por lo que las conclusiones de la autoridad administrativa en nada ilustran para sostener la inconveniencia de permitir el ingreso al país en forma transitoria a un individuo” (considerando 3°). Se agrega en su considerando 4° el mismo texto ya transcrito en fallo recién citado considerando 4°. En tal virtud se deja igualmente sin efecto el acto denegatorio y se ordena a la autoridad recurrida dictar los actos necesarios para llevar a cabo dicha autorización.

En protección puede citarse *Cruz Zamora c/ Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda* (Corte Suprema, tercera sala, 26.3.2018, rol 43.400-2018, revoca sentencia apelada que la deniega, de 7.11.2016) asunto que versara sobre término anticipado de contrata del recurrente, quien estimaba que ello era contrario a Derecho por afectar sus derechos fundamentales de igualdad ante la ley, de integridad síquica, a la honra y al derecho de propiedad.

La razón que daba base para tal término anticipado, según la Municipalidad recurrida, era el déficit presupuestario que tenía, explicando el origen de ello. La Corte Suprema recuerda que en el caso concreto recibe aplicación la Ley N° 19.880, artículo 16, que exige la “debida fundamentación”, consistente en motivar explícitamente en el mismo acto administrativo la decisión, los hechos y los fundamentos de derecho que afectan a las personas (citando al efecto fallo anterior rol 11.471-2013). Refiriéndose a la ya conocida frase “mientras sean necesarios sus servicios”, advierte el Tribunal (considerando 5°) que “no se comprende con aquel que se esgrime y consta en la resolución del nombramiento del recurrente” desde que se dice que es por motivos presupuestarios, lo que lleva a la conclusión que *la fundamentación no es congruente*, vicio de ilegalidad que afecta a dicho pronunciamiento y que afecta las garantías constitucionales denunciadas como infringidas y que autorizan a acoger el recurso.

Su considerando 6° expresa algo que es de principio como es que “la existencia de los motivos esgrimidos en el acto es un requisito exigido por la ley a todo acto administrativo que afecte derechos de los particulares”. De allí que declarada la ilegalidad y arbitrariedad del acto administrativo impugnado (que contiene una “diferencia arbitraria” en perjuicio del recurrente, artículo 19 N° 2 de la Constitución), la Corte Suprema acoge la pretensión protectiva, deja sin efecto el acto administrativo contrario a Derecho y ordena a la autoridad municipal pagar al actor las remuneraciones devengadas desde la fecha de su separación de las funciones que desempeñaba a contrata hasta el 31.12.2017 (fecha de término de su nombramiento).

Otra protección digna de interés es *Marchant Pereira c/ Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez Subcomisión Aconcagua (Compin) y Superintendencia de Seguridad Social* (Corte Suprema/Tercera Sala, 10.5.2018, rol 841-2018, fallo unánime), asunto referente al rechazo

de licencias médicas en razón de que según dicha Comisión el informe médico que las respalda no permite establecer una incapacidad laboral más allá del periodo de reposo ya autorizado. El fallo supremo junto con hacer presente que la decisión recurrida no se ajustó a la normativa legal que en tales casos permite solicitar nuevos exámenes o someter a la paciente a una nueva evaluación, etc. (considerando 8°), se hace presente que *no se ha explicitado las razones que motivaron su decisión denegatoria*, puesto que al no disponer nuevos exámenes *ha dejado la solución entregada a la simple discreción de las respectivas autoridades recurridas*, y su consecuencia de denegar el pago de las licencias respectivas con grave detrimento del derecho de la recurrente (considerando 9°). Hace presente la Corte al acoger la pretensión deducida que es preciso exigir un mínimo de diligencia a la autoridad en quien pesa el actuar de oficio y el respeto de los principios de no discriminación en su actuar, con objetividad y exhaustividad (considerando 10°). Y es que “resulta del todo arbitrario” rechazar un permiso médico concedido por un facultativo sin que exista ningún antecedente adicional proporcionado por las autoridades recurridas para la debida ponderación de los antecedentes que justifique el rechazo aludido (considerando 11°). Por ello la Corte Suprema revoca la sentencia apelada de 15.12.2017 y acoge la protección interpuesta por la recurrente debiendo dejar sin efecto las recurridas resoluciones que confirman el rechazo de las licencias médicas impugnadas y dictar en su lugar los actos administrativos correspondientes a efecto de autorizar y disponer el pago de las licencias médicas que se indican.

En *Arellano Chamorro c/Municipalidad de Hualpén* (Corte de Apelaciones de Concepción, de 13.4.2018, que acoge la pretensión deducida, confirmada por unanimidad con un escueto “Se confirma”, por la Corte Suprema, Tercera Sala, 31.5.2018, rol 8185-2018), una profesora de educación básica de un colegio municipal de dicha comuna, deduce protección por su no renovación de su nombramiento como docente a contrata, función que como titular desempeñara desde 1992, y que sin perder la calidad de titular pasara a desempeñar por un tiempo funciones a contrata como Orientadora y luego Encargada de la convivencia escolar, hasta que en febrero del presente año se le notifica dicha no renovación de su contrata y desconociéndosele su titularidad referida. El tribunal *a quo* muy certeramente señala que la titularidad le fue reconocida expresamente por acto administrativo (decreto alcaldicio) y *constituye un derecho adquirido para la actora que no puede ser desconocido* como lo ha hecho la recurrida (cursivas nuestras). Además, establece que no se señala por la Municipalidad ninguna de las causales de pérdida del cargo que taxativamente se señala en el Estatuto Administrativo, que “justifique” la decisión adoptada, cosa que debía ser probada por quien la adopta, lo que no ha ocurrido en el caso. Es en tal virtud que la Corte acoge la protección intentada desde que el acto municipal resulta arbitrario e ilegal,

lo primero *por carecer de fundamento* y lo segundo por vulnerar la ley, lo que atenta en contra *del derecho de propiedad de la actora que le asiste respecto del cargo docente de titular que le ha sido reconocido por la propia autoridad municipal* (cursivas nuestras). La recurrida es condenada en costas. Como medida de protección el tribunal ordena la restitución de sus funciones a la actora como titular según su decreto de nombramiento.

Como se advierte la carencia de fundamentación de un acto administrativo lo convierte *ipso iure* en arbitrario, carente de razonabilidad, e ilegal desde que la ley exige como requisito esencial esa fundamentación (v. gr. Ley N° 19.880, artículos 11, 16 y 44).

De todo lo expuesto se concluye muy claramente que en el ordenamiento chileno los actos administrativos que emiten las autoridades de la Administración del Estado deben ser “justificados”, y “justificar” significa probar algo con razones, y razones que han de ser coherentes tanto desde el punto de vista lógico como también desde el punto de vista fáctico y de su finalidad y de acuerdo y conforme con medios idóneos, proporcionados y que se adecúen a ese fin, que es el que el Derecho ha previsto según la Constitución, y que se ordena al bien común, o sea el bien de las personas y de toda persona, como miembro de la comunidad política, tanto en su aspecto espiritual como material, como lo dispone su artículo 1° inciso 4°.

LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, COMO FORO DE TUTELA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*

*Enrique Díaz Bravo***

SUMARIO: 1. La Contraloría General de la República; 2. Remedios de la CGR; 2.1. Remedios preventivos; 2.1.1. La Toma de Razón; 2.1.1.1. La Resolución N° 1.600/2008 de la CGR; 2.1.1.2. Formatos tipo de bases y contratos; 2.1.2. La Representación; 2.2. Remedios restitutivos; 2.2.1. Controles de reemplazo; 2.2.2. Auditorías; 2.3. Remedios mixtos. Los dictámenes; 3. Remedios de la CGR aplicados en procesos licitatorios de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios; 3.1. Remedios preventivos aplicados; 3.1.1. Control sobre la propuesta de acto a través del cual se aprueba las respectivas bases o pliegos de licitación; 3.1.1.1. Examen de requisitos formales; 3.1.1.2. Examen de requisitos de fondo; 4. Comentario final; 5. Abreviaturas; 6. Bibliografía.

1. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría General de la República ocupa un lugar fundamental dentro del sistema constitucional chileno cuando se trata de dar cumplimiento a uno de los elementos del Estado Democrático de Derecho que es el respeto, promoción y protección al principio de juridicidad, articulándose en la ingeniería constitucional como un órgano de control externo que garantiza la separación y el equilibrio de poderes.

La Constitución Política diseña a la CGR como un organismo autónomo de la Administración del Estado (art. 98), otorgándole el poder-deber de ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración; de fiscalizar el ingreso, la inversión y la administración de los fondos y bienes públicos; y de llevar la contabilidad general de la Nación, además de aquellas otras que se encuentran contenidas en su Ley Orgánica Constitucional, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General

*La versión original de este trabajo fue presentada en el Congreso Internacional de Contratación Pública de 2017, organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha, y publicado en las actas del mismo.

**Profesor de Derecho Administrativo y Contratación Pública, Universidad Santo Tomás, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Correo: enrique Diaz Br@ santotomas.cl

de la República, N° 10.336. Es en el cumplimiento de dichos mandatos que, especialmente en el ámbito de la contratación pública, ejerce una serie de controles, tanto en la verificación de la legalidad de los actos de la Administración como de la correcta inversión y utilización de los fondos y bienes públicos, encontrándose sujetos a la fiscalización de la CGR (art. 16, LOCGR) todos los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y empresas privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, y en general todos los Servicios Públicos creados por ley.

La CGR forma parte del sistema del denominado sistema de administración financiera del Estado, regulado por Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado, N° 1.263/1975, el que regula los procesos administrativos de obtención de recursos públicos y su utilización para alcanzar fines públicos, abarcando todos los procesos presupuestarios, de contabilidad y administración de los mismos. A la CGR le cabe un rol en el sistema de control financiero del Estado, donde opera como fiscalizador del cumplimiento normativo respecto de la administración de los recursos públicos, contando con un instrumento directo para alcanzar tales efectos, cuales son las auditorías, donde debe verificar la correcta recaudación, percepción e inversiones de los ingresos y entradas de los diversos servicios públicos (art. 52, D.L. N° 1.263/1975). Así mismo, la CGR velará porque todo acto que comprometa la responsabilidad fiscal, incluida la aprobación de contratos, se encuentre debidamente autorizado por la Ley de Presupuestos o, bien, por una ley especial (art. 147, LOCGR).

Ahora bien, en un sentido literal, la Constitución Política pareciera limitar las facultades de la Contraloría General a un control exclusivamente de rango legal, sin embargo, las facultades del Ente Contralor consisten verdaderamente en un control de la juridicidad de los actos de la Administración, ello en el entendido que debe examinar no solo la legalidad de dichos actos, sino que debe controlar la constitucionalidad de los mismos, es decir la sujeción integral de los actos de la Administración del Estado al ordenamiento constitucional. Este deber de verificación de juridicidad queda expresado en su propia Ley Orgánica cuando dispone que dentro de sus objetos o funciones se encuentran el pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios (art. 1). Es más, la propia Resolución N° 1.600/2008 de la Contraloría General, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, sostiene que en el ejercicio de sus potestades de control debe ejercer un control preventivo de juridicidad¹ sobre los actos de las Administración.

¹Considerando N° 5, Resolución N° 1.600/2008, Contraloría General de la República.

Nos encontramos entonces con un órgano constitucional que tiene como objeto central la verificación del principio de juridicidad en el ordenamiento constitucional respecto de los actos de la Administración del Estado, lo que se expresa en sus diversas facultades de control, como se verá a continuación.

2. REMEDIOS DE LA CGR

La Contraloría General ejerce el control de juridicidad de los actos de la Administración, y para ello puede intervenir en toda actuación de la Administración con el objeto de verificar que dichos actos se lleven a cabo dentro de las competencias y de acuerdo con la forma que prescribe la ley, además de verificar la sujeción a las normas constitucionales y legales. Así, se encuentra facultada para intervenir en diversas instancias de un procedimiento administrativo, respecto de los procedimientos de contratación pública la CGR interviene, desde la perspectiva de las etapas procedimentales de una licitación pública, en la fase que se denominará como jurídico-técnico.

La CGR cuenta con diversos instrumentos o remedios para el ejercicio de sus potestades de control, los que se pueden ordenar atendido el momento en que el Ente de Control los ejerce respecto del acto, en *remedios preventivos*, en *remedios restitutivos de legalidad*, y en una tercera categoría a la que se denominará *remedios mixtos*.

Las medidas o remedios del tipo preventivo de juridicidad son aquellos que tienen por objeto proteger al ordenamiento jurídico ciertos actos contrarios a Derecho, los que pudieran provocar daño en el patrimonio público o a los derechos fundamentales de las personas, impidiendo que dichos actos nazcan a la vida del Derecho.

Por su parte, los remedios restitutivos de juridicidad son aquellos que tienen por objeto verificar que ciertos actos que han nacido a la vida del Derecho, que ya forman parte del ordenamiento jurídico, hayan sido dictados conforme a Derecho y que su aplicación se enmarque en el ordenamiento jurídico.

Y, en tercer lugar, los remedios mixtos de juridicidad son aquellos que se manifiestan a través de la potestad dictaminante de la CGR, que puede ser ejercitada preventivamente a través del sistema del precedente administrativo, o bien represivamente a través del examen de juridicidad respecto de la aplicación de una norma en un caso concreto.

Estas herramientas o remedios de control de la CGR encuentran su límite, principalmente en dos materias, por una parte, ante la imposibilidad de *evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas* (art. 21, B. LOCGR), ello resulta del principio de separación de poderes y funciones, donde la Administración del

Estado tiene la potestad exclusiva y excluyente, de disponer respecto del mérito o conveniencia política de una decisión, y respecto del mérito o conveniencia administrativa de su actuación. Ello se manifiesta, además, dentro del sistema de control financiero del Estado, cuando dispone el D.L. N° 1.263/1975 que únicamente corresponde al Poder Ejecutivo la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y metas de los servicios públicos. Y, por otra parte, no puede la CGR pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, toda vez que ello se encuentra entregado constitucionalmente al Tribunal Constitucional (art. 93), es decir la CGR debe realizar el contraste normativo respecto de toda norma que se encuentre vigente en el ordenamiento jurídico sin más, todo otro pronunciamiento se realizaría en exceso de sus facultades constitucionales y legales.

2.1. REMEDIOS PREVENTIVOS

2.1.1. La Toma de Razón

La Toma de Razón consiste en aquel trámite de verificación de la juridicidad de un decreto supremo o de una resolución de un Jefe Superior de Servicio, que por disposición legal se encuentra sujeto a control preventivo por parte de la Contraloría General de la República, cuyos efectos consisten en integrar las decisiones de la autoridad administrativa al ordenamiento jurídico como actos administrativos, y consecuentemente a ello provocarán todos sus efectos, y especialmente, gozarán de los atributos de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad², una vez hayan sido *debidamente notificados o publicados*.

Como se ha indicado anteriormente, el examen que realiza la CGR consiste en un examen de juridicidad, en el que se debe verificar la correspondencia de la voluntad de la Administración del Estado, manifestada en un decreto o resolución, tanto en sus aspectos de fondo o sustantivos respecto de las normas y principios constitucionales y legales que constituyen el Estado Democrático de Derecho, como la correspondencia en sus aspectos formales respecto del cumplimiento de las formas y procedimientos prescritos por la ley, tanto para la dictación del acto como de la competencia de la autoridad de la que el acto emana. Este examen de correspondencia entre la voluntad de la Administración y el Derecho ha sido calificado por la propia CGR como “esencial para la preservación del Estado de Derecho y el resguardo del patrimonio público, desde el momento en que evita que lleguen a producir sus efectos actos que lesionen derechos fundamentales de las personas, o actos irregulares de la Administración que comprometan recursos públicos”³, es decir el proyecto

²En virtud de lo dispuesto en la LBPA, en el inc. final del artículo 3°.

³Considerando tercero Res. N° 1.600/2008 CGR.

de acto administrativo no nacerá a la vida del derecho, y por tanto no producirá ninguno de sus efectos⁴.

El principal efecto de la toma de razón es que, al dictaminarse sobre un acto, este se transforma, como se ha dicho, en un acto administrativo, y la toma de razón le otorga presunción de legalidad, y dicha presunción provoca que sean obligatorios, tanto para la Administración como para los particulares, y que deban cumplirse obligatoriamente, aun cuando se considere que son contrarios a Derecho, ello bajo la regla de *solve et repete*.

Por tanto, la toma de razón no limita la potestad revisora de la CGR, sino que más bien abre una nueva oportunidad de revisión a través de las fiscalizaciones, de modo que el ordenamiento jurídico se protege generando un remedio preventivo de juridicidad, la toma de razón, y como se verá, remedios restitutivos de la juridicidad, a través de la potestad fiscalizadora por medio de las auditorías, y remedios mixtos de juridicidad por medio de la potestad dictaminante, a través de los dictámenes.

Sin perjuicio de la obligatoriedad del control preventivo de juridicidad de los actos indicados, por razones de fuerza mayor, *a causa de terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias, y/o de eficiencia y eficacia en la administración*, a efectos que toda dilación en la aplicación inmediata de un acto administrativo implique, el Contralor General podrá, fundadamente, autorizar que decretos o resoluciones comiencen a surtir sus efectos inmediatamente una vez dictados y antes de su toma de razón, todo con la limitación que ellos no afecten los derechos esenciales de las personas (art. 10, inc. 7°. LOCGR).

Del mismo modo, otro efecto que se produce es el desasimiento de la CGR respecto de los actos tomados de razón, o incluso de aquellos que han sido representados, por lo que no podrá volver a revisar su decisión, careciendo de facultades de revocarlo o modificarlo, ello en virtud, como ha sostenido Bermúdez⁵, de la *coherencia administrativa*.

2.1.1.1. La Resolución N° 1.600/2008 de la CGR

En materia de control de los actos administrativos, la regla general es que dichos actos sean sometidos al control preventivo de juridicidad o toma

⁴Esta última afirmación no ha estado lejos de la polémica en la doctrina jurídica nacional, así algunos sostienen, a los que me sumo, que el trámite de toma de razón es un elemento esencial del propio acto administrativo, es decir sin dicho trámite no ingresa al mundo del Derecho; mientras que para otros el trámite de toma de razón confiere eficacia a un acto administrativo. Véase por los primeros Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Chile: Thomson Reuters, 2012), 786. Por los segundos Luis Cordero Vega, "La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias", *Revista de Derecho Público* II, N° 69 (2007): 159 y siguientes.

⁵Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General* (Santiago, Chile: Legal Publishing, 2014).

de razón, a menos que el propio Contralor General de la República, o bien el legislador en su caso, puedan librar a un determinado acto de dicho trámite.

Así las cosas, no todos los decretos y resoluciones se encuentran necesariamente sometidos a control preventivo de juridicidad, debido a que, tal como lo explica la CGR en la Res. N° 1600/2008, el Ente Contralor debe concentrar sus esfuerzos en aquellos actos, decretos y resoluciones, que se consideren *esenciales* en y para el ordenamiento jurídico, de modo que el alto volumen de actos administrativos que se producen día a día obliga a efectuar una rigurosa selección de aquellos actos considerados como esenciales, los que son desarrollados en la mencionada resolución, la que dicta el Contralor haciendo uso de sus facultades para eximir de control preventivo a ciertos actos de la Administración.

Fue a través de la Ley N° 14.832/1962, que reformó la LOCGR, que se le confirió al Contralor General, la facultad de eximir del trámite de toma de razón a ciertos decretos supremos o resoluciones que no considere esenciales (actual art. 10, inc. 5°, LOCGR) estableciéndose como condiciones para el ejercicio de la facultad lo siguiente: “La resolución del Contralor deberá ser fundada y en ella se fijarán las modalidades por las cuales se fiscalice la legalidad de dichos decretos o resoluciones y, además, deberá dar cuenta a la Cámara de Diputados, cada vez que haga uso de esta facultad...”.

Así, y en virtud de los principios de eficacia y eficiencia, contenidos, principalmente, en el art. 3° de la LOBGAE, que los fija como principios de la Administración; en el art. 9° LBPA, principio de economía procedimental; y en el art. 13 del mismo cuerpo normativo, principio de no formalización, es que la Contraloría, como parte integrante de la Administración del Estado, debe adaptar sus procedimientos para alcanzar dichos principios, y es así como a partir de la modificación anotada en el párrafo anterior, es que la CGR actualiza permanentemente los actos administrativos que serán sujetos al control de toma de razón.

De este modo, la Res. N° 1.600/2008 de la CGR, en su art. 9°, establece que los actos que versen respecto de materias sobre personal, sobre materias financieras y económicas, sobre contrataciones, y sobre otras materias denominadas atribuciones generales, así como reglas especiales para las empresas públicas, se encontrarán exentas del trámite de toma de razón, fijándose como excepción la verificación del control preventivo de juridicidad en aquellas materias que el Ente de Control considera como esenciales, las que son determinadas en la Resolución citada, por vía de excepción. Así, los actos que sí se encuentran sometidos al control preventivo de juridicidad, son los siguientes:

A. *Respecto de Bienes*: 1. Aquellos actos relativos a contratos realizados bajo la modalidad de trato directo o licitación privada, con una cuantía

superior a 2.500 UTM, y que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles y para la adquisición o suministro de bienes muebles, de créditos, instrumentos financieros y valores mobiliarios, y, en su caso, aquellos contratos realizados bajo modalidad de contratación pública con una cuantía superior a 5.000 UTM⁶; 2. Los contratos para la adquisición de acciones u otros títulos de participación en sociedades; 3. La aceptación de donaciones modales que excedan de 5.000 UTM; 4. Los contratos para la enajenación de inmuebles con cuantía superior a 2.500 UTM, realizados bajo modalidad de trato directo o licitación privada y, en su caso, aquellos realizados bajo modalidad de licitación pública si su cuantía excede de 5.000 UTM; 5. Los contratos para la transferencia gratuita de inmuebles cuyo avalúo fiscal exceda de 2.000 UTM; 6. Los contratos con una cuantía superior a 2.500 UTM para la enajenación, bajo modalidad de trato directo o licitación privada, de créditos, instrumentos financieros, valores mobiliarios, acciones u otros títulos de participación en sociedades, y, en su caso, aquellos realizados bajo modalidad de licitación pública si su cuantía excede de 5.000 UTM.

- B. *Respecto de Servicios*: 1. Los convenios de prestación de servicios entre entidades públicas, cuyo monto total exceda de 5.000 UTM; 2. Los convenios cuya cuantía total exceda las 2.500 UTM, para la ejecución de acciones relacionadas con los fines del Servicio, de acciones de apoyo, y otros de prestación de servicios celebrados por trato directo o licitación privada y, en su caso, aquellos realizados bajo licitación pública si su cuantía total excede de 5.000 UTM⁷.
- C. *Respecto de Obras Públicas*: 1. Las adquisiciones cuya cuantía exceda las 5.000 UTM, para la ejecución de obras públicas bajo modalidad de trato directo o licitación privada y, en su caso, aquellos realizados bajo licitación pública si su cuantía excede las 10.000 UTM; 2. La ejecución de obras públicas o su contratación, incluida la reparación de inmuebles, cuya cuantía exceda las 5.000 UTM, bajo modalidad de adjudicación directa o por propuesta privada, y la ejecución de obras públicas o su contratación, incluida la reparación de inmuebles y el sistema de concesiones, bajo modalidad de propuesta pública, cuya cuantía exceda de 10.000 UTM; 3. Las siguientes medidas que se refieran a estas ejecuciones o contrataciones de obras: pago de indemnizaciones y gastos generales; devolución de retenciones; tér-

⁶Quedando exentas las siguientes materias: a) Las adquisiciones o suministros efectuados en ejecución de un convenio marco suscrito por la Dirección de Compras y Contratación Pública; y b) Las que se efectúen por las Fuerzas Armadas para fines de seguridad nacional.

⁷Quedando exentos los celebrados en ejecución de un convenio marco suscrito por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

mino anticipado del contrato y su liquidación final; compensaciones de saldos de distintos contratos de un mismo contratista y traspaso de contratos; 4. Los proyectos y estudios que estén directamente relacionados con la ejecución de una obra específica, cuya cuantía exceda de 2.500 UTM, contratados bajo modalidad de trato directo o por propuesta privada y, en su caso, aquellos realizados bajo modalidad de licitación pública si su cuantía excede de 5.000 UTM; y 5. Las que digan relación con sanciones a contratistas y consultores.

- D. *Respecto de otras contrataciones*: 1. Los convenios de traspaso de servicios, o para la administración de establecimientos o de bienes; 2. Los convenios de encomendamiento de funciones entre servicios públicos. Los convenios mandato, cuando la ejecución del mismo⁸; 3. Los contratos especiales de operación petrolera; y 4. Las transacciones extrajudiciales cuya cuantía exceda de 1.000 UTM⁹.

Los montos establecidos responden a ciertos parámetros o umbrales que la CGR ha entendido como razonables para proceder al control preventivo. Del mismo modo, en aquellos casos en que la cuantía de un convenio sea indeterminada, se fija la regla (art. 5º) que el gasto será aquel estimado por el respectivo Servicio de la Administración, cuantía que siempre deberá responder a parámetros objetivos, los que deberán encontrarse disponibles para el análisis de la CGR cuando esta lo estime. Dicha disposición de la Res. N° 1.600/2008 resulta de toda importancia en materia de contratación regulada bajo la Ley N° 19.886, ya que en su Reglamento N° 250/2004, se dispone que en los procesos licitatorios de alta complejidad técnica y en aquellos superiores a 5.000 UTM, el poder adjudicador o entidad licitante debe obtener y analizar información referida, entre otros, a los precios y costos asociados, con anterioridad a la elaboración de los pliegos o bases de licitación, lo que obliga a la Administración a contar con un sustento técnico respecto a la determinación de la cuantía de una licitación, limitando así la discrecionalidad administrativa, y evitando que se pretenda eludir el control preventivo, por ejemplo fijando un monto inferior a los umbrales fijados por la CGR¹⁰.

En consonancia con lo anterior, aun cuando con un alcance mayor, los actos sujetos al trámite de toma de razón deben ser remitidos junto a todos aquellos antecedentes que han servido de fundamento a la Administración

⁸Quedarán exentos los convenios mandato, cuando la ejecución del mismo importe la emisión de actos administrativos afectos a toma de razón.

⁹Quedarán exentas las transacciones acordadas conforme al procedimiento de mediación previsto en el Párrafo II del Título III de la Ley N° 19.966, cuya cuantía no exceda de 2.000 UTM.

¹⁰Véase dictamen N° 90.716/2015 CGR.

para adoptar dicha decisión (art. 6º, inc. 1º)¹¹, en caso contrario la CGR deberá abstenerse de dar curso al procedimiento de toma de razón, representando el acto sometido a su conocimiento¹².

Cuando se ha señalado que la norma anterior tiene un alcance mayor, se entiende que ello se da en el contexto de conocer los fundamentos de un decreto o resolución de la Administración que pretende obtener la calidad de visado respecto de su juridicidad, pero además, con el objetivo de otorgar coherencia, unidad y seguridad a los operadores jurídicos y a los ciudadanos, de modo que puedan conocer las decisiones de la Administración y todos los antecedentes de que se vale para decidir en una u otra dirección. Es así como también, y en relación con los contratos públicos, la Res. N° 1.600/2008 fija en su artículo 6º, incisos segundo y final, dos condiciones específicas que, aun cuando parecieran ser meramente formales y que su omisión pudiera ser dada por buena atendidos los principios de eficiencia y eficacia del procedimiento administrativo de contratación pública, la CGR expresamente ha exigido su cumplimiento como un requisito que se ha elevado a la categoría de esencial, y consisten en: 1. Los convenios o contratos con personas naturales, bajo la modalidad de honorarios, deberán transcribirse en el decreto o resolución que los apruebe; y 2. Las bases administrativas de un concurso deberán ser transcritas íntegramente en el cuerpo del decreto o resolución que las aprueben.

Finalmente, la existencia de actos que no se encuentran sometidos al control de juridicidad preventivo, por decisión de la propia CGR, no sustrae a dichos actos ni obsta el control del Ente Contralor, es más, en los controles de reemplazo, en lo referido a remedios restitutivos de juridicidad, como se verá, es la propia CGR la que fija ciertas condiciones y/u obligaciones para la Administración respecto de los actos no sujetos al control preventivo, de modo de facilitar los controles restitutivos, especialmente los controles de reemplazo.

2.1.1.2. Formatos tipo de bases y contratos

Como regla general, en lo referido al acto que contenga la aprobación de bases administrativas, la Res. N° 1.600/2008 establece que se debe tomar razón de ellas y de todo acto que las modifique, siempre que, a su vez, se refieran a contratos que se encuentran sometidos al trámite de toma de razón. La CGR adoptó en este punto una importante innovación (art. 9.5.), para dar eficacia al ordenamiento administrativo en materias

¹¹No deberán remitirse materialmente los antecedentes respecto de los cuales se pueda acceder a través de los sistemas electrónicos institucionales.

¹²Véase dictamen N° 75.253/2016 CGR.

de contratación pública, al establecer un sistema de exención del control preventivo de juridicidad respecto de la utilización de formatos tipo de bases administrativas, los que deben ser previamente aprobados por la CGR, y cuya utilización por parte de la Administración permite que únicamente se tome razón de la resolución de adjudicación de la licitación respectiva.

En el mismo sentido, la Resolución indicada en el párrafo anterior, establece que los actos, decretos y resoluciones, aprobatorios de los contratos de las materias que se indican a continuación, y que, cumplan con ciertas condiciones, 1. que provengan de un procedimiento de licitación pública y, 2. que dicho procedimiento se haya ajustado a un formato tipo de bases administrativas, previamente aprobado por la CGR, no serán objeto de control preventivo, es decir se encontrarán exentos del trámite de toma de razón, y únicamente se someterá a toma de razón el acto de adjudicación¹³.

Así las cosas, cuando la Administración utiliza formatos tipos de bases y/o contratos imprime un sello de juridicidad a dichos actos, por lo aquella que se encuentra liberada de concurrir al trámite de toma de razón, lo que reduce considerablemente los plazos de tramitación de los procedimientos licitatorios, manteniéndose sometido a control el acto más importante del procedimiento concursal, la adjudicación. De esta manera, se reserva la CGR la potestad de revisión de juridicidad de dicho acto, con el objeto de resguardar el ordenamiento jurídico, el patrimonio fiscal, disuadiendo los intentos, o al menos intentando hacerlo, de arbitrariedad o ilegalidad en el acto de adjudicación de una licitación, sin restar celeridad al procedimiento concursal, ya que el contrato, al igual que las bases, se encuentra exento de control preventivo.

2.1.2. *La Representación*

La representación consiste en la verificación por parte de la CGR de falta de conformidad de un decreto o resolución a Derecho, es decir que dicha manifestación de voluntad de la Administración del Estado no se sujeta integralmente al principio de juridicidad, ya sea por contravenir normas constitucionales o legales (art. 10 LOCGR), por lo que dicho acto no ingresará a formar parte del ordenamiento jurídico.

La distinción entre contravención de normas constitucionales o legales anotadas en el párrafo anterior es importante, atendido que la Administración puede adoptar diferentes actitudes frente a la representación de un acto realizado por la CGR. A saber: 1. puede allanarse a la decisión de representación, por lo que dicho acto no nacerá a la vida del Derecho; 2. En caso de que el vicio representado sea de legalidad el Presidente de la República, en su calidad de jefe de la Administración,

¹³Para las reglas especiales remítase al Párrafo 6 del Título III de la Res. N° 1.600/2008 CGR.

tiene la facultad privativa de forzar a la CGR para que tome razón de un decreto o resolución que ha sido representado. Ello se realiza a través del denominado decreto de insistencia, previsto constitucionalmente (art. 90 CPR), a través del cual el Contralor General de la República deberá cursar un acto previamente representado, cuando el Presidente de la República, junto a la firma de todos sus ministros de Estado, insista en que dicho acto o resolución deba ser tenido por conforme con el ordenamiento jurídico.

Respecto de lo anterior, la regulación constitucional del decreto de insistencia prevé: a). Un mecanismo de control posterior, esta vez de carácter político, ya que el Contralor debe remitir todos los antecedentes a la Cámara de Diputados para que esta ejerza sus facultades de control y fiscalización de los actos del gobierno (art. 52 CPR y Art. 10 LOCGR); b). Una limitación de especie presupuestaria, ya que no procederá el decreto de insistencia respecto de decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución, debiendo igualmente remitir los antecedentes a la Cámara Baja; y. 3°. Una limitación respecto de ciertos actos tales como decretos con fuerza de ley, decretos promulgatorios de una ley o reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o de todo decreto o resolución contraria a la Constitución. En este tercer tipo de limitación el Presidente de la República carece, como se ha dicho, de la facultad de forzar a la CGR a través de un decreto de insistencia, pero cuenta con la posibilidad de poder someter la controversia ante el Tribunal Constitucional.

Entonces, en su principal función de controlar la juridicidad de los actos de la Administración Pública, el Contralor General debe verificar la sumisión a Derecho de todos aquellos actos que el ordenamiento jurídico pone en la esfera de sus atribuciones, tales como decretos y resoluciones, ya sea aprobándolos, mediante el denominado trámite de Toma de Razón, cuando en el examen de juridicidad se contraste la sujeción a Derecho; o bien rechazándolos cuando se verifique la falta de sumisión a Derecho, a través de la denominada representación de los actos de la Administración del Estado.

2.2. REMEDIOS RESTITUTIVOS

Como se ha indicado, no todos los actos de la Administración se encuentran sujetos al control preventivo de juridicidad o toma de razón, de acuerdo a lo previsto por la Resolución N° 1.600/2008 de la CGR, lo que no implica bajo ningún modo que aquellos actos administrativos exentos de dicho control preventivo queden abstraídos del control de juridicidad del Ente Contralor. Es así como la CGR ejerce sus atribuciones, respecto de aquellos actos administrativos que ya forman parte del ordenamiento jurídico, mediante los denominados controles de reemplazo y las auditorías.

2.2.1. Controles de reemplazo

Los controles de reemplazo son aquellos que se efectúan con el objeto de examinar la juridicidad de aquellos decretos y resoluciones exentos de control preventivo de toma de razón, y, además, con el objeto de hacer efectivas las responsabilidades administrativas que procedieren, todo lo que se realizará en *forma selectiva y rigurosa* de acuerdo con los principios de eficiencia y eficacia que guían el actuar de la Administración.

La potestad de control respecto de los controles de reemplazo, importan una serie de obligaciones para la Administración, las que se encuentran en el Título VI de la Resolución N° 1.600/2008 de la CGR, debido a que, al encontrarse sustraídos ciertos actos del control preventivo de juridicidad, haciendo más expedito el procedimiento administrativo, la CGR ha estimado que debe la Administración cumplir con un mínimo de trámites que no obstan a la eficiencia del procedimiento.

Así la Administración debe cumplir con las siguientes obligaciones y/o condiciones mínimas respecto de los actos exentos del trámite de toma de razón, las que facilitarán los controles restitutivos de legalidad: 1. Numeración correlativa especial y distinta de las resoluciones afectas, y deben ser identificadas, precedentemente a la numeración, con la palabra "Exenta"; y 2. Dichos decretos o resoluciones deberán ser archivados separadamente de los actos afectos, y deberán además guardarse con todos sus antecedentes. Adicionalmente y entre otras materias, en lo que respecta a la contratación de personas naturales bajo la modalidad de honorarios, ciertos decretos y resoluciones de la Administración que se encuentran exentos del trámite de toma de razón, deberán ser remitidos, en original, dentro del plazo de 15 días a la CGR, para su conocimiento y eventual control de juridicidad, cuando ellos se encuentren en las siguientes circunstancias: a) Que se paguen por mensualidades, por un monto mensual e inferior a setenta y cinco Unidades Tributarias Mensuales; b) Contratos a suma alzada o cualquier otra modalidad de pago, por un monto igual o inferior a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales; y c) Las renovaciones de contratos a honorarios asimilados a grados que cumplan las condiciones indicadas precedentemente.

La remisión obligatoria del decreto o resolución exento de control preventivo a la CGR no obsta a su ejecución inmediata, para lo cual podrán utilizarse copias de los mismos, sin afectar, por tanto, la eficacia en la puesta en marcha de dichos actos ni del procedimiento administrativo a que se refiere.

2.2.2. Auditorías

Otra herramienta de remedio con que cuenta la CGR son las auditorías, las que le otorgan la potestad (art. 21, A. LOCGR) de velar por el cumpli-

miento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y de la probidad administrativa.

Dichas facultades de control se ejercen a través de la evaluación del control interno de los servicios y entidades; de la fiscalización de la aplicación de las normas relativas a la administración financiera del Estado, especialmente respecto de aquellas referidas a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; del examen de las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros y de la comprobación de veracidad de la documentación que la sustente; y, mediante la verificación del cumplimiento de la normativa estatutaria de los funcionarios públicos.

Las auditorías son un mecanismo que, además, permite una doble verificación de juridicidad de los actos administrativos, incluso en aquellos casos que en un acto administrativo habiendo sido tomado de razón por la CGR tuviera, igualmente, vicios de juridicidad, ya que tal como ha señalado el Ente Contralor en su dictamen N° 7.091/1967, "...si Contraloría en uso de funciones fiscalizadoras que le competen para vigilar cumplimiento de normas... comprueba que un acto administrativo, del cual ya había tomado razón, no se encontraba ajustado a Derecho, puede dirigirse a la autoridad que lo dictó, para que ella a su vez, en uso de sus atribuciones privativas, adopte la decisión de dejar sin efecto la resolución ya tramitada".

Son entonces las auditorías el mecanismo a través del cual la CGR ejerce sus facultades de control como remedios restitutivos de la juridicidad por medio de la fiscalización y examen de los actos administrativos de los organismos públicos sujetos a su control, con el objeto de resguardar el patrimonio público, con especial énfasis en la ejecución de dichos recursos escasos, agregando además una importante perspectiva de análisis, cual es la perspectiva técnica.

2.3. REMEDIOS MIXTOS. LOS DICTÁMENES

La CGR se encuentra dotada de la potestad dictaminante, la que consiste en la facultad de interpretar el ordenamiento jurídico administrativo, ello configura un sistema basado en el precedente administrativo, el que entrega, con carácter general, una orientación uniforme y obligatoria del ordenamiento jurídico¹⁴. Dicha potestad se expresa a través de los Dictámenes, los que consisten en remedios de juridicidad de tipo mixto, ya que son ejercidos preventivamente a través del sistema del precedente administrativo, orientando a la administración, y a la ciudadanía, sobre cómo se debe interpretar una norma determinada permitiendo la previsibilidad sobre el alcance de una disposición normativa en situaciones que pueden calificarse como equivalentes. Y también, los dictámenes, pueden

¹⁴Al respecto véase el dictamen N° 61.817/2006, el que en el número I desarrolla las competencias de la CGR.

ser ejercidos represivamente, cuando la CGR examina que la aplicación de una norma a un caso concreto ha sido efectuada en conformidad al ordenamiento jurídico administrativo.

Ahora bien, los dictámenes son aquellos pronunciamientos que realiza la CGR a petición de parte, tanto de particulares como de jefaturas de servicio u otras autoridades (art. 5° LOCGR), sobre las materias sometidas a su conocimiento, a través de los cuales la CGR interpreta las normas, *esto es determina, precisa, establece, el sentido y alcance de preceptos legales o reglamentarios para ser aplicado “por” la Administración o “a” ella*¹⁵, y estos pronunciamientos vienen a constituir la denominada jurisprudencia administrativa (art. 6° LOCGR, inciso final). Estos pronunciamientos de la CGR son de carácter vinculatorio tanto para el caso específico como para casos similares, dirigiéndose a la Administración del Estado como normas de obligado cumplimiento (arts. 9° inciso final y 19, LOCGR), es en este sentido que la CGR ha sostenido que “...la sujeción a los pronunciamientos de esta Contraloría General resulta obligatoria para la Administración tanto para el caso concreto a que se refirieron como también en todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen, extendiéndose el efecto de los mismos a todos los casos análogos a los que resuelven”¹⁶.

Es así como se manifiesta la potestad dictaminante de la CGR, por medio de la que crea la doctrina administrativa constituida por los pronunciamientos emitidos por la CGR, los que con base en un sistema de precedentes de obligado cumplimiento permiten, por una parte, dar mayor certeza al Derecho, por medio de la interpretación de las normas jurídicas, como se sabe generales y abstractas, a casos determinados y concretos, proveyendo soluciones específicas, pero también orientando, tanto a la Administración para la aplicación de las normas en casos futuros, lo que, a su vez contribuye a que la Administración ejerza sus funciones en forma más eficaz y más efectiva, como al propio ciudadano, el que tendrá mayores herramientas para interactuar con la Administración, teniendo mayor seguridad jurídica a la hora de relacionarse con ella, ya que como sostiene Ortiz Díaz el precedente administrativo “implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a la misma y generadora de derechos e intereses para los particulares”^{17, 18}.

¹⁵Eduardo Soto Kloss, “Acerca de los dictámenes de la Contraloría: un error supremo es un supremo error (Municipalidad de Valparaíso con Contraloría General de la República, Corte Suprema, Sentencia de Protección, 2 de enero de 2014, Rol 7210-2013)”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 6 (2015): 288.

¹⁶Dictamen N° 62.378/2009 CGR.

¹⁷José Ortiz Díaz, “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 24 (1957): 80.

¹⁸El precedente administrativo se debe diferenciar de las prácticas administrativa, no solo por su fuerza obligatoria, sino que, además, porque estas últimas “no se relacionan con la

Importante es resaltar que los particulares mediante los requerimientos al Ente Contralor han provocado que este se transforme en una especie de instancia adicional de impugnación de las decisiones de la Administración, al accionar contra esta mediante una vía indirecta buscando la invalidación de un determinado acto administrativo. Aun cuando la CGR no puede disponer la invalidación de un acto administrativo, atendido que dicha potestad se encuentra reservada a la Administración de acuerdo con lo previsto en el art. 53 de la LBPA¹⁹, puede, sin embargo, ordenarle a la Administración, por medio de su potestad dictaminante, que invalide un acto si es contrario a Derecho, pero, como se ha sostenido, no puede realizarlo por sí²⁰.

Sobre lo anterior, encontramos una primera limitación que tiene la CGR respecto de la Administración, ya que la facultad para ordenar a aquella la invalidación de un acto determinado se encuentra limitada por el plazo de dos años, contados desde la notificación o publicación del acto, que tiene la Administración para invalidar los actos contrarios a Derecho (arts. 13 y 53 LBPA), esto en atención a la protección de los derechos de terceros y, además, por el principio de seguridad jurídica.

Otra limitación, y más bien la primera y principal, para la emisión de dictámenes por la CGR es la prohibición de intervenir en materias o asuntos de carácter litigioso (inciso 3º, art. 6º LOCGR), ni tampoco podrá informar respecto de aquellos asuntos que se encuentren sometidos a conocimiento de los tribunales de justicia, ya sea que exista un juicio pendiente o que se haya dictado sentencia. Todo ello en el entendido de la posición y rol constitucional de la CGR, de modo de no intervenir ni interferir en materias propias del Poder Judicial²¹.

Así, los dictámenes resultan de la interpretación que la CGR realiza del ordenamiento jurídico, interpretación que pasa a formar parte de la jurisprudencia administrativa, que como se ha visto, es de cumplimiento obligatorio para la Administración del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, ello no garantiza que la interpretación administrativa realizada por la CGR sea justa, conforme a Derecho, o bien que, en virtud de la realidad, o bien de las particularidades de un caso determinado, no corresponda aplicar un precedente administrativo, de modo que para la propia garantía del

interpretación o elección de los criterios sustantivos que conducen a la resolución directa de casos”, como sostiene Silvia Díez Sastre, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. (Madrid: Marcial Pons, 2008), 36.

¹⁹Dictamen N° 76.198/2016 CGR.

²⁰Dictamen N° 47.645/2016 CGR.

²¹Dicha limitación no obsta que la CGR pueda ejercer sus facultades sobre las materias de su competencia, aun cuando exista un asunto litigioso sobre una materia principal, tales como el *ejercicio de las facultades de inspección y de auditoría, a fin de verificar eventuales infracciones funcionarias que pudiesen dar lugar a responsabilidad administrativa*. Véase dictamen N° 13.131/2003 CGR.

principio de igualdad debe ser recurrible la interpretación que la CGR realice de un caso particular, pudiendo, entonces, recurrirse la regla del precedente.

En virtud de lo anterior, todo particular afectado por un dictamen tiene la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia para buscar la impugnación de la decisión de la CGR. El particular agraviado por el dictamen podrá recurrir a distintas herramientas jurisdiccionales en su pretensión de obtener la impugnación de la decisión de la CGR. Una de las herramientas con que cuenta el particular es el Recurso de Protección, herramienta de amparo y protección de ciertos derechos y garantías constitucionales, la que se encuentra prevista en el art. 20 de la CPR.

3. REMEDIOS DE LA CGR APLICADOS EN PROCESOS LICITATORIOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Como ya se ha examinado, el principal rol de la CGR en el ordenamiento constitucional es el de verificar la juridicidad de ciertos actos de la Administración del Estado, y ello lo realiza en diferentes momentos de la fase jurídico-técnica de una contratación pública, y para ello el Ente de Control cuenta con diferentes mecanismos o remedios de juridicidad.

A continuación se analizarán los diferentes remedios aplicados con los que cuenta la CGR para controlar la juridicidad de los actos de la Administración durante procedimientos de licitación pública objeto de este estudio²², de acuerdo con el momento de efectuarse el control, ya sean remedios preventivos o restitutivos de juridicidad, en el presente trabajo trataremos respecto de los remedios preventivos aplicados por la CGR.

3.1. REMEDIOS PREVENTIVOS APLICADOS

Dentro de la fase jurídico-técnica corresponde, por mandato constitucional, a la CGR controlar a la Administración, verificando, por mandato legal y reglamentario, la juridicidad de aquellos actos que considera esenciales. Así, y de acuerdo con lo disposición en la Ley N° 19.886, artículo 6°, la Administración debe establecer en las bases de licitación *las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros*²³, y dichas condiciones, tanto administrativas como

²²Procedimientos licitatorios regulados por la Ley N° 19.886.

²³Lo que luego es reproducido en el inciso primero del art. 20 del Reglamento.

técnicas, deben estar contenidas en un acto administrativo aprobado por la autoridad administrativa correspondiente²⁴.

Es en este contexto normativo que la CGR debe efectuar el control preventivo dentro de los procesos licitatorios, lo que se cumple en dos etapas o momentos del procedimiento de contratación, el primero por medio del control de la propuesta de acto a través del cual se aprueban las respectivas bases o pliegos de licitación; y un segundo momento, respecto del control que se ejerce sobre el proyecto de acto que aprueba la adjudicación o que contiene el contrato, según se verá.

Un elemento que facilita el proceso de control por parte de la CGR, es la existencia de formatos tipo o pre-aprobados de bases de licitación, los que permiten realizar un control preventivo altamente eficaz por parte de la CGR, al fijar un texto ajustado a Derecho que permite, por una parte, acelerar los procesos de contratación haciendo que su procedimiento administrativo sea más eficiente y eficaz; y por otra, que los particulares conozcan anticipadamente el marco normativo general aplicable a los concursos de un tipo determinado de bien o servicio. Esto, por otra parte, tiene como ventaja la adaptabilidad y versatilidad técnica de las bases tipo, ya que cada entidad licitante o poder adjudicador fija los aspectos técnicos de su requerimiento y necesidades, no debiendo comprometer recursos humanos en los aspectos administrativo de elaboración del concurso, atendido que las condiciones administrativas, como plazos, cuantía, garantías, entre otras, ya se encuentran contenidas en las bases tipo.

Como contrapartida la entidad licitante pierde cierta autonomía al momento de la utilización del formato de base tipo, atendido que debe ceñirse estrictamente a su contenido pre-aprobado por la CGR, y en el evento de estimar necesaria una modificación del contenido del documento tipo deberá solicitar su modificación, ya sea emitiendo una nueva resolución que sea similar a la de las bases tipo, la que atendida la cuantía de la licitación pudiera ser objeto de control preventivo de juridicidad por la CGR, duplicándose el tiempo y los recursos invertidos, perdiéndose el objetivo principal de imprimir mayor eficiencia y eficacia al procedimiento administrativo concursal. Finalmente, el único acto que es controlado por la CGR en el caso de bases tipo que contengan el contrato, es el acto o resolución que adjudica la Resolución.

Así, el examen de juridicidad que realiza la CGR dice relación con el cumplimiento de ciertos requisitos formales y de fondo dirigidos a la Administración del Estado, esto en los dos momentos principales del procedimiento licitatorio, la aprobación de las bases de licitación, y la aprobación del contrato. Una notable diferencia que se debe tener en cuenta al momento de efectuar el control o verificación de la juridicidad

²⁴Ello de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19 del Reglamento N° 250/2004.

respecto de la resolución que aprueba las bases y la resolución que adjudica y aprueba el contrato, es respecto del catálogo normativo que se debe aplicar para la verificación de la legalidad en el segundo tipo de resolución, ya que en dicho catálogo se debe incluir el cuerpo normativo de primera y principal aplicación para el procedimiento concursal, las Bases de Licitación, las que previamente cuentan con la aprobación de la CGR, dotando así al proceso de una completa certificación de juridicidad, lo que permite la materialización de los principios constitucionales de igualdad y de juridicidad.

3.1.1. *Control sobre la propuesta de acto a través del cual se aprueban las respectivas bases o pliegos de licitación*

El control preventivo de juridicidad que realiza la CGR en esta etapa puede ser analizado desde el punto de vista del control o examen de cumplimiento de los requisitos formales y desde el control o examen de los requisitos de fondo.

3.1.1.1. Examen de requisitos formales

Respecto de los requisitos formales, algunos de ellos han sido considerados como requisitos esenciales y mínimos de forma, es decir que sin su cumplimiento no se verifica la sujeción a Derecho del acto, por lo que cabe su representación, mientras tanto que, otros requisitos formales son considerados de menor cuantía y cuyo incumplimiento puede ser subsanado.

Dentro del primer grupo objeto de control preventivo, de aquellos *requisitos esenciales y mínimos de forma*, se encuentran los siguientes:

A. *Que las bases administrativas se encuentren transcritas íntegramente en el cuerpo de la Resolución o Decreto*²⁵. Esta disposición responde a la necesidad de dar certeza jurídica y transparencia al proceso concursal, a los operadores jurídicos, y especialmente a los potenciales oferentes, quienes así podrán conocer y asegurarse de las condiciones del concurso.

A través del dictamen N° 21.881/2008 la CGR ha manifestado su criterio, al representar un acto que incumplía dicha disposición, sosteniendo que: “Por razones de certeza jurídica, los documentos de la licitación debieron transcribirse en las resoluciones señaladas, resultando insuficiente la sola mención de que forman parte integrante de las mismas”.

B. *La Administración debe someter a control la totalidad del contenido de las bases de licitación, ello comprende tanto los aspectos ad-*

²⁵Art. 6°, inciso final, Res. N° 1.600/2008.

ministrativos como técnicos, ya que ambos conforman el conjunto normativo aplicable al procedimiento concursal de que se trate, tal como dispone el art. 2. N° 3, del Reglamento N° 250/2004. La CGR ha fijado como criterio que, en virtud de los principios de eficiencia y eficacia, y de economía procedimental "...el acto que sanciona el pliego de condiciones que rige una licitación pública y que debe contener tanto sus bases administrativas como técnicas, (es) el que tiene que ser sometido al control preventivo de juridicidad que ejerce esta Contraloría General..."²⁶.

- C. *Que se adjunten la totalidad de documentos que sirven de fundamento al acto*²⁷, cuestión aplicable tanto a aquellos decretos y resoluciones que aprueban las bases de la licitación, como a aquellos que aprueban el contrato. Respecto de actos que aprueban bases, la CGR en su dictamen N° 75.253/2016, entre otros motivos, se abstuvo de tomar razón de un acto aprobatorio de bases al no dar cumplimiento a los mínimos de forma: "por cuanto no se han remitido los antecedentes que sirven de fundamento al mencionado acto administrativo, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 6°, inciso primero, de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Entidad de Control, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón".. Mientras que, la misma disposición se aplica en la jurisprudencia administrativa, a través del dictamen N° 29.856/2016 respecto de actos que pretenden aprobar contratos: "Esta Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso al documento del epígrafe, mediante el cual se aprueba el contrato para la prestación del servicio que indica, por cuanto no se han remitido los antecedentes fundantes del acto... lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 6°, inciso primero de la resolución...", de modo tal que dicho acto fue representado.
- D. *Que se cuente con la debida autorización presupuestaria*, que como se ha dicho, uno de los principales elementos que la CGR debe controlar es el referido al ingreso, la inversión y la administración de los fondos públicos, y para ello, entre otras medidas, durante el examen de juridicidad preventivo que se realiza del acto que aprueba un contrato público, se examina que la Administración de cumplimiento al mandato contenido en el art. 3° del Reglamento 250/2004, que ordena que la entidad licitante cuente con la autorización presupuestaria pertinente, debiendo acompañar siempre los antecedentes que permitan acreditarlo, lo que se realiza por medio del denominado certificado de disponibilidad presupuestaria, instrumento que acredita la existencia de recursos suficientes y que ellos, además, son utilizables para dicho proceso. Y por otra parte, dentro del grupo objeto de control

²⁶Dictamen N° 15.909/2014 CGR.

²⁷Art. 6°, inciso primero, Res. N° 1.600/2008.

preventivo de requisitos formales, pero esta vez de *requisitos formales no considerados como esenciales*, sino que, de menor entidad, que no afectan derechos de terceros, ni alteran ni afectan el principio de igualdad de los oferentes, de estricta sujeción a las bases, y en definitiva el principio de juridicidad, se encuentran todas aquellas observaciones que realiza la CGR respecto de materias tales como omisiones de referencia²⁸, errores de transcripción²⁹, de cálculo³⁰, sobre hojas o folios en blanco³¹, entre otras, todas las que a juicio de dicha entidad no son suficientes para su abstención y representación, tomándose razón de ellos, pero con la indicación, en la mayoría de los casos, que deben ser enmendados en lo sucesivo por la entidad administrativa a fin de cautelar el correcto marco normativo del proceso.

3.1.1.2. Examen de requisitos de fondo

Los requisitos de fondo dicen relación con el examen que la CGR debe realizar respecto de las normas especiales de la contratación pública objeto de estudio, y de la normativa general aplicable, incluidos los principios aceptados e incorporados por la jurisprudencia administrativa, de aplicación obligada para la Administración como se ha señalado anteriormente. De este modo la CGR contrasta el proyecto de acto administrativo con el marco jurídico aplicable, el que se compone, como se ha dicho, por la Constitución, por las leyes aplicables, especialmente la Ley N° 19.886 y su Reglamento, así como por las bases de licitación, cuerpo normativo principal del procedimiento en cuestión, y por los principios de la contratación pública.

La verificación de la juridicidad de las Bases de Licitación es de primera importancia, ya que no solo se regula en ellas el procedimiento concursal, sino que en ellas se contienen los derechos y obligaciones que regularán la vida del contrato, debiendo coincidir el contenido del contrato con el contenido de las bases, en lo que corresponda, de modo tal que en estas encontramos el catálogo principal de normatividad tanto de la licitación como del contrato.

Ahora bien, no puede pretenderse separar el análisis de los principios y de las normas aplicables para la verificación de juridicidad que la CGR efectúa, ya que todo principio aplicable debe tener un sustento normativo y debe ser el reflejo de una norma, de este modo efectuaremos el análisis del control preventivo de los requisitos de fondo siguiendo los principios de la contratación pública que la CGR en su reiterada doctrina ha elevado

²⁸Dictamen N° 88.687/2016 CGR.

²⁹Dictamen N° 77.131/2016 CGR.

³⁰Dictamen N° 88.692/2016 CGR.

³¹Dictamen N° 87.380/2016 CGR.

a la categoría de esenciales, de modo tal que su contravención provoca el rechazo del acto propuesto por atentar contra la juridicidad, lo que se efectuará a través del control sobre: 1. la resolución que aprueba las bases de licitación; y 2. la resolución que adjudica la licitación y/o aprueba el contrato, según sea el caso.

Algunos de los principales aspectos del control preventivo de fondo que realiza la CGR respecto de las bases de licitación consisten en una serie de contenidos mínimos³², debiendo consignarse todos en un *lenguaje preciso y directo*³³:

A. *Control de las resoluciones aprobatorias de las bases de licitación, de la adjudicación y/o del contrato*

Respecto de esta materia, se debe tener presente que la CGR efectúa una doble verificación, primero verifica si corresponde el control preventivo de juridicidad de las bases, ello en conformidad al art. 9.5 de la Res. N° 1.600/2008, que fija como regla general que se someterán a toma de razón los actos que aprueben las bases de una licitación, y todo acto que las modifique, cuando se trate de contratos afectos a control preventivo, a menos que se trate de bases que se ajusten a formato tipo previamente aprobado por el Ente de Control.

Luego de aquello, efectúa una verificación que dependerá del tipo de acto y su cuantía, lo que determinará si debe controlar la resolución de adjudicación del concurso o el acto aprobatorio del contrato. Así entonces, se observan dos situaciones:

- i. *Bases no sujetas a formato tipo*: Las bases de licitación siempre serán objeto de control preventivo de juridicidad, cuando el contrato de que se trate sea objeto de toma de razón, debido a su materia y cuantía. En este caso la adjudicación de la oferta es materia exenta, debiendo tomarse razón del acto que aprueba el contrato. Si el texto del contrato se encontrase contenido en las bases administrativas tomadas de razón por el Ente Contralor, únicamente se someterá al trámite de toma de razón la propuesta de acto administrativo de adjudicación, de lo contrario se deberá remitir el acto que aprueba el contrato para toma de razón³⁴.
- ii. *Bases sujetas a formato tipo*. Aquellas licitaciones públicas en que se han utilizado formatos tipo, no se requerirá la toma de razón de las bases, atendido que han sido previamente aprobadas por la CGR. En estos casos se someterá a control preventivo de juridicidad el acto

³²Según lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento N° 250/2004.

³³Véase dictamen N° 37.117/2016 CGR.

³⁴Véase dictamen N° 52.602/2016 CGR.

de adjudicación del concurso, encontrándose el contrato exento de control preventivo³⁵.

B. *Control de requerimiento genérico de bienes y servicios*

La CGR debe verificar que los bienes y/o servicios requeridos para su adquisición o suministro en el proceso concursal, y definidos en las bases, no se encuentren previamente determinados por marcas comerciales específicas, ya que los requerimientos deben ser efectuados en forma genérica. En caso de que resulte necesario efectuar referencias a productos específicos se deberán admitir siempre productos equivalentes.

La aplicación de esta disposición puede apreciarse en los dictámenes N^{os}. 27.519/2015 y 9.769/2014, cuando la CGR observa que en las propuestas de bases de licitación órganos de la Administración efectuaron referencias a marcas específicas de ciertos productos y maquinarias. Así, y aun habiendo tomado razón de los actos, la CGR efectúa un alcance sobre la infracción al artículo 20 N^o 2 del Reglamento N^o 250/2004, modificando derechamente las bases de licitación, al ampliar el sentido de dicha disposición, fijando que deberá entenderse que pueden contemplar bienes (productos o maquinarias, según sea en caso) equivalentes al indicado por la entidad licitante. Ello resulta del todo interesante, ya que la CGR no representa la Resolución, aun cuando la mención a una marca específica de un bien determinado esté prohibida por el Reglamento, aplicando un remedio para dichos casos consistente en efectuar un alcance en la toma de razón, modificando directamente el sentido de las bases, al aclarar preventivamente que se deberán tener por aceptados los bienes equivalentes o genéricos.

C. *Control de etapas y plazos*

La CGR debe verificar se dé cumplimiento, en las propuestas de bases de licitación sometidas a su control preventivo, a lo dispuesto en los números 3, 4 y 5 del artículo 22 del Reglamento, los que se refieren a que las bases deberán contener indicación precisa y clara de cada una de las etapas y los plazos de la licitación incluidos el de duración del contrato, así como de las modalidades para proceder a la apertura y evaluación de las ofertas, como de la adjudicación y suscripción del contrato.

Con el objeto de garantizar la mayor concurrencia de oferentes se dispone la existencia de plazos mínimos entre el llamado a la licitación

³⁵Sobre el punto los dictámenes N^o 64.218/2011 y N^o 77.353/2013 CGR.

y el plazo de recepción de ofertas (art. 25 Reglamento) que, de no ser respetados, deberán ser representados por la Entidad de Control³⁶.

De igual manera, las bases deben contemplar los plazos de entrega de los bienes o servicios, y las condiciones, plazos y modos de pago de los respectivos contratos. De modo que en caso de omisión de alguno de dichos elementos se debe proceder a la representación de la propuesta de acto administrativo³⁷.

D. *Control de criterios de adjudicación*

El Ente de Control debe verificar que las bases de licitación contengan criterios objetivos para la adjudicación del concurso a un oferente. Dichos criterios son establecidos por la entidad licitante o poder adjudicador, los que deben considerar como premisa el propender a la igualdad de los oferentes a través de un proceso evaluativo objetivo e imparcial, fijando elementos para ello que permitan discriminar entre una oferta y otra por medio del *análisis económico y técnico de los beneficios y los costos presentes y futuros del bien y servicio ofrecido en cada una de las ofertas*³⁸.

Como se ha apuntado anteriormente, la CGR encuentra limitada su competencia para entrar a examinar los aspectos de mérito, conveniencia u oportunidad de los criterios de evaluación, incluida su ponderación y asignación de puntajes, competencia atribuida exclusivamente a la Administración³⁹, con la excepción que la entidad licitante haya fijado como criterio de evaluación únicamente el precio del bien o servicio, cuestión que infringiría lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 del Reglamento.

E. *Control de formalidades exigidas*

La CGR verifica que en las bases de licitación no se consideren exigencias que consistan en requerimientos meramente formales y que no tengan un propósito determinado, en virtud de lo establecido en el inciso final del art. 20 del Reglamento que dispone que las bases de licitación *evitarán hacer exigencias meramente formales*, ello en consonancia con lo establecido en la Ley N° 19.880, que en su art. 13 establece que los procedimientos administrativos *deben desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar*

³⁶Véase dictamen N° 95.413/2015 CGR.

³⁷Véase dictamen N° 49.263/2015 CGR.

³⁸Art. 37 Reglamento N° 250/2004.

³⁹Véase dictámenes N° 37.984/2015 y N° 84.937/2016 CGR.

constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares. Es así como la exigencia de presentación, en la oferta, de copias legalizadas ante notario vulnera, como ha dicho la CGR, *los principios de libre concurrencia y de no formalización que rigen los procesos licitatorios*⁴⁰, bastando la presentación de copias simples de los documentos, en dicha etapa.

F. *Garantías requeridas*

Las bases de licitación deben contemplar la presentación de garantías por parte de los oferentes, en la etapa de adjudicación, y del contratista, una vez adjudicado, todo con el objeto de asegurar la seriedad de las ofertas, por una parte, y del correcto y fiel cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, por otra parte (artículos 22 N° 6 y 79 ter del Reglamento), y del mismo modo las bases deben contemplar el monto, el plazo de vigencia, la descripción de la glosa, y la moneda o unidad monetaria en que debe expresarse.

Así, la CGR debe verificar no solo se contemplen dichas garantías en las bases, sino que, además, se contemplen una serie de condiciones:

- i) Se debe contemplar el monto, el plazo de vigencia, la descripción de la glosa, y la moneda o unidad monetaria en que debe expresarse. (art. 68, inciso cuarto, Reglamento).
- ii) Que no exijan montos de garantía desproporcionados respecto de la cuantía de la licitación, a efectos que no desincentive a los potenciales oferentes a participar (art. 22, N° 6, inciso final, Reglamento), cuestión que tiene por fin proteger el principio de libre concurrencia.
- iii) Siempre se debe requerir que las garantías sean pagaderas a la vista y tengan el carácter de irrevocables (art. 68, inciso quinto, Reglamento).
- iv) Los montos de las garantías ascenderán a un porcentaje del monto total del contrato, el que podrá oscilar entre un 5% y un 30%⁴¹ (art. 68, inciso primero, Reglamento).
- v) Las bases no pueden establecer restricciones sobre el tipo de instrumento de la garantía, debe atenerse a cualquiera que asegure el pago de las obligaciones de manera rápida y efectiva (art. 68, inciso sexto, Reglamento).
- vi) Las bases deben considerar que las garantías de seriedad de la oferta de los participantes que no sean adjudicados sean devueltas oportunamente⁴².

⁴⁰Dictamen N° 82.707/2014 CGR.

⁴¹Véase dictamen N° 12.351/2016 CGR.

⁴²Aplica dictámen N° 76.503/2015 CGR.

G. Comisiones de evaluación de ofertas

La Entidad de Control debe verificar que las bases de licitación contengan disposiciones que regulen la designación de los integrantes de las comisiones de evaluación⁴³ (art. 22, N° 10 Reglamento) y la forma de integración de las mismas⁴⁴, especialmente en aquellas licitaciones de gran complejidad y en aquellas cuya cuantía sea superior a las 1.000 UTM cuya comisión deberá estar integrada por a lo menos tres funcionarios públicos. En caso de que la comisión sea integrada por personas que no tengan la calidad de funcionarios públicos siempre deben encontrarse en minoría frente a los funcionarios públicos que integren la comisión (art. 37, incisos 4° y 5°, Reglamento).

4. COMENTARIO FINAL

La labor que realiza la CGR en el ámbito de la contratación pública en Chile ha sido y es determinante, tanto en el control de la juridicidad en las materias de su órbita de competencia como en la labor interpretativa del amplio catálogo de normas y principios que regulan esta disciplina jurídica, donde sus opiniones han tenido y tienen un importante impacto en la forma cómo la Administración del Estado ha mejorado sus prácticas administrativas de contratación.

Es así como en el ámbito de los contratos regulados por la Ley N° 19.886 el actuar de la CGR, conjunta y complementariamente con la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública, permite afirmar, y así gran parte de la doctrina nacional⁴⁵, que el Derecho de la contratación pública es un Derecho de fuerte creación jurisprudencial.

5. ABREVIATURAS

- CGR: Contraloría General de la República de Chile.
- CPR: Constitución Política de la República de Chile.
- D.L.: Decreto Ley.
- LOCGR: Ley Orgánica Constitucional, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, N° 10.336.

⁴³Véase dictamen N° 84.990/2016 CGR.

⁴⁴Véase dictamen N° 3.437/2011 CGR.

⁴⁵Por todos: Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa* (Santiago: Editorial Jurídica, 2007).

- LBPA: Ley N° 19.880, Establece Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- LOBGAE: D.F.L. Núm. 1/19.653, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Res. N° 1.600/2008: Resolución N° 1.600, fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, Contraloría General de la República.
- Estatuto Administrativo: D.F.L. Núm. 29/2004, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.
- UTM: Unidad Tributaria Mensual.
- Reglamento N° 250/2004: Decreto N° 250/2004, Ministerio de Hacienda, aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aróstica Maldonado, Iván. "El trámite de toma de razón de los actos administrativos". *Revista de Derecho Público*; II, N° 49 (1991): Ene/Jun. "XXI Jornadas de Derecho Público 1990" (2016): 131-68.
- Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Santiago, Chile: LegalPublishing, 2014.
- Cordero Vega, Luis. "La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de cuatro falacias". *Revista de Derecho Público* II, N° 69 (2007): 153-66.
- Díez Sastre, Silvia. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Gascón Abellán, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.
- Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago: Editorial Jurídica, 2007.
- Ortiz Díaz, José. "El precedente administrativo". *Revista de Administración Pública*, N° 24 (1957): 75-116.
- Pallavicini Magnère, Julio. "Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República". *Revista de Derecho Público*, N° 72 (2010): 108-32.
- Soto Kloss, Eduardo. "Acercas de los dictámenes de la Contraloría: un error supremo es un supremo error (Municipalidad de Valparaíso con Contraloría General de la República, Corte Suprema, Sentencia de Protección, 2 de enero de 2014, Rol 7210-2013)". *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 6 (2015): 247-60.
- Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Chile: Thomson Reuters, 2012.

TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA

*Katherine Zambrano Román**

SUMARIO: I. Contexto. II. Legislación. III. Concepto. IV. Evolución de SIAPER CGR. V. Características de la tramitación en línea. VI. Perfiles de usuarios externos. VII. Modalidades de tramitación SIAPER. VIII. Características de la toma de razón electrónica/SIAPER TRA. IX. Flujo externo de tramitación electrónica/toma de razón electrónica/SIAPER TRA. X. Flujo interno en CGR de la tramitación electrónica/toma de razón electrónica/SIAPER TRA.

I. CONTEXTO

La utilización de las herramientas electrónicas en el procedimiento administrativo puede contribuir a mejorar la gestión y desempeño de la Administración. Puede considerarse como un interesante aporte de la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo¹, el hecho de que permita el acceso permanente por el interesado a los procedimientos incluso por vía electrónica².

La incorporación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) a la relación jurídico-administrativa supera la exclusividad del papel como soporte documental para obtener documentos sin papel, sistema que permite simplificar el procedimiento en pos de la eficiencia del mismo.

En este orden de ideas, a nivel nacional, además del referido texto legal, la Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma³, es una normativa bastante

*Abogada. Ayudante de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile. Abogada de la Contraloría General de la República.

¹Específicamente sus artículos 5, 18, 19 y 59 hacen referencia a los medios electrónicos en su tramitación, lo que da a entender que este articulado abre las puertas a la implementación de un procedimiento administrativo electrónico (PAE) pero no lo pormenoriza de manera adecuada.

²Vide arts. 16, 17, 21 y 22.

³Su reglamento contenido en la resolución N° 123, de 2011, establece que los órganos del Estado y los particulares que presenten documentos electrónicos en la Contraloría deberán utilizar estándares compatibles con los de esta. Agrega, que esta Entidad verificará tal circunstancia mediante un proceso de acreditación que indicará su Secretaría General, previo informe del Centro de Informática; unidades encargadas del ingreso de documentos y del

importante para la eventual implementación de un procedimiento electrónico de carácter general, por cuanto se compromete dando definiciones y estableciendo la validez de los documentos suscritos por medios electrónicos. Primero, define documento electrónico como toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos, y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior. Asimismo, y respecto de la validez de este tipo de documentos, señala que los suscritos por medio de firma electrónica serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel⁴.

Por otra parte, recordemos que entre las funciones de la Contraloría General de la República se encuentra aquella contenida en el artículo 99 de la Constitución Política relativa a la legalidad de los decretos y resoluciones (toma de razón) la cual conlleva el escrutinio de que aquellos cumplan los requisitos de fondo y forma que a su respecto exige el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, durante el año 2012 esa Entidad Fiscalizadora solicitó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE– recomendaciones de mejora de gobernanza institucional, recibiendo, entre otras, aquella de ejercer el liderazgo en la modernización del Estado y el gobierno electrónico mediante la incorporación de las tecnologías para la sustitución de los sistemas tradicionales de documentación.

En este sentido, tras la dictación de la Ley N° 20.766 sobre Procedimiento de Toma de Razón y Registro Electrónicos, de julio de 2014, la Contraloría General dio un avance cualitativo en el tránsito cultural a favor de la digitalización de la función pública. Es así como la citada ley da sustento legal a una plataforma de Toma de Razón Electrónica –SIAPER–⁵ que orientada a *materias de personal* permite la toma de razón y el registro mediante procedimientos que consideran el uso de documentos y firmas electrónicas; entrega al Contralor la resolución de los servicios públicos, previo convenio, que pueden someterse a ese procedimiento, y determina los medios de verificación y la forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos legales que precisen los actos administrativos comprometidos.

manejo administrativo de aquella, y de su soporte informático, respectivamente. Lo anterior, para efectos de asegurar la eficacia y seguridad de la tramitación electrónica.

⁴El documento puede tener como soporte el papel (documento escrito) o el digital (documento electrónico).

⁵Dado que es una plataforma que proporciona la Contraloría en su página web, no se requiere verificar la compatibilidad de su estándar con la del servicio de la Administración del Estado.

II. LEGISLACIÓN

La Ley N° 20.766, de 2014, sobre *Procedimiento de Toma de Razón y Registro Electrónicos*, en su articulado único incorpora a continuación del artículo 10 de la Ley N° 10.336, que fija la organización y atribuciones de la Contraloría General de la República⁶, los artículos 10° A, B, C y D, los cuales señalan en síntesis que: la toma de razón y registro podrán realizarse a través de medios y procedimientos que consideren el empleo de documentos y firmas electrónicas, para lo cual, el Contralor General establecerá, mediante resolución, los actos administrativos cuya toma de razón o registro podrán efectuarse electrónicamente y los servicios que, previo convenio, someterán tales actos a dicha tramitación; la toma de razón y registro electrónicos deberán ajustarse a la normativa técnica establecida en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la referida Ley N° 19.799⁷; los requisitos que deban cumplir los actos administrativos sujetos a toma de razón o registro electrónico, se verificarán mediante consulta en línea a bancos de datos⁸; el Contralor General –de conformidad a lo prescrito en el artículo 12 de la resolución N° 18, de 2017, que fija normas sobre tramitación en línea de decretos y resoluciones relativos a las materias de personal que señala–, previa resolución fundada y existiendo situaciones excepcionales, podrá requerir que se le envíen a toma de razón o registro, en soporte papel, algunos de los actos sometidos a tramitación electrónica o sus antecedentes⁹; efectuado el trámite de razón o registro electrónico mediante el uso de firma electrónica, el servicio deberá mantener archivados en soporte papel los documentos o certificados oficiales que fueron digitalizados, pudiendo mantenerlos

⁶Cuyo texto coordinado, sistematizado y refundido fue fijado por el Decreto Supremo N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964.

⁷Los reglamentos aplicables a los correspondientes órganos del Estado regularán la forma cómo se garantizará la publicidad, seguridad, integridad y eficacia en el uso de las firmas electrónicas, y las demás necesarias para la aplicación de las normas de este Título.

⁸Si la consulta en línea no fuere posible, la existencia de los antecedentes que acrediten el cumplimiento de tales requisitos será certificada por el ministro de fe designado por el respectivo jefe superior del servicio. Una vez realizadas las correspondientes verificaciones por aquel, los referidos antecedentes serán digitalizados e incorporados al procedimiento de toma de razón o registro electrónicos. El ministro de fe que certifique antecedentes inexistentes, notoriamente falsos o a los que le faltaren requisitos legales para su validez, incurrirá en responsabilidad administrativa por infracción grave al principio de probidad; sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

⁹Ejemplo de ello fue la resolución exenta N° 1.070, del 22 de marzo de 2018, la cual, producto de una contingencia que afectó la infraestructura tecnológica de SIAPER de CGR, determinó autorizar excepcionalmente el ingreso en soporte papel de los actos administrativos, que se dictaran entre el 22 y el 26 de marzo, que versen sobre materias afectas a toma de razón y aquellos exentos, sujetos a registro, esenciales en materia de personal, con el objeto de no entorpecer el buen funcionamiento de los servicios públicos y su gestión.

exclusivamente en soporte digital cuando estos se ajusten a la normativa vigente sobre digitalización de documentos.

La resolución N° 7, de 2016, Incorpora Nuevos Servicios al Sistema de Información y Control del Personal de la Administración del Estado (SIAPER), previsto en la Ley N° 20.766.

La resolución N° 10, de 2017, Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón de las materias de personal que indica¹⁰.

La resolución N° 18, de 2017, Fija Normas sobre Tramitación en Línea de decretos y resoluciones relativos a las materias de personal que señala, en su artículo 1° señala que La toma de razón y el registro de los decretos y resoluciones relativos a las materias de personal, se realizará a través de un procedimiento en línea, en la plataforma web de la Contraloría General, denominada “Sistema de Información y Control del Personal de la Administración del Estado”, en adelante SIAPER.

III. CONCEPTO

El Sistema de Información y Control del Personal de la Administración del Estado (SIAPER) es la plataforma web de Contraloría que permite la tramitación en línea de actos administrativos en materia de personal, con el objetivo de facilitar y hacer más eficiente los procesos de toma de razón y/o registro, concretando de este modo los principios de eficacia, eficiencia y economicidad¹¹.

IV. EVOLUCIÓN DE SIAPER CGR

Como todo proceso que se pone recién en marcha, SIAPER tuvo una implementación paulatina hasta llegar a lo que conocemos el día de hoy como SIAPER Tramitación en Línea, pero antes de esta, pasó por las siguientes etapas:

¹⁰La resolución N° 1.600, de 2008, Fija Normas sobre Exención del Trámite Toma de Razón en general.

¹¹Recordar que el inciso 2 del artículo 3°, de la Ley N° 18.575, señala cuáles son los principios de la Administración del Estado. En este sentido, se da cumplimiento al principio de eficacia, cuando el procedimiento logra alcanzar objetivo para el cual fue instruido; respecto del principio de eficiencia, este busca que la Administración obtenga más bienes y servicios con los recursos que dispone, y el principio de economicidad, refiere a que aquella, logre mantener la calidad y oportunidad, invirtiendo menos recursos.

1. *Puesta en marcha año 2010*: en sus inicios, en SIAPER CGR se tramitaban los actos administrativos que eran ingresados por las entidades públicas a la Oficina General de Partes en formato papel, por cuanto, aquí un analista de CGR ingresaba toda la información al Sistema, quien luego de estudiar el documento, le otorgaba el trámite final correspondiente y lo devolvía a la entidad emisora.
2. *SIAPER RE (agosto de 2011)*¹² y *SIAPER MUN (agosto de 2013)*¹³: se sustituyó el tradicional proceso de registro documental en soporte papel en la Oficina General de Partes, por un ingreso remoto de información esencial contenida en los actos administrativos por parte de las mismas entidades públicas y municipios, en la base de datos de Contraloría.
3. *SIAPER tramitación en línea (septiembre de 2014)*¹⁴: implicó un cambio radical en el proceso de toma de razón y registro de los actos administrativos en materia de personal, tanto para la Contraloría como para las entidades públicas, ya que los documentos dejan de plasmarse en papel y pasan a ser completamente electrónicos a través del uso de la firma electrónica avanzada.

V. CARACTERÍSTICAS DE LA TRAMITACIÓN EN LÍNEA

1. El proceso de *creación del acto administrativo es 100% electrónico*:
 - Documento en papel deja de existir
 - Numeración generada por el sistema
 - Firma electrónica avanzada
 - Actos administrativos estandarizados
2. *Interoperabilidad con otras bases de datos*:
 - Verificación y certificación en línea de requisitos legales¹⁵, utilizando bases de datos de otros servicios, como por ejemplo, del Registro Civil.
 - Disminución de antecedentes a solicitar al interesado.
 - Los antecedentes que no puedan ser obtenidos por interoperabilidad quedan guardados en el servicio.

¹²Registro de las materias exentas de personal de las entidades públicas. Actualmente solo se tramitan por este sistema los permisos, feriados, licencias médicas y calificaciones (la División de Análisis Contable de Contraloría se constituye en el servicio para verificar que la información ingresada a la Plataforma corresponda a la señalada en el soporte papel).

¹³Registro de todas sus materias, pues, recordar que las de las municipalidades son todas exentas.

¹⁴Recordar que la publicación de la Ley N° 20.766, sobre procedimiento de toma de razón y registro electrónico, es de julio de 2014.

¹⁵Tarea que como veremos más adelante, la realiza el Ministro de Fe o el revisor (en caso de que el servicio haya requerido este perfil).

VI. PERFILES DE USUARIOS EXTERNOS¹⁶

El artículo 3° de la citada resolución N° 18, de 2017, establece que *Los usuarios del sistema serán aquellos funcionarios individualizados para tales efectos por los jefes de servicio de los organismos de la Administración. Según las labores que deban desarrollar en SIAPER Toma de Razón Electrónica o SIAPER Registro Automático, se les otorgará alguno de los siguientes perfiles:*

1. *Creador de documento:* es el encargado de crear el acto administrativo en la plataforma, pudiendo modificarlo mientras se encuentre en calidad de borrador; completar los formularios y responder las preguntas del sistema correspondientes al documento que está confeccionando; complementar los antecedentes que acrediten el cumplimiento de los requisitos legales respectivos, y que no pudieran ser obtenidos mediante interoperabilidad con otras bases de datos.
2. *Ministro de Fe:* le corresponde examinar los antecedentes que se adjuntaron por el creador de documentos al sistema, debiendo autenticar su existencia, en el sentido de corroborar que estos no sean falsos, ni les falten los requisitos legales para su validez. Podrá ser más de uno en cada entidad conforme los requerimientos de organización administrativa.
3. *Revisor: perfil opcional,* por lo que los servicios que deseen hacer uso de él, deberán solicitar su habilitación en el sistema. Funcionario que realiza labores de apoyo en el estudio de los actos administrativos.
4. *Firmante:* firma los actos administrativos utilizando la firma electrónica avanzada, y los envía al respectivo trámite ante CGR.

VII. MODALIDADES DE TRAMITACIÓN SIAPER¹⁷

A través de SIAPER, se efectuará el control de legalidad o registro, según se trate de materias afectas o exentas, respectivamente, mediante las siguientes formas de tramitación¹⁸:

¹⁶Dichos funcionarios recibirán de CGR perfil de acceso a SIAPER, nombre de usuario y clave que los identificará y habilitará como operadores del sistema.

¹⁷ Funciona de lunes a viernes de 8.30 a 18.00, salvo los viernes que es hasta las 16.00.

¹⁸ Artículo 2° de la resolución N° 18, de 2017.

SIAPER RE

- 1) *Registro Electrónico*¹⁹: modalidad a través de la cual los servicios públicos y municipios, por medio de un formulario único, ingresan en la plataforma SIAPER la información que se solicite de los actos administrativos dictados en soporte papel que se encuentren sujetos al trámite de registro, incluidos el número y fecha del documento. Finalizado este proceso, el sistema entregará un Certificado de Registro Electrónico, que acreditará la realización exitosa de la operación, debiendo el servicio público o municipio correspondiente imprimir dicho certificado y mantenerlo archivado en soporte papel, junto con el acto administrativo registrado y sus antecedentes originales.

SIAPER EN LÍNEA

- 2) *Registro Automático*: modalidad a través de la cual se efectúa la creación, firma y registro de los actos administrativos exentos del trámite de toma de razón. Tales actos serán registrados automáticamente por el servicio, sin perjuicio que en el proceso de creación del acto el sistema realice una revisión de la información contenida en él, pudiendo detectar inconsistencias de información, las que serán presentadas a los perfiles de ministro de fe, revisor y firmante, para que estos determinen si desean continuar con el registro o devolver al creador de documentos para su corrección.
- 3) *Toma de Razón Electrónica (también conocido como SIAPER TRA)*.

Para efectos de nuestro estudio, solo analizaremos esta última forma de tramitación.

VIII. CARACTERÍSTICAS DE LA TOMA DE RAZÓN ELECTRÓNICA/SIAPER TRA

- 1) Es la modalidad de tramitación para todas las materias afectas.
- 2) Una vez que los actos administrativos son creados y firmados por el servicio en la plataforma, son derivados a CGR para que la Unidad especializada realice el estudio de legalidad, teniendo el plazo de 15 días hábiles para determinar si el documento es tomado razón o representado²⁰.

¹⁹En la actualidad, solo se tramitan por esta modalidad los permisos, feriados, licencias médicas y calificaciones. La División de Análisis Contable de CGR se constituye en el servicio para verificar que lo que está en soporte papel, sea lo que el servicio indicó en la plataforma.

²⁰Inciso primero del artículo 10 de la Ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de Contraloría.

- 3) El resultado del estudio será la toma de razón o representación del acto administrativo.
- 4) Los documentos tramitados por el sistema tendrán una numeración correlativa electrónica única por servicio.

IX. FLUJO EXTERNO DE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA/TOMA DE RAZÓN ELECTRÓNICA/SIAPER TRA

Ingresar a SIAPER TRA - Crear documento borrador - Completar formulario - Adjuntar antecedentes - Enviar a Ministro de Fe - Examina antecedentes - Enviar a Revisor (recordar que es un perfil opcional) - Enviar a Firmante - Firma acto administrativo - Envía a CGR - Tomará razón o representará el acto.

X. FLUJO INTERNO EN CGR DE LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA/TOMA DE RAZÓN ELECTRÓNICA/SIAPER TRA

Acto administrativo ingresa a estudio en CGR - Jefe Unidad de Análisis asigna a un analista el acto - Analista realiza el control de legalidad y propone el trámite al documento - Envía acto al Jefe de Unidad Jefe de Unidad revisa y/o modifica las acciones del analista - Envía acto al Jefe de Área - Realiza último estudio y procede a tomar la decisión final.

El *oficio mediante el cual se realiza la representación* de un acto administrativo contendrá las causales legales que le sirven de fundamento, con la correspondiente firma electrónica avanzada del Contralor o del funcionario a quien este le haya delegado la facultad.

La *notificación* del resultado deberá efectuarse al correo electrónico que haya señalado el interesado o que tenga registrado en el servicio, entendiéndose notificado, transcurridas 24 horas desde su envío.

LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA Y LOS “FALLOS” DE LA ADMINISTRACIÓN: A PROPÓSITO DE UN CASO DE ACTIVIDAD DE FOMENTO

Mayerlin Matheus Hidalgo* y Luis Herrera Orellana**

Las instituciones del Derecho Administrativo, así como las funciones y tareas que en general realiza la Administración Pública moderna hasta nuestros días, suelen encontrar su justificación última en la satisfacción o tutela del *interés general*, el interés público, el bien común o la utilidad pública, entre otras nociones, bastante analizadas en la doctrina nacional y extranjera, que en sentido amplio aluden a la protección de valores, bienes o situaciones de interés compartido por el conjunto de los integrantes de una sociedad¹.

Debido a lo anterior, desde su origen en la Francia postrevolucionaria del siglo XVIII hasta nuestros días, la Administración suele estar investida en sus diversas actuaciones de una suerte de “legitimidad” o visto bueno de la sociedad para incidir, de forma directa o indirecta, en las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares, al considerarse que en el caso de

*Universidad Católica Andrés Bello/Venezuela. Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica. Profesora de Práctica de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Chile. Integrante del Instituto de Investigación en Derecho.

**Universidad Central de Venezuela. Licenciado en Filosofía. Abogado *summa cum laude*. Especialista en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello. Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Procesal Constitucional y Contencioso-Administrativo. Universidad Autónoma de Chile. Profesor de Derecho Político y de Derecho Económico.

¹La discusión en torno al contenido de estas expresiones usadas en el Derecho Administrativo es bastante amplia y polémica, debido a la variedad de enfoques, que en su mayoría asumen la posibilidad de reconocer una entidad colectiva –la sociedad, la comunidad, etc.– como titular de intereses diferentes y preferentes a los de los individuos concretos, reales, que integran cada sociedad. De acuerdo con Héctor Jorge Escola, el interés público, como sinónimo de interés general, puede definirse como “...el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”. Escola, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 249 y 250.

estos son solo intereses particulares y no generales los que se cuidan, y que en vista de ello, salvo en caso de actuaciones contrarias a Derecho, deben ceder ante los intereses generales que deben tutelar las autoridades administrativas.

Tal comprensión del rol de la Administración en su relación con los particulares, aún bajo la rectoría de principios como el de la *servicialidad* recogido en la Constitución chilena (artículo 1º, incisos 4º y 5º)², hace depender la legitimidad de toda la organización administrativa mediante la cual actúa el Gobierno, en la supuesta capacidad de quienes trabajan como funcionarios de atender solo el interés de otros cuando desempeñan sus labores, ignorando o renunciando a los intereses propios, en lugar, por ejemplo, de hacer depender esa legitimidad de otras circunstancias, como la división del trabajo en sociedad, la necesidad de proveer bienes públicos o la falta de incentivos suficientes del mercado y la sociedad civil para desarrollar ciertas tareas, sobre las cuales volveremos.

De este modo, al asumir como cierta esa supuesta dicotomía en el comportamiento de las personas, según actúen en el sector público o en el sector privado, se procede por vía del sistema jurídico, partiendo en casos desde la Constitución misma, pero sobre todo a través de la legislación y de la regulación que dicta la propia Administración, a dotarla de una cantidad de potestades, prerrogativas y competencias que no siempre, en sí mismas, son cuestionables, pero que sí lo terminan siendo muchas veces por la amplia discrecionalidad, o en casos por la licencia casi incontrolada para ejercerlas y tomar decisiones, siempre en nombre del “interés general”, asumiendo de forma implícita la inexistencia de “fallos” en la intervención pública, como si ello solo ocurriera en el ámbito del sector público.

Esta forma tradicional de comprender, diseñar y evaluar las instituciones y normas que estudia el Derecho Administrativo, basada en la dicotomía antes descrita, convendría al menos problematizarla, a partir de los hallazgos, análisis y cuestionamientos que a la misma ha formulado la Teoría de la Elección Pública, o *Public Choice*, desarrollada en la Universidad de Virginia por James M. Buchanan y Gordon Tullock, entre otros, la cual, en el plano epistemológico, toma distancia por igual tanto de los enfoques de distribución natural de bienes y Estado mínimo propios del liberalismo clásico, como de los enfoques de la elección social característicos de posturas comunitarias o colectivas, en que los individuos y el intercambio desempeñan un papel secundario o casi irrelevante³.

²Sobre este principio y sus implicaciones, véase Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Santiago: Abeledo Perrot y Thomson Reuters, 3ra edición, 2012, 143 ss.

³En cuanto a la base epistemológica y filosófica de la Teoría, véase lo explicado por Casas Pardo, José, “La filosofía económica de James M. Buchanan”, en *Anuario Filosófico* 44, n. 2. Navarra: Universidad de Navarra, mar. 2015, 233-252, disponible en: <https://bit.ly/2ueTRFq>, última consulta el 09.07.18.

La referida Teoría, desarrollada de diversas obras y etapas por sus impulsores como programa de investigación, asumió como centro teórico-metodológico tres premisas fundamentales: (1) el individualismo metodológico, (2) la elección racional de los individuos tanto en el ámbito privado como público de su acción, y (3) la política como un espacio de intercambios, similar, por tanto, al de la economía⁴.

De este enfoque del sector público de la sociedad, consideramos útil tener presente al menos tres de sus postulados principales, al estudiar y evaluar la justificación, régimen jurídico y uso, en casos concretos, de las instituciones y figuras orgánicas del Derecho Administrativo en los procesos de toma de decisiones de la Administración, tales como el acto administrativo, el procedimiento administrativo, las potestades, el contrato público, las organizaciones y las actividades administrativas.

Esas tesis son las siguientes: 1) los seres humanos son quienes deciden, no las organizaciones o asociaciones que ellos crean, y tanto en el sector público como en el sector privado buscan su propio interés o beneficio, sin que exista evidencia que demuestre que en el sector público renuncian a esa búsqueda⁵; 2) así como en el mercado se presentan “fallas” o casos en que las demandas y necesidades no son atendidas, o se generan “externalidades”, también en el sector público se advierten estas fallas que perjudican al “interés general”⁶; y 3) que el sector público, a pesar de sus fallas y sesgos, es una realidad en las sociedades actuales, y más aún, que es en el Estado donde se realizan una importante cantidad de elecciones públicas con impacto en el conjunto de la sociedad, lo que obliga a los individuos afectados por esas elecciones a desarrollar instrumentos que permitan evaluar y mejorar las intervenciones de las autoridades, así como de limitar a través del derecho su arbitrariedad⁷.

Los teóricos de la Elección Pública sostienen que es racional y necesario señalar las imperfecciones del sistema de mercado, pero también hacerlo respecto de las que existen en el sistema de gobierno y administración de lo público. Cuestionan el que se asuma, a partir de nociones vagas y suposiciones, que en ese ámbito las decisiones siempre están motivadas por intereses ajenos a los de las personas que deciden, y que son en general inmunes a defectos, por el mero hecho de emanar de una autoridad. Se preguntan ¿quién puede asegurarnos esto? ¿Quién puede garantizarnos,

⁴Sobre este centro, ver lo expuesto en Buchanan, James M., “Elección Pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación”, en *Revista Asturiana de Economía*, 33. Asturias: Asociación Asturiana de Estudios Económicos, 2005, 204.

⁵Ver Buchanan, James M., Tullock, Gordon, *El cálculo del consenso*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, 21 ss.

⁶Véase Buchanan, James M., “Elección Pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación”, *op. cit.*, 215 ss.

⁷Consultar Buchanan, James M., Tullock, Gordon, *El cálculo del consenso*, *op. cit.*, 57 ss.

en primer lugar, que las decisiones que toman son exactamente las que corresponden efectivamente y lo mejor posible a las estructuras de las preferencias de la colectividad? ¿Quién garantiza, además, que incluso si las decisiones son las buenas, las que corresponden lo mejor posible al interés colectivo, los resultados de la acción del Estado estarán efectivamente de acuerdo con la legislación?

Advierten que el Estado no es una construcción divina o invulnerable a presiones, dotada de un don de ubicuidad y de infalibilidad. Por el contrario, se trata de una organización humana, donde las decisiones son tomadas por seres humanos, ni mejores ni peores, iguales a los que actúan en el mercado y la sociedad civil, de modo que también son susceptibles de error. Además, su acción se encuentra condicionada por reglas y estructuras particulares, como las que estudia el Derecho Administrativo, que son “fabricaciones” humanas, tan falibles como las de cualquier otra organización humana, lo que demanda de quienes se dedican a su diseño y control partir de premisas ciertas, para lograr un mejor resultado en su tarea de vigilancia y mejoramiento de la calidad de los procesos de toma de decisiones⁸.

En sintonía con lo anterior, la *Public Choice* propone abandonar el ideal asumido por el discurso revolucionario del que surgió el Derecho Administrativo en Francia, de tipo constructivista y conducido por seres guiados solo por virtudes públicas e intereses generales, y en su lugar asumir a los seres humanos tal y como somos en realidad, para así estudiar y evaluar mejor nuestra actuación en el sector público.

Para la Teoría estudiada: ...*el hombre es un ser egoísta, racional, que busca maximizar su utilidad (es utilitarista) (...) el hombre o el individuo es el único ente que siente placer o disgusto, y por lo tanto, el único que toma decisiones (...) los individuos que participan en los procesos de decisión colectiva (votantes, políticos y burócratas) son las mismas personas que intervienen en el mercado. En consecuencia, se puede predecir que los sujetos actuarán en los mecanismos e instituciones de decisión colectiva por las mismas motivaciones que lo hacen en el mercado*⁹.

Desde luego, cuando una persona asume un cargo público, como funcionario electo por sufragio, es designado en un cargo de confianza o gana un concurso de funcionario de carrera, queda obligado según el sistema jurídico a ejercer sus competencias y atribuciones de acuerdo con los intereses de los particulares en su conjunto, y no en su propio provecho o el de sus cercanos. No obstante esta exigencia jurídica, la

⁸Ver sobre el tópico Casas Pardo, José, “Estudio introductorio” a Buchanan, James M., y otros, *El Análisis Económico de lo Político*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984, 12 ss.

⁹Casas Pardo, José, *op. cit.*, 49 y 51.

realidad es que en ese funcionario incidirán intereses, presiones, preferencias, incentivos e información que de forma directa determinará el tipo de decisiones que tomará.

Siendo ello así, la propuesta es enriquecer el estudio normativo y jurisprudencial del Derecho Administrativo y sus instituciones, con las premisas antes expuestas de la *Public Choice*, y generar con ello un beneficio, tanto jurídico como social, muy concreto, como es el de ampliar nuestras capacidades para detectar cuándo una normativa legal o sublegal atribuye una potestad, crea una organización o permite realizar una actividad sobre la base de incentivos contrarios a los que corresponden al sector público, o cuándo una decisión de la Administración presenta una falla por atender a incentivos inadecuados o basarse en información incompleta, errada, según proceda, y a partir de ello proponer una reforma, el rediseño o el cambio en la interpretación judicial de esa parte del ordenamiento, o la revocatoria o anulación de lo decidido.

Asimismo, puede contribuir a alejarse de un tratamiento de la disciplina que la reduzca a un enfoque normativo puramente *semántico* –con la brecha importante entre lo puesto y lo real–, en el que lo discutido y propuesto a nivel doctrinario y normativo guarde poca relación con las actuaciones reales de las autoridades administrativas, y los efectos de esas actuaciones sobre las situaciones jurídicas de las personas.

Dejar de suponer que las potestades, los procedimientos, los contratos y las actividades administrativas, se desarrollan solo atendiendo a un abstracto interés general, y que cuando las emplean las autoridades no están sujetas a fallas por diversas causas, tales como insuficiente información, predominio de intereses particulares sobre el interés público o infracciones al ordenamiento jurídico, es un importante paso que mucho puede fortalecer el proceso de toma de decisiones de la Administración, el control jurisdiccional sobre las actuaciones de esta y también otro tipo de controles, como el fiscal por ejemplo, en lo relativo al buen o mal uso de los recursos públicos.

Por ejemplo, en el ámbito de ejercicio de potestades como la autotutela, discrecional u organizativa, es considerable el aporte que los estudios de Buchanan y Tullock pueden brindar al Derecho Administrativo, ya que con apoyo en las premisas enunciadas, será muy diferente el modo en que se evaluará y decidirá en qué casos y bajo qué condiciones atribuir autotutela y cuándo ella es ejercida sin arbitrariedad por la Administración, cuándo habilitar la discrecionalidad administrativa y cómo determinar, más allá de la aplicación de los principios empleados para su control, cuándo con su ejercicio se incurren en fallas que generan más perjuicios que beneficios, y en qué supuestos la creación de nuevos entes u órganos administrativos puede resultar además de injustificado, contrario al buen desempeño del sector privado, así como un incentivo para la corrupción, los privilegios y el abuso de poder.

En un sentido más amplio, las tesis de la Teoría de la Elección Pública pueden ser de gran utilidad para evaluar, desde un enfoque jurídico-institucional, el diseño y contenido de la regulación económica, así como el buen o mal ejercicio de la actividad administrativa en cualquiera de sus manifestaciones, como son la actividad de policía u ordenación, la actividad de prestación servicios, la actividad de gestión económica y la actividad de fomento de iniciativas privadas.

Todas estas actividades, desde luego, están sometidas a principios y normas especiales, por lo general previstas en los sistemas jurídicos de cada país, que permiten tanto en el ámbito jurisdiccional como en otros, ejercer el control legal del modo en que las diferentes organizaciones administrativas las desarrollan. Ahora bien, ese control legal puede ser insuficiente al momento de, más allá de verificar el cumplimiento de requisitos formales, dar cuenta de los resultados y efectos, también susceptibles de control jurídico, logrados o no con el desarrollo de esas actividades administrativas¹⁰.

Dado que el funcionamiento de la Administración es sufragado por los particulares mediante el pago de impuestos, contribuciones y tasas, y la aceptación de que ella gestione y administre bienes y otros recursos, resulta muy justo entonces que el estudio y la evaluación de las normas que le rigen y las decisiones que adopta sea realista e integral, y que por tanto, no parta de premisas falsas o fácilmente *falseables*, como la supuesta dicotomía del interés público de los funcionarios versus el interés privado de los particulares, ni se limite a un mero control abstracto o formal del cumplimiento por las autoridades de algunas exigencias del sistema jurídico, en el que aspectos como la eficiencia, el bien común, la corrupción, la racionalidad de la elección o los costos de la decisión sean ignorados por la instancia que evalúa o controla la actividad administrativa.

Especial importancia reviste lo antes afirmado, en el campo del estudio y evaluación de la actividad de fomento, pues cuando ella es correctamente desarrollada, puede beneficiar y potenciar actividades privadas de inequívoca utilidad o beneficio para la ciudadanía, en áreas tan diversas como la educación, la cultura, la protección del ambiente, el deporte o la innovación científica, pero cuando es mal empleada, apelando por ejemplo al tópico de que toda decisión de la Administración satisface siempre el interés general, puede dar lugar a casos de corrupción, a tratos privilegiados y, en definitiva, al uso ineficiente e ilegal de los siempre escasos recursos públicos con que labora la Administración.

No parece necesario insistir en lo inconveniente que resulta a los particulares consideren que la Administración realiza actividades que en

¹⁰Una propuesta en este sentido, en Guzmán Napuri, Christian, "Una aproximación a la teoría del *Public Choice* y sus implicancias en los mecanismos de control estatal", en *Revista de la Facultad de Derecho* 55. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, 223-243.

realidad no benefician al conjunto de la sociedad, sino solo a una parte de ella, por ejemplo cuando dice fomentar una actividad privada de interés general que no es tal, y sin embargo utiliza para ello los recursos de todos¹¹. Tan grave como lo anterior, es que lleguen a la conclusión de que el Derecho Administrativo no es lo suficientemente capaz de detectar e impedir semejante proceder de las autoridades.

Esta última reflexión deriva de la difusión en diferentes medios informativos nacionales, de la “donación” hecha por el Gobierno nacional, según instrucción de la entonces Presidenta de la República, a la Fundación “Salvador Allende” (en lo que sigue, FSA), en los últimos días de su gestión al frente de la primera Magistratura del país, a fin de fomentar la actividad que esa asociación privada realiza, de acuerdo con sus estatutos fundacionales.

Tal decisión generó una interesante y pertinente discusión sobre lo justificado o no que resulta que el Poder Ejecutivo, y más en concreto, la Administración Pública, tenga potestad de disponer de recursos públicos para financiar iniciativas privadas, siempre que considere que esas iniciativas que elige respaldar con recursos u otros apoyos, son de beneficio para la sociedad en su conjunto.

Más allá de la imprecisión inicial al difundir la noticia, en cuanto al monto del último aporte recibido, y del monto total “donado” durante todo el período de la ex Presidenta (se afirmó que se hizo un aporte por 200 millones de pesos, para un total de 605 millones, cuando en realidad se “donó” un monto de 100 millones, para un total de 505 millones) a la FSA, el punto relevante es: ¿cuál es la justificación que la Administración competente en el área –Ministerio de Hacienda– dio o podría dar para asignar de forma unilateral a una asociación privada tal cantidad de fondos públicos, para desarrollar una actividad (difusión de un ideario político) si esta no consiste en servicios, acciones o bienes de utilidad pública, que aporten beneficios verificables y sin discriminación a toda la población?

Según el Presidente Ejecutivo de la FSA, el monto recibido no se trató de una “donación”, sino del resultado de la firma de un “convenio” entre la Administración y la FSA, que fue “el acto final de un largo proceso de postulación y evaluación de nuestros proyectos, que comenzó en octubre del año pasado. No es una entrega ‘de última hora’”¹².

¹¹En general, sobre la actividad administrativa en Chile, y en especial, la revalorización de la actividad de fomento, véase Camacho Cepeda, Gladys, “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la Administración del Estado”, en Pantoja Bauzá, Rolando (Coord.), *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008, 241-276; y Camacho Cepeda, Gladys, “La actividad administrativa en la doctrina chilena: 1859-2009”, en Pantoja Bauzá, Rolando (Coord.), *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, 225-267.

¹²Véase la declaración completa en *La Segunda*, edición del 16.03.18, consultada en: <http://bit.ly/2pqhUQa>

Para que sea ajustada a Derecho la decisión, tanto las autoridades como los beneficiarios de la misma, deberían estar en posibilidad de demostrar que los recursos otorgados a la FSA están destinados a *fomentar* una actividad de interés general o utilidad pública para la sociedad. La doctrina es conteste en señalar que la actividad administrativa de fomento es la acción de la Administración dirigida a promover actividades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo iniciativas privadas de particulares que buscan satisfacer necesidades públicas, o cuya realización se estima de utilidad general, sin utilizar para ello la coacción ni crear servicios públicos¹³.

Ahora bien, desde la perspectiva de la *Public Choice*, la pregunta que surge es: ¿fomentó la Administración en el caso de la FSA una actividad privada que satisface una necesidad pública o que genera una utilidad general?

Los representantes de FSA afirman que ella “realiza con estas y otras donaciones, una amplia y rica agenda de actividades en beneficio de la comunidad: formación ciudadana en escuelas y liceos de menores ingresos, acogida a investigadores nacionales e internacionales, entre otros”¹⁴. De ser ello cierto, podría considerarse que se decidió fomentar la educación ciudadana, a través de los proyectos que ejecuta la FSA (aunque en la web de esta fundación no figura información acerca de cuáles proyectos han sido o serán ejecutados con los 505.000.000 de pesos recibidos en los últimos cuatro años).

Sin embargo, si partimos de la definición de actividad de fomento antes enunciada, como actividad en que la Administración Pública promueve la satisfacción de necesidades públicas o la ejecución de proyectos de utilidad pública, entonces cabe al menos dudar sobre si el aporte hecho a la FSA encuentra justificación en el sistema jurídico vigente, pues se decidió otorgar fondos públicos a una iniciativa privada que, según lo dicho en su página en Internet, tiene como misión “...difundir el extenso legado político, cultural y social desarrollado a lo largo de la vida de Salvador Allende así como promover y desarrollar los valores humanistas y profundamente democráticos que inspiraron su pensamiento y su acción política”¹⁵.

La misión de esta Fundación no consiste, por ejemplo, en la difusión de conocimientos, capacidades o iniciativas desde una visión plural del proceso educativo, vinculado además con materias de relevancia para una sociedad, como son los derechos humanos, la protección del ambiente, la participación ciudadana o la promoción de valores reconocidos en

¹³Sobre el tema, véase Jordana De Pozas, Luis, “Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos* n. 48. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, 41.

¹⁴Véase la declaración completa en *La Segunda*, edición del 16.03.18, consultada en: <http://bit.ly/2pqhUQa>

¹⁵Los datos están disponibles en la dirección web de la FAS: <https://bit.ly/2udmIKj>, última consulta el 09.07.18.

la Constitución política, al margen de las preferencias ideológicas o las simpatías partidistas de los ciudadanos.

Por el contrario, es clara la vinculación de la FSA con una preferencia ideológica, lo que es por demás legítimo en democracia, pero no relevante desde el punto de vista de la recepción, vía actividad administrativa de fomento, de recursos públicos para la difusión de esa preferencia política, actividad perfectamente realizable, pero siempre y cuando se financie con recursos privados, no provenientes de la hacienda pública.

Muy distinto es el caso del financiamiento de partidos políticos durante períodos de campañas electorales, pues en tal caso no se fomentan doctrinas u opciones políticas, sino el funcionamiento en su conjunto del sistema político y electoral democrático del país.

De vuelta al caso examinado, más allá del cumplimiento de procedimientos, requisitos y actos para adoptar la decisión, desde el punto de vista de la *Public Choice*, es difícil aceptar de inicio que en este caso se satisfizo el interés general al financiar desde el Estado la difusión de una doctrina política afín a la doctrina seguida por las autoridades que en ejercicio de sus competencias, adoptaron la decisión de otorgar el financiamiento.

Valga aclarar que es irrelevante el color o contenido de esa doctrina (si es de “izquierda”, “derecha”, etc.), siendo lo sustancial aquí el determinar si el financiamiento con fondos públicos de idearios o doctrinas políticas a través de Fundaciones privadas, se puede o no considerar un supuesto de fomento de interés general o utilidad pública.

Para responder a tal pregunta, la Teoría de la Elección Pública nos propone considerar las siguientes cuestiones: la decisión adoptada, ¿se tomó porque tanto los que la tomaron como las que se beneficiaron de ella actuaron persiguiendo el interés general o atendiendo a incentivos particulares, por afinidad política?, el uso de los recursos públicos asignados, ¿ha generado beneficios al conjunto de la población, más allá de a quienes integran la FSA y a quienes siguen la doctrina política que ella difunde?; la elección hecha por la Administración, ¿se trató de una decisión discriminatoria, reveladora de un fallo de intervención pública, o expresa una política general de financiamiento público de difusión de diversas doctrinas e idearios políticos, de signos diversos entre sí?

Responder a las preguntas anteriores es de suma importancia en el contexto actual, si se considera además que Juan Carlos Flores, en un trabajo dedicado al estudio de la actividad de fomento en Chile, sostiene que esta ha mostrado un crecimiento sustancial, dado que la Administración Pública cada vez prescinde más de una actuación directa y opta por otorgar fondos públicos a los particulares para que sean estos quienes lleven a cabo aquellas actividades que en definitiva satisfagan el interés general¹⁶.

¹⁶Ver lo expuesto en Flores, Juan Carlos, “Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno. El caso de la concesión de obra pública”, en *Revista de Derecho* n. XXXVII Tomo II. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, 329-367.

Es en el proceso de evaluación de los proyectos presentados por los representantes de FSA que las cuestiones antes formuladas debieron ser respondidas en una primera instancia por las autoridades de la Administración que adoptaron la decisión de otorgar el fomento. En ese proceso, que debe ser público, transparente y abierto a otras opciones distintas a la ganadora, la decisión adoptada debe constar en un acto administrativo motivado, que exprese las razones de Derecho y de hecho en que se basó la autoridad para decidir, y que indique cómo se excluyó todo interés particular a pesar de la afinidad política, cómo el difundir una doctrina política puede beneficiar a quienes no la respaldan ni aceptan, y cómo se evitó privilegiar a una doctrina política y discriminar a otras, a través de esta medida de fomento.

De constar todo lo anterior en el acto respectivo, todo interesado en cuestionar ante una autoridad jurisdiccional su conformidad a Derecho, tendría la posibilidad de conocer no solo el fundamento normativo de la decisión, sino también las razones de hecho, desde el punto de vista de las motivaciones, fines y resultados perseguidos, que la autoridad tuvo en cuenta para adoptar su decisión, lo que permitirá un control jurídico más integral y efectivo, en este caso, de la actividad de fomento por parte de la Administración Pública, con independencia de la tendencia o color político de las autoridades de turno, logrando, en expresión del ya referido Casas Pardo, según el caso, *sacar a la luz las limitaciones y las lagunas de esta intervención*¹⁷.

¹⁷ Casas Pardo, José, "Estudio introductorio" a Buchanan, James M., y otros, *El Análisis Económico de lo Político. op. cit.*, 34.

IN MEMORIAM

EL CASO DE ALFIE EVANS

LA ENFERMEDAD DE ALFIE EVANS

Un problema ético similar se presentó poco después con el caso de Alfie Evans, otro niño británico. Nacido el 9 de mayo de 2016, de dos padres muy jóvenes, Tom Evans (de 19 años) y Kate James (de 18). Su apariencia y desarrollo inicial era normal, pero en julio se le detectó un estrabismo divergente. Progresivamente, el pequeño desarrolló una letargia incrementada y una pobreza de reacción a estímulos o de reflejos neurológicos normales, como por ejemplo sostener su cabeza. A partir de noviembre quedó claro que el niño sufría un retraso marcado del desarrollo.

Alfie fue estudiado de su problema en el hospital infantil *Alder Hey* de Liverpool, operado por la *NHS Foundation Trust*, una fundación creada por el sistema público de salud británico para poder gestionar centros hospitalarios públicos de forma privada (por cierto, inspirada en la madrileña Fundación Hospital Universitario de Alcorcón).

Una resonancia magnética practicada el 30 de noviembre reveló una pobre mielinización de los axones neurales. La mielina es una proteína que recubre las conducciones nerviosas, y es clave para una rápida transmisión del impulso eléctrico. Cuando falla la mielinización, se producen graves enfermedades neurológicas (en adultos, por ejemplo, la esclerosis múltiple). En un recién nacido como él, los pediatras manejaron como posibles causas una enfermedad mitocondrial (como en el caso de Charlie Gard) o una hiperglicemia no cetósica (una rara afectación de la capacidad del organismo para degradar los aminoácidos, unos componentes de las proteínas).

El 14 de diciembre, tras un cuadro vírico agudo, Alfie comenzó a presentar convulsiones continuas de tipo epiléptico y difícil control con medicación. Su estado se deterioró, y dos días después presentó un cuadro de apneas (falta de respiración espontánea) que precisó oxígeno en máscara. El bebé entró en un estatus de encefalopatía severa de tipo comatoso, con los reflejos como única respuesta neurológica. Durante diciembre y enero, no hubo nuevas crisis ni cambios en su estado, mientras los electroencefalogramas mostraban escasas respuestas. El cuadro vírico había evolucionado a una neumonía bilateral, y en enero de 2017, los pediatras comunicaron a los padres por primera vez que era probable que el niño no se recuperase. De hecho, no obstante, el pequeño superó la infección pulmonar con los antibióticos, y a los padres les quedó la sensación de que los pediatras parecían precipitarse con su pesimismo. Incluso, según palabras del padre, que “el hospital se rendía con Alfie”.

Desde entonces, Alfie permaneció en un estado de coma relativamente profundo, con respuesta a estímulos marcados, y ausencia ante los más comunes, así como hipotonía muscular severa, junto a recaídas de convulsiones epilépticas.

El hospital solicitó el 15 de junio de 2017 una consulta externa sobre el caso a la profesora y experta Judith Cross, titular de la especialidad de epilepsia infantil en... el hospital *Great Ormond* de Londres, inmerso entonces en plena vorágine judicial y mediática con el caso Charlie Gard. Cabe preguntarse si, dados los antecedentes en un caso similar reciente, no hubiese sido más prudente consultar otro experto de otro hospital (en Reino Unido los hay, y muy buenos), o incluso uno extranjero. No obstante, es probable que el *Great Ormond* sea el centro de referencia en el país a nivel de enfermedades pediátricas.

La profesora Cross, tras examinar las pruebas de electroencefalogramas y resonancias magnéticas practicados hasta entonces, describió una disminución severa de la actividad neurológica de Alfie, así como algunas atrofas localizadas en su cerebro. En su opinión, ello correspondía con una enfermedad mitocondrial neurológica (el mismo grupo de enfermedades de Charlie Gard) de rápida progresión, que los ataques epilépticos no eran causa sino consecuencia de su enfermedad, y que incluso aunque pudiese mantener una respiración espontánea intermitente, esta no era suficientemente amplia como para mantenerle con vida. El pronóstico era infausto, dado que el tejido neurológico no es capaz de regenerarse, a diferencia del cutáneo o hepático.

Leyendo estas líneas de la valoración de un perito en una sentencia de 2018, me resulta imposible no evocar lo ocurrido hace 20 años, cuando se desató una campaña virulentísima contra la Iglesia por rechazar como inmoral el empleo de embriones para la investigación con células madre, permitiendo solo aquellas con origen adulto. Se le acusó entonces, mis lectores más mayores lo recordarán, de oscurantismo, de retrasar el avance imparable de la ciencia, de condenar a millones de enfermos con patologías degenerativas (y se hacía especial énfasis en aquellas de origen neurológico) a no poder curarse, cuando su sanación estaba “al alcance de la mano”. ¿Dónde están ahora aquellos gallardos y agresivos apologetas de “la Ciencia”? La investigación con células embrionarias, después de sacrificar un número incalculable de personas, está arrinconada, y la de células adultas marcha a paso lento e inseguro. Ahora, a un bebé con una enfermedad neurodegenerativa, ni siquiera se le concede el beneficio de la duda de pensar que en un futuro se conseguirá regenerar sus células cerebrales dañadas: se asegura su incurabilidad de por vida. Y ese pronóstico nefasto marca su sentencia de muerte.

Con tal asesoramiento externo, los médicos del *Alder Hey* informaron a los padres que cualquier tratamiento para Alfie sería inútil, incluso si se lograban reducir los ataques epilépticos. Más aún, que mantener su vida por medio de la ventilación asistida era “cruel, injusto e inhumano”. Mientras tanto, desde enero estos habían buscado consultores externos, concretamente de la Universidad de Cincinatti (doctor Samuels) del *Bambino Gesù* de Roma, y del hospital de la Universidad de Munich (doctores Hubner y Haas). Todos ellos (a la vista de las pruebas de la historia clínica) estuvieron de acuerdo en que el pequeño sufría una enfermedad neurodegenerativa progresiva y de expectativa fatal, de causa desconocida (el profesor Haas, de hecho, opinó que probablemente se le llamaría con el nombre del propio Alfie Evans). Los padres tenían entonces dificultad para aceptar este hecho, debido a la relación torcida desde el inicio con los médicos del *Alder Hey*. Los consultores les explicaron algunos detalles e impresiones erróneas que los movimientos espasmódicos del niño podían causar, a modo de recuperación. No obstante, sí estuvieron de acuerdo en la utilidad que podría tener un

estudio genético para mejor diagnosticar la enfermedad. Y dado lo excepcional del caso de Alfie, resulta bastante insólito que una prueba no estandarizada pero sí de uso común en la neuropediatría especializada, no se le hubiese realizado ya al paciente. Finalmente se practicó la prueba en el *Great Ormond* de Londres, descartando que el bebé sufriese una rara patología llamada enfermedad de Batten, y persistiendo la incógnita sobre la causa de su trastorno de mielinización neural.

Todos los informes médicos establecieron fuera de toda duda, y a la luz de los conocimientos actuales, que la enfermedad de Alfie era de origen desconocido, severa, progresiva e incurable. El problema (y la divergencia) provino de la valoración que este diagnóstico significaba para la “calidad de vida” de Alfie.

EL JUICIO SOBRE EL CASO ALFIE EVANS

A finales de 2017, los médicos del hospital dijeron a sus padres, literalmente, que “la vida de Alfie no tenía sentido”, por cuanto no se le podía curar y su deterioro continuaría irreversiblemente. Cuando los progenitores pidieron el traslado a otro centro hospitalario que sí quisiera tratar o al menos dar un soporte vital al pequeño, el hospital *Alder Hey*, al igual que el *Great Ormond* en el caso de Gard, acudió a los tribunales en diciembre de 2017, cuando el pequeño contaba 17 meses de edad, pidiendo que se le quitase la custodia a los padres y se le concediese a un tutor, con el objeto de que este decidiese la retirada del soporte vital (particularmente la respiración asistida) a Alfie. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=31158>

El siguiente informe del equipo médico del hospital infantil, de 20 de diciembre de 2017, abordaba ya abiertamente el curso de acción a seguir con Alfie Evans, dado que se había dado su caso por incurable. En ese momento precisaba de ventilación mecánica, porque su respiración espontánea no era suficiente para oxigenarle, y los propios médicos que le atendían daban por supuesto que su retirada produciría la muerte del bebé en breve plazo. Se decidió no realizar más pruebas complementarias, pues las resonancias magnéticas y los electroencefalogramas ya mostraban constantemente una hipoactividad y una amplia destrucción neural.

El 19 de diciembre comenzó la vista ante la división de familia del Tribunal Supremo (*High Court*) del Reino Unido, ante el magistrado Anthony Paul Hayden. Tuvo mala suerte la familia: el magistrado había aprobado la retirada de alimentación e hidratación artificial a una mujer en coma a petición de su propia hija solo un mes antes, en noviembre de 2017. <https://www.bioedge.org/bioethics/woman-in-minimally-conscious-state-should-be-allowed-to-die-uk-court/12512>

Durante el receso por las fiestas navideñas, se produjo una ruptura entre los padres de Alfie y sus abogados, y solicitaron que se aplazara la vista, pues consideraban que hallarse sin representación legal era una desventaja de cara a obtener un juicio justo, pero el juez supuso que trataban de ganar tiempo para su hijo, y lo rechazó, dado que tenían acceso a otros abogados. En todo el texto de la sentencia se aprecia que desde el inicio, el tribunal se predispuso contra lo que consideró intentos de “dilación” de los padres de Alfie (pese a las continuas protestas de “comprensión” hacia ellos), ya que consideró, de acuerdo con los médicos del *Alder Hey*, que urgía una sentencia por “el mejor interés” del menor. Una vez más esa maldita expresión de la justicia inglesa, que suena talmente a una sentencia de muerte.

El argumento principal de los abogados de la Fundación sanitaria pública fue que “no se podía descartar que Alfie sufriese dolor” (*he emphasised that the medical evidence did not allow us to assume that Alfie is free from pain*) y, sobre todo, que “las pruebas apuntaban convincentemente hacia una futilidad del tratamiento” (*the evidence pointed compellingly towards futility of treatment*). Véase el punto 35 de la sentencia.

Llama la atención que sobre una suposición carente de pruebas (“no podemos descartar dolor”) se montase todo el proceso. Más aún, en este caso, al no existir un tratamiento experimental alternativo, queda ya claro desde el inicio que el tratamiento fútil es el soporte vital. De ese modo, no nos llamamos a confusión o engaño.

El juez, no obstante, reconoce en la vista que la dedicación de los padres (en particular del padre, que se mostró profundo conocedor del proceso patológico de su hijo durante toda la vista) les hace acreedores a que “Alfie no podría haber tenido una voz mejor expresada en su favor que la de su padre” (*Alfie could have had no more articulate voice on his behalf than his father's in this Court room*). El tribunal admite en su punto 36 que si Alfie hubiese podido expresarse, sin duda lo hubiese hecho en la voz de su padre. Afortunadamente, la posición del *guardian* no fue tomada tan centralmente como en el doloroso caso de Charlie Gard, y se respetó la opinión de los padres.

Sin embargo, el magistrado se embarca a continuación en la calificación de la actitud de Tom Evans, atribuyendo al duelo su obcecación en buscar esperanzas al estado de Alfie donde no las ve el tribunal, y acusándole de inflexibilidad contra el equipo médico del *Alder Hey*, pese a que este había hecho todo lo humanamente posible. Sorprendentemente, la vista se convierte sin saber cómo en un juicio sobre el énfasis de un padre que lucha por la vida y el bienestar de su hijo.

Realizada a petición del tribunal, el 2 de febrero de 2018 la última resonancia magnética mostró una avanzada destrucción de la materia blanca cerebral y un comienzo de destrucción de la gris, con un tálamo (regulador de la actividad de los sentidos) totalmente atrófico. En ese punto, no había duda que Alfie únicamente presentaba reflejos o espasmos epilépticos, y se hallaba en un estado de coma profundo. Las funciones automáticas de control de temperatura, presión arterial o balance de glucosa en sangre, se hallaban sin embargo aún presentes, y varios episodios de bradicardia se habían corregido espontáneamente. El niño toleraba bien la alimentación por sonda, ganando el peso esperable para su edad. Había sufrido varias infecciones urinarias, resueltas con antibióticos ordinarios. No respondía a estímulos auditivos o visuales, suponiéndose que esto era debido al daño cerebral, y no a daño sensorial. Sin embargo, los propios médicos admitían que, del mismo modo que estaba desconectado con el medio y no podía percibir los estímulos de sus padres, tampoco había signo alguno de que sufriese dolor o incomodidad, y únicamente dudaban si durante los ataques epilépticos pudiese sufrirlo, aunque parece poco probable, dado su estado.

A partir de ese momento, Tom y Kate se centraron en solicitar al tribunal que se les permitiera trasladar a su hijo al hospital *Bambino Gesù* en Roma, donde se harían cargo de practicarle unas técnicas (principalmente una traqueotomía y una sonda permanente de alimentación transgástrica) que facilitarían su soporte vital, aportando un informe (véase el punto 40 de la sentencia). Su padre declaró entonces: «*No estoy aferrado a nada. Estoy aferrado a Alfie. Me mira a los ojos*

y me dice que necesita ayuda. Ha logrado calidad de vida, y él puede salir de esto. Sabemos que no se va a recuperar, pero también que en nuestro hijo vemos potencial y vemos la vida». <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=31575>

Más aún, el tribunal pudo leer estas palabras del profesor Haas, de Munich, uno de los expertos solicitados por los padres, al conocer las objeciones del equipo del *Alder Hey* al transporte, porque este podía desencadenar nuevos eventos epilépticos: “En cuanto al potencial transporte de Alfie fuera del hospital, está claro para mí que Alfie puede ser transportado con seguridad alrededor del mundo a cualquier parte sin riesgos mayores para él. Las objeciones del equipo médico que le atiende no son entendibles para mí, y carecen de base médica. ¿Cómo puedes optar por una extubación, y de este modo la muerte, y objetar un transporte, cualquiera sea su riesgo?” (*Regarding the potential transport of Alfie outside the hospital, it is clear for me that Alfie can be transported safely around the world at any place without any major risks for him. The objections of the managing team at Alder Hey are for me not understandable and without any reasonable medical basis. How can you opt for an extubation and thereby death but object a transport somewhere else as risky ?*). Un comentario de mero sentido común.

El profesor Haas, asimismo, se ofreció a gestionar el transporte del niño a Munich (los médicos del *Bambino Gesù*, pese a su ofrecimiento, también habían admitido que existían algunos riesgos para el niño por el transporte, aunque de forma menos categórica que el equipo inglés). Allí le practicarían la traqueotomía y la sonda permanente, harían nuevas pruebas (incluyendo test genéticos), y proporcionarían a los padres una formación completa para el manejo domiciliario del soporte vital necesario para el niño (de hecho, en España este paciente estaría incluido en el programa de hospitalización domiciliaria, con visita regular de facultativos y enfermería, y un teléfono 24 horas donde atender cualquier duda o urgencia). Es decir, ofrecía a los padres la posibilidad de que su hijito estuviera en casa con ellos, atendido con todas las comodidades posibles hasta que llegase el, en principio, inevitable final. El doctor Haas calculaba el coste de todas las intervenciones en el hospital bávaro (incluyendo cirugía y pruebas complementarias) más las dos semanas de ingreso, en unos 65.000 euros. Una cantidad ridícula para un sistema sanitario como el inglés.

Y pregunto yo ¿Acaso no es esta la actitud normal de cualquier sistema médico, de la ley de cualquier sociedad mínimamente civilizada que dispone de los recursos sanitarios necesarios? Ofrecer cuidados paliativos y confort a un niño gravemente enfermo para que pueda pasar con sus padres las últimas semanas o meses de su vida, abrazo y querido por los suyos. Es más, si el niño hubiese sobrevivido años, ¿acaso no hubiese sido merecedor de tener la oportunidad de someterse a un posible programa experimental futuro con células madre que permitiera regenerar su cerebro aunque fuese parcialmente? ¿Acaso no merecía Alfie una oportunidad, por remota que fuese?

El profesor Haas todavía lanzaba un último misil a los médicos del *Alder Hey* y al propio tribunal: “La retirada del tratamiento conduciría inmediatamente a su muerte y esto ciertamente no es su interés. Está claro que en su mejor interés debería existir para Alfie una posibilidad de vivir su posiblemente corta vida dignamente junto a su familia, en casa si ese es el deseo de sus padres, donde creo que está lo mejor para él, fuera de un hospital, o un hospicio u otra forma de institución de cuidados. Una institución dedicada a la rehabilitación neurológica puede ser

asimismo beneficiosa porque puede muy bien haber otros tratamientos o terapias de estimulación de las que yo no sea consciente". (*Withdrawing of treatment will immediately lead to his death and this can certainly not be in his interest. It is clear that in his best interest there should be a possibility for Alfie to live the possibly short rest of his life in dignity together with his family if this is the wish of his parents at home, which I believe is the best for him, outside a hospital or in a hospice or other form of caring institution. A dedicated neurological rehabilitation institution may be of additional benefit because there may well be other treatment and stimulation therapies I am not aware of*").

Estas palabras resumen muy bien la actitud de un médico humano y responsable en un caso grave como este: que dejar morir a Alfie no era de su mejor interés (la eutanasia no es medicina responsable), que la dignidad de la muerte es hacerlo junto a sus seres queridos en casa y atendido hasta el último momento (los cuidados paliativos sí son muerte digna), y que un experto mundial no puede asegurar que no existan, incluso en este momento, otros tratamientos alternativos para la enfermedad de Alfie (los médicos deben ser humildes cuando encuentran los límites de su conocimiento, y no tratar de imponer su perplejidad o ignorancia a los pacientes). Ni qué decir tiene que las hago mías de todo corazón.

Al juez le molestó (y de hecho critica como inapropiado) el final del texto de Haas, porque a su juicio las creencias personales no deberían tener lugar en la consideración de los hechos del caso. El doctor Haas afirmaba que en Alemania la historia les había dado la triste experiencia de lo que no había que hacer con los niños discapacitados, y que existía una obligación hacia ellos, no pudiendo retirarles el soporte vital contra la voluntad de sus padres. Al tribunal no le hizo mucha gracia que se equiparase la proposición del *Alder Hey* con las prácticas eugenésicas del régimen nazi.

El tribunal descartó un informe aportado por los padres sobre la seguridad del transporte, en base a que el médico que lo redactó se había introducido subrepticamente en el hospital para evaluar el estado y necesidades del niño para el viaje, ocultando al personal su condición de facultativo.

EL COMUNICADO DEL ANSCOMBE BIOETHICS CENTRE

Poco antes de que se dictara sentencia, a principios de febrero de 2018, el católico *Anscombe Bioethics Centre* de Inglaterra, emitió un comunicado sobre el caso, criticando contundentemente la postura de los médicos del *Alder Hey*. Afirmaba que aunque no se podía forzar a los médicos a continuar tratamientos si consideraban que no tenían utilidad para el paciente, tampoco se podía impedir a los padres buscarlos en otros lugares. "En el caso de niños, son los padres quienes tienen la responsabilidad principal por su propio hijo, y esa responsabilidad incluye el derecho a proteger sus intereses del modo que ellos consideren [...] Los derechos de los padres, que existen en primera instancia para el bien de sus hijos, no se les deben retirar a menos que hayan mostrado haber actuado irracionalmente y poner a su hijo en un riesgo significativo. [...] Los médicos no siempre hacen las cosas correctamente en el tratamiento o los cuidados, y cuando los padres han perdido la fe en el cuidado de los médicos por su hijo, pueden buscar tratamiento y cuidados en cualquier otro sitio". El portavoz añadió que si el niño podía ser trasladado

sin riesgo ni cargas “a los padres normalmente se les debería permitir transferir el cuidado de su hijo a otros médicos cualificados disponibles, fuera en este país o en el extranjero”. En el caso de Alfie, no le quedaba claro al centro *Anscombe* si el propio tratamiento estaba causándole sufrimiento al niño, ni si podía ser capaz de experimentar algunos simples placeres, como que se le acariciara el brazo. También añadió que, como regla general, retirar o no implementar tratamientos podía estar justificado si el motivo era evitar a un paciente procedimientos excesivamente pesados, pero que no debía confundirse con el sufrimiento causado por una condición particular del paciente, como una discapacidad. “Si el motivo es acabar con una vida que es vista como “inútil” debido a la enfermedad o la discapacidad, esto nunca puede ser justificado. Ninguna vida humana carece de valor, y el tratamiento solo puede ser retirado por las razones correctas, como falta de recursos o indudable daño en relación a sus beneficios”.

“In the case of children, it is the parents who have prime responsibility for their own child and this responsibility entails the right to protect their child’s interests as they see them,” “Parental rights, which exist for the sake of the child in the first instance, should not be taken from parents unless they have been shown to have acted unreasonably and put their child at significant risk,” the spokesperson continued. “Doctors do not always get things right in treatment or care, and where parents have lost faith in the doctors caring for their child they may seek treatment and care for their child elsewhere.” if the child can be moved without undue risk or burden, “the parents should normally be permitted to transfer the care of their child to other suitably qualified doctors, whether in this country or abroad”. “If the motive is to end what is seen as a ‘worthless’ life due to illness or disability, this can never be justified,” said the spokesperson. “No human life is worthless, and treatment may only be withdrawn for the right reasons, such as lack of resources or undue burden in relation to its benefits.”

Puede leerse aquí en inglés: <https://www.thecatholicuniverse.com/parents-alfie-evans-legal-battle-transfer-son-vatican-hospital-15443>

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO BRITÁNICO

El juez Hayden dictó sentencia el 20 de febrero, que puede leerse completa aquí (en inglés). <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2018/02/alder-heyv-evans.pdf>

El preámbulo se apoyó en varios puntos:

1. La guía del *Royal College of Paediatrics* sobre la “Toma de decisiones en la limitación de tratamientos en niños en situación terminal o de amenaza para la vida: una guía práctica”, publicada en 2015. Entre las situaciones en las que se *podría* limitar un esfuerzo terapéutico por no ser del “mejor interés” para el niño, el magistrado evoca el apartado II, donde se afirma: “Cuando la calidad de vida está limitada. Esto incluye situaciones donde el tratamiento puede prolongar la vida significativamente pero no alivia las cargas asociadas a la enfermedad o el propio tratamiento” (*When life is limited in quality This includes situations where treatment may be able to prolong life significantly but will not alleviate the burdens associated with illness or treatment itself*). Véase el punto 46 de la sentencia.

Nuevamente vemos citarse el subjetivo (y por ello peligroso término) de “calidad de vida”. Asimismo, se repite la maldita costumbre de la legislación inglesa de no ceñirse a los términos de la bioética científica, y emplear en su lugar unos propios. Así, en lugar de hablar de evitar el encarnizamiento terapéutico (un concepto con aristas y límites discutidos ya de por sí), se enfanga en términos tan ambiguos como el de las etéreas “cargas” asociadas a una enfermedad, para ponerlo en el otro platillo en la balanza en la que se pesa una vida humana.

En su punto 3, enumera algunas condiciones que *podrían* entrar en dicha descripción y en las que “la condición basal del niño *puede* dificultarle o imposibilitarle disfrutar de los beneficios que conlleva continuar viviendo” (*the child’s underlying condition may make it difficult or impossible for them to enjoy the benefits that continued life brings*). Entre ellas está el coma vegetativo persistente, como el que sufría Alfie, y ante el cual la guía recomienda: “incluso en la ausencia de dolor o sufrimiento demostrable, la continuación del soporte vital *podría* no servir a sus mejores intereses, porque no puede proporcionarle un beneficio superior” (*Even in the absence of demonstrable pain or suffering, continuation of LST may not be in their best interests because it cannot provide overall benefit to them*).

[Nótese sobre cualquier otra consideración que toda la guía está preñada, constantemente, del verbo “poder”, es decir, que evita de forma cuidadosa dar como indicación firme la retirada del soporte vital, y en el fondo deja la decisión en manos del facultativo. Pero la ambigua redacción no oculta que, de hecho, se trata de dar validez ética a la retirada de soporte vital a un niño en coma prolongado incluso si no se puede comprobar objetivamente dolor o sufrimiento, en “sus mejores intereses” (ya hemos aprendido en el caso Gard lo que eso significa en la terminología legal inglesa). Es decir, claramente introducir la eutanasia como lícita.]

No obstante, la guía procura no pillarse los dedos, y deja muy claro que “es importante, aquí como en cualquier otra circunstancia, tomar en la debida cuenta la visión, deseos y preferencia de los padres” (*It is important, here as elsewhere, that due account of parental views wishes and preferences is taken*). Es decir, que el juez apoya su primer punto de argumentación en una recomendación del *Royal College of Paediatrics* en la que la ambigüedad permite tanto un curso de acción como el contrario (por tanto, no vinculante, sino meramente informativo, y por tanto carente de autoridad imperativa), y sin embargo parece olvidar la recomendación, esta sí firme, de tener en cuenta los deseos y preferencias de los padres. Más adelante veremos que el magistrado intenta justificarse en ese aspecto.

2. En el punto 47, y apoyado sobre la defectuosa interpretación de la guía que he comentado, el juez opina que “el marco de referencia legal es ahora relativamente fácil”, anticipando ya cuál a ser la resolución. Pese a que no lo considera indispensable, en los siguientes puntos de la sentencia resume la jurisprudencia británica en casos similares que considera relevante (incluyendo el caso Charlie Gard). Se puede consultar en los puntos 48 a 50.

3. Quizá lo más doloroso es cuando el tribunal pasa a considerar las creencias de los padres. El juez observa acertadamente que aunque esté convencido de que el tratamiento es fútil, eso no conlleva automáticamente la autorización a retirar

el soporte vital, puesto que la vida tiene un valor intrínseco, por tenue que sea (*It does not follow axiomatically that the futility of Alfie's situation leads to the immediate withdrawal of ventilation. Life itself has intrinsic value, however tenuous or vestigial it's hold*). Tras esta afirmación de sentido común, Hayden entra a valorar las creencias de los padres, católicos declarados, aunque admite que ellos mismos no se presentaban como observantes, pero se agarra a que una declaración del padre, en la que dice que Alfie “es nuestro hijo e hijo de Dios”. Tampoco los Evans habían aludido a ninguna razón moral o teológica para su solicitud, sino en su potestad como padres y en pruebas científicas.

Con la excusa de incluir las creencias de los padres en la valoración del caso, el magistrado se apoya en un documento presentado por el abogado del sistema inglés de salud, acerca de una carta abierta del papa Francisco dirigida en noviembre de 2017 a la Academia Pontificia por la Vida. El párrafo extractado (que se puede consultar en el punto 52 de la sentencia), simplemente recoge lo que la doctrina católica ya enseña sobre el final de la vida y la evitación del encarnizamiento terapéutico (único lugar en esta sentencia y en la de Charlie Gard en el que se emplea este término normativo en bioética). El párrafo es genérico, y habla por defecto de pacientes terminales adultos o ancianos (no de bebés); únicamente refiere tratamientos extraordinarios (y de entrada no se considera como tal el soporte vital). Asimismo, reconoce la dificultad de valorar casos límite y, naturalmente, en ningún lugar afirma que haya que pasar por encima de la voluntad de los padres. Más aún explícitamente afirma que en ese proceso “el paciente tiene el papel principal”, si “está competente y capaz”. Se sobreentiende que, en caso contrario, son los tutores o representantes legales quienes lo hacen.

Me parece una canallada que el juez Hayden emplee este párrafo de una carta que no representa magisterio ordinario para, manipulando sus términos, no solo pretender dar lecciones de su fe a unos padres angustiados, sino justificarse en ella para contradecir la propia doctrina católica y condenar a muerte a un niño gravemente enfermo. Para remate, lanza una reconvenición insólita e innecesaria al consultor profesor Haas a cuenta de este párrafo, con aroma a venganza, demostrando una animosidad carente de sentido, y que lesiona su propia figura como juez imparcial. Como veremos más adelante, el propio papa, en cuya autoridad pretende apoyarse Hayden, respaldaría posteriormente la solicitud de los padres. Los puntos 51 a 53 de la sentencia son sencillamente indignos.

4. Por el contrario, el juez rechaza la aseveración de la “*guardian*” acerca de la indignidad de la vida del niño, basándose en su visita personal al hospital y la comprobación del enorme apoyo familiar y cariño del que disponía el niño, así como los avanzados medios y comodidades del *Alder Hey*, y la profesionalidad y dedicación de médicos y enfermeras que le atendían. Es de agradecer que el juez en este caso no se deje influir por el punto de vista del *guardian* (una figura legal inglesa francamente asquerosa, que parece no tener criterio diferente que el de los médicos demandantes, con lo que su utilidad es más que dudosa), pero resulta escalofriante que la dignidad de la vida de un enfermo grave, según las leyes inglesas, dependa a lo que se ve de la sensibilidad e incluso el humor del punto de vista subjetivo de un magistrado.

La sentencia concluye con la evidencia científica de que la enfermedad cerebral de Alfie es “devastadora”, progresiva e incurable, que ningún examen diagnóstico más de los solicitados por su familia podría ayudarle, que no hay pruebas de respuesta más allá de los meros reflejos (pese a algunos vídeos aportados por el padre del niño que podían poner en duda una afirmación tan categórica), y que no podía mantener su vida sin la ventilación mecánica: “es incapaz de mantener su propio esfuerzo respiratorio” (*he is unable to sustain his own respiratory effort*). En el punto 62, Hayden rechaza la petición de los padres estimando que lo mejor para Alfie son unos cuidados paliativos de calidad, paz y privacidad en las últimas etapas de su vida. Sin duda, a la luz de la ciencia, esa es una conclusión razonable. El problema, como veremos más adelante, es lo que el juez entiende por cuidados paliativos.

Y tras dejar sentado categóricamente el pronóstico infausto del pequeño, a imitación de los médicos, el juez decide que “no se puede excluir” que un cerebro sin actividad salvo refleja, no sienta dolor, por lo cual se desaconseja el traslado en ambulancia aérea. Nuevamente, como en el caso de Charlie Gard, la jurisprudencia nos ofrece un testimonio irrefutable de esa misteriosa enfermedad neurológica que destruye selectivamente el cerebro, de modo que no puede sentir placer, pero sí dolor. No vemos pruebas objetivas de tal aseveración, pero debe ser alguna *particularidad de la neurología inglesa*.

Para el juez, el traslado a Italia o Alemania para ulteriores pruebas o tratamientos pondría en riesgo la vida del pequeño, por discontinuación del tratamiento anticonvulsivo, o la aparición de infecciones. Y desvela casi involuntariamente, su principal preocupación: “nadie querría que Alfie muriese durante el traslado” (*Nobody would wish Alfie to die in transit*), véase el punto 63. Teniendo en cuenta a qué condena la sentencia al pequeño, esta afirmación es cuanto menos cínica.

Tras haber desestimado la autorización para nuevas pruebas o traslados a otros centros hospitalarios a petición de los padres (sin que aparezca por ninguna parte la razón de retirarles de modo fáctico la patria potestad para decidir la actitud sobre la salud de su hijo), tras invocar la paz y la dignidad del pequeño, tras prohibir viajes por riesgo para su bienestar y vida, y recomendar los cuidados paliativos, el magistrado Anthony Paul Hayden decide en el último punto de la sentencia que mantener la ventilación mecánica “no va en los mejores intereses de Alfie”, autorizando su retirada, es decir, condenándolo a muerte contra la opinión de sus representantes legales autorizados, sus padres. ¿Dónde están los “cuidados paliativos”?

La infamia se corona en el último punto de la sentencia, en el que elogia abiertamente, innecesariamente e impudicamente, la labor del abogado de la *NHS Foundation Trust*, Michael Mylonas, verdadero fiscal contra la vida del niño. Para los padres de Alfie (particularmente para Tom, que tomó la portavocía de ambos), más allá de numerosas fórmulas corteses solidarizándose con su pena, no hubo por parte del juez más que reconvenciones y desaprobación por su iniciativa intentando hacer todo lo posible por su hijo. La madre abandonó la sala antes de la lectura de la sentencia y el padre rompió a llorar al escucharla. No quisiera estar en la conciencia del juez Hayden en las noches de reflexión tras esta infamia. Ni en su pellejo el día del Juicio. <http://www.infocatomica.com/?t=noticia&cod=31674>

ALFIE'S ARMY. BATALLA CONTRARRELOJ POR LA VIDA DE UN NIÑO ENFERMO

Thomas y Katie Evans solicitaron un recurso de amparo ante la corte de apelación británica, basándose en el traslado al hospital *Bambino Gesù* de Roma, que había aceptado hacerse cargo del caso. Sus padres afirmaron que querían correr el riesgo de que muriera durante el viaje, pues al menos así lo hubiera hecho intentando curarse, o al menos prolongar su vida junto a los suyos. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=31766>

En marzo, no obstante, la corte de apelación desestimó el recurso, confirmando la sentencia del Supremo. Tom y Kate apelaron entonces al tribunal europeo de derechos humanos.

El cardenal Elio Sgrechia, expresidente de la Pontificia Academia para la Vida, en una entrevista publicada el 8 de marzo de 2018 afirmaba con respecto a este caso: "es un ataque a la institución familiar. Todo se deriva del estatalismo, que se presenta en forma humanizada. Hace temblar a uno cuando recuerda lo que han hecho en los regímenes totalitarios. Puede detenerse reafirmando los valores. ¿Cómo? Con educación, que hoy ha desaparecido. En la escuela, por ejemplo, el término educación ha sido reemplazado por el de instrucción. No es lo mismo. Durante el fascismo, la educación en las escuelas estaba sujeta al régimen. Hoy se está llevando a cabo el mismo proceso, pero está amparado por la legalidad. Necesitamos educar a los jóvenes, por ejemplo, para decir 'no' a este estatalismo, al pensamiento relativista que parece ser dominante".

Sin embargo el día 9 de marzo el presidente actual de la misma Academia Pontificia por la Vida, Vincenzo Paglia, en una entrevista al periódico *Tempi*, justifica el empleo del juez Hayden de la declaración sesgada y ambigua del Papa, incluso dando a entender que esa es la posición oficial de la Iglesia (la de suspender el soporte vital en niños sin esperanza de curación contra la voluntad de sus padres), y que el caso de Alfie cae dentro del encarnizamiento terapéutico, lo cual, por cierto, no afirma en ningún momento el magistrado. Equivocadamente, afirma que los dos padres de Alfie son católicos. Cita el informe al respecto del *Anscombe Bioethics Centre*, pero difiere completamente de sus conclusiones, en un ejercicio de maquiavelismo difícilmente creíble en un alto prelado y en un tema tan serio. A diferencia del documentado y serio análisis del centro británico, monseñor Paglia, ante las preguntas francas, sensatas y directas del entrevistador, se escabulle una y otra vez con generalidades sobre bioética, y apelando a la dificultad del caso y la complejidad de la sentencia. Tras haberla leído personalmente, no creo que el caso sea particularmente difícil para un experto como se supone es el presidente de la Academia Pontificia por la Vida. La entrevista se puede leer, en italiano, aquí: <https://www.tempi.it/alfie-evans-per-monsignor-paglia-si-tratta-di-sospendere-una-situazione-di-accanimento-terapeutico#.WxxI1zMzaiv>

Los padres activaron una campaña en internet (que ya había comenzado antes del juicio) llamada el ejército de Alfie (*Alfie's Army*) tratando de presionar para que su hijo pudiese tener una oportunidad. Se colgaron fotos y videos en las redes sociales, en los que no estaba tan claro que el niño se hallase en un estado vegetativo. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=31885>

Una campaña de *crowdfunding* para obtener dinero con el que costear el viaje y el tratamiento llevaba recaudada a finales de marzo 85.000 libras. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=31935>

El 28 de marzo el tribunal europeo de derechos humanos, con sede en Estrasburgo, consideró inadmisibile el recurso de los padres. Con el antecedente de la sentencia Charlie Gard, que sentaba precedente, esto era lo previsible. <https://www.bbc.com/news/uk-england-merseyside-43576537>

El 4 de abril, el papa Francisco publicó en su *twitter* un mensaje enviando sus oraciones a la familia, y exhortando a hacer lo necesario para acompañar compasivamente al niño y “escuchar el profundo sufrimiento de sus padres”.

El padre llegó a acusar a los gestores del hospital *Alder Hey* de estar chantajeándolo, impidiendo a su familia, e incluso a sus padres, poder tocar o abrazar al niño hasta que no “hablasen” del momento de cumplir las sentencias judiciales. Finalmente, el 5 de abril de 2018, tras una reunión en la que aparentemente se aceptaba prolongar un poco más el tratamiento, el hospital acudió al tribunal supremo de Londres para que este fijase una fecha rápida en la que retirar la ventilación mecánica. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=31986>

Rotas completamente las relaciones, el 12 de abril los padres de Alfie, junto a un equipo médico especializado, intentaron llevarse al pequeño del hospital a un avión medicalizado que tenían preparado, con intención de trasladarlo, presumiblemente a Roma. Según un comunicado de los padres: “el *Alder Hey* llamó a la policía para detener el traslado de Alfie, cerró todas las puertas, encendió una alarma de incendios y sacó a todos los niños de la UCIP. Esto simplemente prueba en primer lugar que el *Alder Hey* está actuando en violación de los derechos de los padres; segundo que Alfie es un prisionero ya que se usa la policía para impedir su salida; y tercero, que sus tácticas son simplemente histéricas”. Para entonces, ya era obvio para todos que el equipo hospitalario había perdido su templanza y estaba decidido a desconectar al pequeño a toda costa. Ese mismo día el tribunal había emitido una orden para mantener la ventilación asistida a Alfie hasta una nueva vista el día 16. En ella, los padres argumentaron que el hospital estaba reteniendo ilegalmente a su hijo. Cientos de simpatizantes de los padres del *Alfie’s army* cortaron durante horas los accesos al hospital, excepto al personal sanitario, como medida de protesta. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32024>

Al día siguiente (13 de abril), el arzobispado católico de Liverpool publicó un comunicado absolutamente infame, saliendo en defensa de los médicos del *Alder Hey*, firmado por un tal Peter Heneghan, portavoz de la archidiócesis. En el mismo, se repite en varias ocasiones un error tan grosero que resulta inconcebible en alguien que realmente conozca el caso: se presenta como una diferencia de criterio entre los padres que quieren “continuar el tratamiento” y los médicos que quieren “establecer un programa de cuidados paliativos” o “cuidados de final de la vida elaborados por especialistas”. Esto es una total falacia. No había ningún plan de cuidados paliativos previsto para Alfie: el único plan era retirarle la ventilación asistida y permitir que muriese ahogado. Nadie versado en bioética puede confundir la eutanasia con los cuidados paliativos, y el obispado de Liverpool haría bien en no poner a un indocumentado a opinar públicamente de temas tan graves. Asimismo, refiere que el obispo auxiliar Tom Williams, que había trabajado como capellán sanitario, había estado en contacto con el equipo médico del *Alder Hey*, ofreciendo su soporte. En cambio, no se había reunido con los padres porque, según *entendía*, “no son católicos”. Amén de la metida de pata (Tom Evans sí es católico, y Alfie había sido bautizado como tal) llama mucho la atención que el

señor obispo auxiliar, que probablemente no tendrá empacho, como todos los obispos católicos de Europa, en reunirse con judíos, musulmanes, ateos, protestantes o espiritistas, no se haya reunido con los protagonistas de este drama porque “se entiende que no son católicos”. Es más, sospecho que el equipo médico del *Alder Hey*, al que tan comprensivamente prestó “soporte” este prelado, no será enteramente católico. El comunicado termina reproduciendo las declaraciones de los portavoces de la policía y del hospital quejándose por las concentraciones (pacíficas por cierto), y cantando las excelencias médicas del hospital. Ni una palabra para las víctimas, los padres. Únicamente indirectas hostiles por perturbar el trabajo diario del hospital con su intento de rescatar a su hijo de las garras de sus verdugos y llevárselo a su casa (o a donde les diera la gana).

Consecuentemente, ni una palabra de Dios o de Cristo en todo el comunicado.

Si alguien tiene interés en leer esta infamia, lo puede hacer en esta dirección (en inglés): <https://www.breviarium.eu/2018/04/16/arcidiocesi-liverpool-malcolm-patrick-mcmahon-thomas-evans/#jp-carousel-8602>

Con una paciencia realmente angélica, Tom Evans escribió al día siguiente al obispado de su ciudad, manifestando su sorpresa y tristeza por el antedicho comunicado, recordándole al arzobispo Malcolm Patrick McMahon, que tanto él como su hijo (la madre Katie es anglicana) estaban bautizados en la Iglesia, y pidiéndole ayuda para trasladar al niño a un hospital en el extranjero “para que nuestro hijo sea cuidado hasta el fin natural de su existencia terrenal”. No recibió respuesta, ni el capellán del hospital estuvo disponible para los padres.

Sin duda la gracia de Dios estuvo todo ese tiempo de sufrimiento y calvario con los padres de Alfie. Personalmente, no dudo que de hallarme en su situación, la carta a mi arzobispo no hubiese sido tan caritativa.

LA INTERVENCIÓN DEL PAPA

El 15 de abril, el papa Francisco, en la oración del *Regina Coeli* manifestó: “encomiendo a vuestra oración a personas como Vincent Lambert, en Francia, al pequeño Alfie Evans, en Inglaterra, y a otros en diversos países, que viven, a veces durante mucho tiempo, en estado de grave enfermedad, asistidos médicamente para las necesidades primarias. Son situaciones delicadas, muy dolorosas y complejas. Oramos para que cada enfermo sea respetado en su dignidad y tratado de manera adecuada a su condición, con el acuerdo de los familiares, médicos y los trabajadores de la salud con gran respeto por la vida”. El párrafo es ambiguo y poco contundente, pero al menos repara en parte la vileza del comunicado del arzobispo de Liverpool. Pocas horas después, monseñor Paglia emitió un comunicado, defendiendo que no se podía abandonar a Alfie Evans, corrigiéndose (parcialmente) a sí mismo con respecto a sus declaraciones de unas semanas atrás a la revista *Tempi*. <http://www.academyforlife.va/content/pav/it/notizie/2018/mons-paglia-alfie-evans-non-puo-essere-abbandonato.html>

El lunes 16 de abril, don Gabriele Brusco, párroco italiano en Londres, administró al pequeño Alfie la unción de enfermos a petición de los padres (visto el indigno abandono del clero inglés de la ciudad). Esa tarde la Corte de apelaciones rechazó el recurso presentado por los padres de Alfie. Tom y Kate presentan un recurso extremo a la Corte Suprema del Reino Unido.

Por medio de una periodista italiana que trabaja en Inglaterra para una web católica romana, los padres contactaron con monseñor *Francesco Cavina*, antiguo agregado a la Secretaría de Estado vaticana. Al día siguiente, el Papa concedió una audiencia a Tom Evans, que vuela esa misma noche a Roma vía Atenas.

El miércoles 18 de abril, antes de la audiencia general, *fue recibido durante media hora por el Papa Francisco, al que solicitó asilo para poder detener la acción de la justicia británica*. En un comunicado afirmaba que el pequeño estaba enfermo, pero no muriendo, y rogaba al Santo Padre que hiciese algo para que fuese trasladado al *Bambino Gesù* de Roma, que ya se había comprometido a atenderlo: “No entendemos por qué nuestro hijo, entre muchos otros, está siendo tratado así. Creemos que es *porque él está discapacitado y el Reino Unido quiere legalizar la eutanasia*. Por favor, ayúdenos a salvar a nuestro niño inocente y concédenos la gracia del asilo para mantener a nuestra familia a salvo y detener todo esto”. El Papa quedó muy impresionado, y ofreció palabras de consuelo, diciéndole “Dices bien, Tomás, tú defiendes a tu hijo con valentía, la misma valentía con la que Dios defiende a sus hijos”. En la Audiencia General, citando el caso de Alfie y el de Vincent Lambert, Francisco subrayó que “*¡el único dueño de la vida, desde el inicio hasta el fin naturales es Dios!*”. Aunque el Papa no concedió el asilo solicitado por Thomas Evans, sí encargó a Cavina que se asegurase que Alfie fuese trasladado al Hospital *Bambino Gesù*. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32060>

La directora del hospital vaticano Mariella Enoc, manifestó unos días después que el papa Francisco “me ha pedido hacer lo posible y lo imposible por Alfie Evans”. Se había reunido con el padre ese mismo día, quedando muy impresionada por su determinación por hacer todo lo posible por su hijo, y le dio una carta del equipo pediátrico romano para entregar a los abogados y directivos del *Alder Hey* en la que manifestaban estar dispuestos a costear íntegramente el traslado del pequeño a Roma, así como su deseo de hacerse cargo del pequeño. La idea no era curarlo, pues coincidían en que no había curación posible con los conocimientos científicos actuales, pero sí cuidarlo y atenderlo, practicándole una traqueotomía para que pudiese respirar sin las molestias de la ventilación mecánica, así como profundizar en el diagnóstico (una de las denuncias más desgarradoras de los padres contra los pediatras de Liverpool), con la idea de que otros niños pudiesen beneficiarse en el futuro. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32075>

Sin embargo, el mismo día 18 de abril cayó un jarro de agua fría sobre los padres, cuando la conferencia de obispos católicos de Inglaterra y Gales publicó un comunicado defendiendo explícitamente la profesionalidad del personal del *Alder Hey*, y su actuación en bien del niño, en línea con el comunicado del arzobispado de Liverpool de cinco días antes [<http://www.catholicnews.org.uk/Home/News/Alfie-Evans>]. Asimismo, emplazaban al hospital *Bambino Gesù* (y digo yo ¿qué pito tocan unos obispos opinando profesionalmente sobre un asunto médico?) a que presentasen pruebas de la necesidad del traslado del pequeño a Roma. No hay forma eclesialmente entendible de justificar esta nota en defensa de unos profesionales médicos. No hay precedentes, no había necesidad pastoral, y además se hace contradiciendo públicamente a un padre católico angustiado, que precisamente ese día era recibido por el Papa. Es decir, se trata de una *contraprogramación* específica para contrarrestar mediáticamente el encuentro en Roma. Me es imposible rechazar la idea de que algún poder nacional presionó o advirtió a los obispos para que dieran este paso insólito. Si alguna vez unos obis-

pos se han mostrado como una pieza servil del poder, sin duda una ha sido esta. Que se haya hecho para justificar la ejecución de un bebé enfermo eleva el acto al grado de canallada. Más aún, la repetición del tono en los dos comunicados consecutivos es muestra de un verdadero ensañamiento con los padres. Si no se estaba de acuerdo con ellos, el silencio hubiese sido más piadoso. <http://www.infocatomica.com/?t=noticia&cod=32062>

ALFIE DEBE MORIR

El 20 de abril, la Corte Suprema del Reino Unido, en una sentencia no por esperada menos dolorosa, desestimaba la última y desesperada apelación de Tom y Kate Evans, y rechazaban su petición de trasladar a Alfie a Italia, determinando que “el hospital debía ser libre de hacer aquello que ha determinado por el mejor interés de Alfie”, y fijaba el lunes siguiente día 23 para cumplir la pena de muerte. Ese día quedará en la historia de la infamia de la Justicia británica, que sancionaba cínica y fríamente que el “mejor interés” para un niño enfermo era dejarlo morir asfixiado, y legalizaba así la eutanasia eugenésica sobre el cuerpecillo desvalido de Alfie Evans. Y millones de personas en todo el mundo lloraban al descubrir el feo rostro del destructor de inocentes cuando se le quitan los velos agradables con los que se le intenta vestir en los medios de comunicación de masas.

Pero Dios dio al pequeño unos padres valientes, que no se rendirían fácilmente. En su comunicado, Thomas manifestó: “Estoy muy decepcionado por la nueva decisión de la Corte Suprema que justifica el encarcelamiento de Alfie en el *Alder Hey*, y rechaza dejarle ir a Roma a invitación del Papa. Lady Hale, Lord Wilson y Lord Kerr son los mismos tres jueces que mantuvieron la “pena de muerte” original en marzo. Les hemos pedido que vean los recientes videos de Alfie, y en su decisión ahora admiten que “parece un niño normal”. Sin embargo, su papeleo [se refiere al peritaje de la sentencia original] aún dice que su cerebro no existe ya, su vida es inútil y no se le debe permitir seguir, sino que debe ser dejado morir –todo en su mejor interés–. Solo el papeleo interesa a esas personas, el niño real no. No nos rendiremos. Continuaremos luchando por todos los medios disponibles dentro de la ley, para salvar la vida de nuestro hijo. Esto no es justicia, esto es cruel burocracia”.

“I am very disappointed by the new decision of the Supreme Court which justifies Alfie’s imprisonment in Alder Hey Hospital, and refuses to let him go to Rome on the invitation of the Pope. Lady Hale, Lord Wilson and Lord Kerr are the same three judges who upheld Alfie’s original ‘death sentence’ back in March. We have asked them to watch the recent videos of Alfie, and their decision now admits that Alfie ‘looks like a normal boy’. However, their paperwork still says his brain no longer exists, his life is futile, he may not be allowed to go, but must be made to die – all in his own best interests. Only the paperwork matters to these people – the real child does not. We will not give up. We will continue to fight, by all means available to us within the law, to save our son’s life. This is not justice. This is cruel bureaucracy.”

Se puede leer la decisión de los jueces del tribunal supremo y las razones por las que rechazan el *habeas corpus* solicitado por los padres para impedirles trasladar a su hijo a otro centro médico. Tras las habituales buenas palabras

de comprensión y dolor, el resumen de la argumentación es que las pruebas aportadas concluyen que, pese a la apariencia en los videos, Alfie no se recuperará jamás y que mantenerlo con vida no es de su “mejor interés” (la maldita e hipócrita expresión se repite multitud de veces), prohibiendo mantener el tratamiento o trasladarlo a otro hospital. También se deniega a los padres el derecho a elegir el equipo médico que trate a su hijo, porque los peritos del tribunal han determinado también que no existe tratamiento para él en ninguna parte. Alfie debe, pues, morir. Y la corte de apelación advierte desafiantemente a los padres (que ya han interpuesto otro recurso al tribunal europeo de derechos humanos) que “esta es la ley en este país. Ninguna decisión del tribunal de derechos humanos europeo puede o debe cambiarla”. <https://www.lifesitenews.com/news/breaking-uk-supreme-court-denies-alfie-evans-appeal-ventilator-to-be-remove>

Ese mismo día 20, Mariella Enoc, erigida ya en la defensora del pequeño Alfie, envió al director del *Alder Hey* una conmovedora carta redactada por un grupo de madres de niños con enfermedades raras, algunas de ellas muy similares a la de Alfie, pidiendo por él: “nuestros hijos no están sufriendo, solo están viviendo. Y también hoy han podido sentir en la cara la belleza y el calor del sol y de nuestras caricias. Les rogamos que no priven de la alegría de estas caricias al pequeño Alfie y a sus padres”. A estas alturas, no obstante, todos los implicados en la ejecución del niño han endurecido tanto sus corazones, que ya no hay posibilidad de converse. La carta fue posteriormente publicada por *L’Osservatore Romano*.

Como estaba previsto, el tribunal europeo de derechos humanos no admitió el segundo recurso de los padres. https://www.echr.coe.int/Documents/Decision_Evans_v_UK.pdf

Entre el dolor de los familiares, el hospital cumplió al fin la sentencia y el lunes 23 de abril se desconectó el respirador artificial de Alfie. Los peritos en los que confió plenamente el juez Hayden, los médicos más reputados de Inglaterra, aseguraron al tribunal (y así lo hizo constar el magistrado en la sentencia) que el pequeño no era capaz de vivir sin la ventilación. Probablemente ni cinco minutos. Por ello su vida ya no valía la pena, pues no era capaz de respirar por sí mismo.

Alfie Evans respiró espontáneamente durante más de 10 horas el día 23 de abril de 2018, mientras sus padres, desesperados, pedían que se le volviese a ventilar en espera de la respuesta a los recursos presentados. El supuesto “mejor interés para el niño” se estaba convirtiendo rápidamente en una figura delictiva llamada “omisión del deber de socorro”. Aturdidos y asombrados ante su garrafal error de pronóstico, los médicos cedieron y se le reinstauró la ventilación y la hidratación. No quiero ni imaginarme la escena de unos padres que ven durante horas cómo su hijo lucha por respirar mientras los que deberían ayudarlo, por su código deontológico y por una mínima humanidad, están esperando pasivamente su muerte.

[En un tuit, Tom escribió: “¡¡luché duramente en los tribunales porque sabía que tenía razón!! Mirad dónde estamos ahora, mi hijo está aún VIVO TRAS MÁS DE 10 terroríficas y angustiosas horas rezando por él”. También dijo a los médicos “¿Veis? Yo tenía razón. Siempre tuve razón”.]

Ese día sentí vergüenza de la profesión médica que he practicado durante toda mi vida.

Afortunadamente, no soy el único. Puedo sentir la misma desesperación cuando Mariella Enoc se puso en contacto con el gobierno italiano, el embajador italiano en Londres y el padre del pequeño inmediatamente. El consejo de ministros del

país transalpino concedió la nacionalidad italiana a Alfie ese mismo día, y un avión medicalizado del *Bambino Gesù* estaba preparado en el aeropuerto londinense para trasladarlo a Roma. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32100>

Pero cuanto mayor era el clamor a favor de que se permitiera trasladar al niño, mayor la cerrazón de los directivos y médicos del *Alder Hey*. El abogado de la familia volvió a solicitarlo al juez, visto que Italia se había implicado al más alto nivel, y que no había sino facilidades materiales para realizarlo tan pronto como hubiese autorización. Sin embargo, los directivos del hospital se pusieron a la defensiva, se quejaron públicamente de las personas cercanas a la familia que “daban falsas esperanzas”, así como hablaban de un “espectáculo deprimente de un público joven y fanático”. Un médico advirtió al tribunal que “no se podía sacar al niño al menos en unos días dado el *clima hostil que rodea al hospital*”, y otro que “existía un temor real entre sus colegas, y se le rompía el corazón estar aquí para discutir cuando lo único que queremos es hacer lo mejor para el interés de la familia de Alfie”. Si tanta era la hostilidad y presión ¿por qué no ceder simplemente al deseo de los padres y quitársela de encima? ¿Qué ser humano con entrañas puede decir “con el corazón roto” que dejar morir asfixiado a un niño durante horas es mejor que cualquier otra opción?

A esas alturas, con un caso mediático entre manos que no habían sabido llevar, con los focos mediáticos de todo el mundo sobre ellos, con millones de personas preguntándose y preguntándoles qué diablos pasaba con el bebé enfermo que parecían empeñados en matar, es obvio que los médicos del *Alder Hey* habían perdido el norte. No dudo, como médico, que esas diez horas que el niño respiró espontáneamente, contra todos los pronósticos de sus supuestos cuidadores, fueron un golpe duro para ellos, profesionalmente hablando. El miedo se apoderó del equipo. El miedo al descrédito, el miedo a que otros médicos en otro sitio pudiesen hacer algo para mejorar el pronóstico de Alfie, el miedo a que el hospital y el sistema sanitario inglés fuesen vistos como una banda de incompetentes que querían enterrar sus errores junto a sus pacientes. Para entonces, primaba sobre todo salir bien del embrollo mediático: Alfie debía morir para que ellos no quedaran desairados.

Sé que para un lego suena terrible, pero por desgracia los médicos también son humanos, y tienen debilidades.

Mas esa es una soga en la que metieron el cuello solitos. Arriba comento que es humano que en un momento dado, el médico encargado de un paciente grave o incurable, sufra una crisis de desaliento en un momento dado. Desaliento por su propia labor, no por el paciente: sensación de que su tarea es inútil. Por desgracia, no se forma a los médicos para afrontar esos momentos, y esos momentos llegan. Muchos médicos los superan gracias a una formación moral sólida, y a la experiencia. Otros, en cambio, no lo logran, y piensan que lo mejor es terminar con todo como salida fácil. En esos casos el médico debe ser ayudado por sus compañeros, por profesionales psicólogos, y también por el paciente y su familia. Si no consigue superarlo, la decisión correcta es pasar el caso a otro compañero (u otro centro) que sí quiera ocuparse del paciente. Los pediatras del *Alder Hey* optaron por la peor salida: entercarse en su propio desaliento y acudir a la Justicia para que lo respaldara, como así fue. Lo que no contaban es con que el pequeño paciente tenía unos padres con un espíritu más grande que el de todos sus cuidadores, y decidieron pelear por su vida hasta el final. Cualquier profesional médico sabe

que en una situación así se encienden todas las alarmas: si los padres van contra ti, tienes todas las de perder. Era el momento de traspasar a Alfie a un centro de la elección de los padres. Pero se prefirió encorazarse, sustituir el sentido común por la soberbia, y entrar en un camino sin retorno.

Efectivamente, a pesar de que había quedado patente por medio de una prueba directa que el pronóstico de los peritos en los que basó su dictamen el tribunal había errado, y de que Alfie en absoluto estaba en situación terminal, el juez McFarlane rechazó la petición del abogado (la administración de justicia es otra que, una vez tomada una determinación, es muy difícil que se baje del burro), llamó a la retirada del soporte vital “cuidados paliativos”, y añadió que “este es el capítulo final en el caso de este niño extraordinario”. Increíblemente, el magistrado se permitía insinuar motivos ocultos (“una defensa comprometida o infiltrada”) en los abogados asesores del padre, sin dar ninguna explicación de su acusación. Inmediatamente, se le retiró de nuevo la respiración artificial a Alfie, y esta vez definitivamente. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32113>

Da igual el respaldo que diera la Justicia al *Alder Hey*. Ese hospital ha quedado marcado para siempre a los ojos de todos los ingleses y del mundo entero, que no comprende cuál era el problema para trasladar a Alfie Evans a Roma, si lo peor que podía pasarle no era peor que lo que sus médicos ingleses querían hacerle. Esa batalla se perdió desde ese día, y ya nunca se podrá vencer. Es muy fácil perder el crédito, y muy difícil ganarlo. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32104>

Tom Evans manifestó poco después: “hemos perdido de nuevo. Nos han negado la oportunidad de irnos. Alfie es rehén y lo hacen morir de hambre”, lo que nos indica indirectamente que la nutrición no se le había reinstaurado. Tal vez se optó por esa vía más sutil de homicidio, pues la muerte tarda más y es menos espectacular que con la asfixia.

LA AGONÍA DE ALFIE EVANS

Para aumentar el dramatismo, poco después la revista italiana *Nuova Bussola Quotidiana*, publicó un video tomado clandestinamente en los pasillos del hospital en un momento indeterminado (probablemente, por la conversación, el mismo día 23 de abril) en el que dos o más supuestos miembros del personal del mismo dan a entender que el equipo médico o los directivos ocultan a los padres información sobre su hijo que podría ser relevante, pero manifiestan asimismo su renuencia a decir algo por miedo a la represalias. Su veracidad no pudo ser contrastada, pero tampoco fue desmentida. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32111>

El día 26 de abril, la internacional y privada Academia Juan Pablo II por la Vida Humana y la Familia (formada a finales de 2017 con un buen número de antiguos miembros de la Academia Pontificia por la Vida) publicó un comunicado apoyando a los padres de Alfie, del que entresaco este párrafo: “La pregunta obvia que debería espolear nuestra conciencia colectiva debería ser esta: ¿quién tiene el derecho natural de cuidar a Alfie y de velar por su interés superior? ¿Es el Estado o son los padres del niño? Es evidente que los padres, en virtud de la vinculación paterno-filial, tienen el derecho natural de proteger el interés superior y de procurar el bienestar de sus hijos. Los padres no pueden ser injustamente privados del ejercicio del derecho a la patria potestad sobre sus hijos por la injerencia coercitiva

del Estado, excepto en casos de abuso o negligencia [...] Instamos urgentemente a que las autoridades judiciales (el Tribunal de Apelaciones) permitan que Alfie sea trasladado al Hospital del Niño Jesús de Roma, para que pueda recibir allí el tratamiento adecuado y los cuidados precisos [...] Instamos a los médicos que atienden a Alfie a los pies de su cama a que eviten iniciar ningún procedimiento encaminado a acelerar su muerte o a acortar su vida". Puede leerse el comunicado completo en esta dirección: <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32116>

Los últimos días de la vida de Alfie, acortada por decisión de un tribunal y unos médicos empeñados en la eutanasia eugenésica, estuvieron preñados de símbolos, como las vigiliias de oración en Inglaterra y varios países del mundo, sobre todo Italia y Polonia. Mientras, el pequeño luchaba por sobrevivir, sin respiración artificial y sin nutrición, como puede verse en las fotos publicadas esos días. Sencillamente, se había privado al bebé de cualquier asistencia médica. De hecho, no existía ningún tipo de soporte ni "cuidado paliativo": podría haber marchado a su casa en brazos de sus padres perfectamente. Pero para entonces la policía vigilaba el hospital para que se cumpliera la ejecución por asfixia y hambre de Alfie. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32117>

Como antes que ellos hicieron los padres de Charlie Gard, Thomas y Kate Evans tiraron la toalla el día 26 de abril de 2018. Coaccionados por la dirección del hospital, triunfante ante las instancias humanas, ese día emitieron un comunicado inusitadamente conciliador y sumiso: daban las gracias a todos, pero también al personal del hospital, y solicitaban que se les permitiera "regresar a su vida privada". El levantamiento del asedio al hospital por parte de la *Alfie's Army* era la condición que ponía la dirección para que los padres pudieran pasar las últimas horas con su hijo, privado de alimentación. Al más puro estilo totalitario. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32124>

Llegó la agonía a su fin: la madrugada del 28 de abril, tras 5 días sin ventilación mecánica y sin ni siquiera oxígeno en gafas nasales (una medida ordinaria y en absoluto invasiva), probablemente también sin nutrición, murió Alfie Evans, un niño gravemente enfermo, pero no terminal, que necesitaba la ayuda que le negaron aquellos obligados a dársela. No faltaron, sin embargo, sus familiares, que le dieron su cariño y amor, pese a su dolor, hasta el último momento, muy particularmente sus padres. Bautizado y recibida la unción de enfermos, Alfie está ya viendo a su Creador y disfrutando de la Vida eterna. En su caso, además, se cumple la máxima de lo efímera que es la vida terrena y lo importante que es emplearla para ganar el cielo. Su muerte, sin embargo, no fue en vano. Muchos millones de personas en el mundo despertaron a un mundo que desconocían, el de la imposición de la cultura de la muerte por parte de un régimen eugenésista.

Su padre Thomas Evans publicó en la mañana su último "tuit": "mi gladiador ha rendido su escudo y ganó sus alas a las 2:30 horas. Con el corazón absolutamente destrozado; quiero a mi niño". Nadie que haya visto morir a un ser querido, no digamos a un hijo, puede leer estas líneas sin conmoverse hasta lo más hondo. <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32131>

El 1 de junio de 2018 los padres de Charlie crearon con el dinero que les habían donado para trasladar a su hijo a Estados Unidos la "*Charlie Gard Foundation*" para ayudar a la investigación y apoyar a las familias de niños enfermos que sufren enfermedades mitocondriales. Chris Gard manifestó en la red social: "Hoy lanzamos La Fundación Charlie Gard, en memoria de nuestro hermoso niño Charlie. Siempre

dijimos que si no podíamos ayudarlo, haríamos todo lo posible para ayudar a otros niños en su nombre. Este sería el legado de Charlie” <https://www.aciprensa.com/noticias/nace-la-fundacion-charlie-gard-para-ayudar-a-ninos-enfermos-44883>

La familia de Alfie Evans ha iniciado los trámites para emplear los fondos recaudados en una iniciativa similar. <https://www.justgiving.com/crowdfunding/sarah-evans-791>

¿HUBO NEGLIGENCIA O ERROR MÉDICO EN EL CASO DE ALFIE EVANS?

Sin duda, una de las interrogantes que se suscitaron en la opinión pública a propósito del caso Alfie fue si, vista la obstinación y prisa de los médicos del *Alder Hey* por acabar con la vida del pequeño, podría haberse producido una negligencia en el diagnóstico o tratamiento que se estuviese intentando ocultar.

Naturalmente, sin la historia clínica del paciente delante es imposible trazar un cuadro completo. Dado que eso es obvia y legalmente imposible, hay que basar la valoración en los datos clínicos recogidos en la sentencia, presuponiendo (como así creo) que son veraces y relevantes.

En base a esos datos, parece evidente que el diagnóstico de neuropatía severa progresiva por una enfermedad desmielinizante fue correcto. Las pruebas solicitadas para la valoración y seguimiento de la enfermedad parecen las adecuadas. Asimismo, y a pesar de los esfuerzos del padre por buscar explicaciones alternativas a los cuadros convulsivos, tanto los peritos del hospital como los aportados por la propia familia coincidieron en que la causa de dicha enfermedad era totalmente desconocida para la ciencia actual y que su curso era progresivo e irreversible hacia la destrucción completa del tejido neural en un plazo indefinido, ya que la mielina que Alfie no podía producir adecuadamente es una proteína indispensable tanto para la conducción nerviosa como para la propia subsistencia de la neurona.

Dicho esto, hay varios detalles en la historia que llaman la atención. El primero es la demora del equipo de *Alder Hey* en solicitar una consulta exterior. Mientras los padres de Alfie ya pidieron una segunda opinión de equipos extranjeros en enero de 2017, solo 2 meses después del ingreso, el equipo médico de Liverpool no pidió una consulta al *Great Ormond* de Londres (presumiblemente la clínica más especializada de Inglaterra en pediatría) hasta julio. Dado que se trataba de una enfermedad grave, progresiva y muy poco frecuente, resulta razonable que un hospital de una ciudad relativamente pequeña como Liverpool (no llega al millón de habitantes incluyendo su área metropolitana) hubiese consultado el caso de forma inmediata con el centro nacional de referencia. No lo hizo hasta 6 meses después del ingreso del pequeño.

Pero si la demora de esta consulta interna, aunque a la postre no modificó ni diagnóstico, ni pronóstico ni tratamiento, ya resulta llamativa, lo que resulta inconcebible es que a Alfie no se le realizara un estudio genético en cuanto se estableció el diagnóstico. El mapeo del ADN para casos de enfermedades de posible origen genético está protocolizado en España desde hace años, derivándose aquellas muestras desde hospitales que no poseen laboratorios al uso a los hospitales centrales. De hecho, en los últimos 20 años, el estudio genético de

enfermedades ha pasado de novedad a rutina. No dudo que en otros muchos países occidentales será igual. Hay pues en este caso un fallo grave, bien de protocolo de salud nacional, bien de actuación del equipo del *Alder Hey*. Cuando el juez, a petición de la familia, acabó imponiendo su realización, la excusa de los médicos del hospital de Liverpool fue que aunque el estudio detectara una patología, no iba a mejorar su pronóstico, que era igualmente fatal. Algo parecido a que a un paciente al que le diagnostican un tumor con metástasis generalizadas (pronóstico nefasto) le dijese que en realidad daba igual saber o no qué cáncer era, puesto que se iba a morir igual. A mi modo de ver, haber obviado una prueba tan accesible en un país desarrollado hoy en día es una grave negligencia. Un buen equipo de abogados hubiesen podido plantear una reclamación por mala praxis.

Naturalmente, la verdadera negligencia aparece una vez queda establecida la irreversibilidad del cuadro (a la luz de los conocimientos científicos actuales, cabe remarcar). Tanto en sus conversaciones con los padres como en el escrito al tribunal al que solicitan cesar el soporte vital, el equipo médico del *Alder Hey* deja bien claro que consideran que la vida de Alfie es inútil, y que hay que dejar a la enfermedad que evolucione a su curso natural hasta la muerte, cesando, no el “tratamiento”, como falsamente se aduce (el único tratamiento activo que lleva el niño son los anticonvulsivantes, y paradójicamente son el único que no se plantea retirar, puesto que su efecto, por pobre que sea, es beneficioso), sino el soporte vital. Lo que se quiere quitar a Alfie Evans es la ayuda para respirar, para beber, para comer. Es la petición a un tribunal para que sancione la legalidad de un delito de omisión de socorro básico a un enfermo. Y se hace porque un grupo de médicos, pasando por encima de la voluntad de los padres, deciden que la vida de ese niño “no vale la pena”.

Posteriormente a la sentencia, la dirección del hospital, sin duda ante el revuelo mediático y la intervención de expertos, pretendió hacer pasar la retirada del soporte vital como “cuidados paliativos” por contraposición al “tratamiento”, tratando de blanquear su actuación. Tal triquiñuela (aceptada vergonzosamente por los tribunales de apelación, que hicieron seguidismo del *Alder Hey* en esto como en lo demás) es burda e insultante para cualquier persona con una mínima formación médica y bioética, y da el nivel de indignidad al que los directivos de ese centro hospitalario fueron capaces de llegar con tal de salirse con la suya.

Como muy bien señalan el *Anscombe Bioethics Centre* y el profesor Haas de Munich, lo que es *inútil* para los médicos del *Alder Hey* no es el tratamiento, que no es sino alimentación y respiración, sino la vida de Alfie. Existen actos inútiles, no vidas inútiles. En ese punto, y en la obcecación posterior ante los tribunales, es donde la negligencia se convierte en inmoralidad, y la inmoralidad en crimen.

¿ES EL DE ALFIE EVANS UN CASO DE EUTANASIA EUGENÉSICA?

Si en algo podemos elogiar en la actitud del juez Hayden es que no se escuda, como en el caso Gard, en la odiosa figura del *Guardian*. Asume personalmente la tarea de despojar la autoridad sobre la salud de su hijo a los padres y entregársela a los médicos que quieren la muerte de Alfie. Visita personalmente al niño, solicita nuevas pruebas y nuevos peritajes, y en un momento de lucidez afirma que toda

vida humana tiene un valor intrínseco. ¿Cómo es posible que a pesar de eso se alinee incondicionalmente con la valoración del hospital *scouser*?

En la sentencia, a diferencia de la de Charlie Gard, no aparece la expresión “sufrimiento intolerable” para justificar una muerte evitable, pero sí se repite machaconamente la ya conocida expresión *best interests*, los “mejores intereses” del niño, que se traducen en su completo abandono si el pronóstico es infausto. En la jurisprudencia británica, y estos dos casos no difieren más que en su impacto mediático, la asunción por parte de un tribunal de la tutela de los intereses de un menor tiene una enorme fuerza, ya que se emplea en otros muchos antecedentes.

Se echa de menos en todo el articulado judicial la presencia de expresiones y razonamientos desde el punto de vista de la bioética. Es muy llamativo, al menos sabiendo que en España (y sospecho que en todo el continente) es moneda común que los tribunales consulten a comités de bioética los casos conflictivos. Este particularismo inglés resulta tanto más peligroso cuanto que el tribunal de derechos humanos europeo (última instancia en la UE) sanciona ese particularismo al no apreciar contradicción con la reglamentación internacional. Con ello, da un antecedente judicial a los partidarios tanto de la retirada del soporte vital a enfermos graves como a aquellos tribunales que pasen por encima de los derechos de los padres.

Ya he desarrollado a lo largo de todo el comentario a la sentencia mi opinión sobre los aspectos bioéticos de la misma; el caso Alfie Evans se trata de una eutanasia pasiva eugenésica. Eutanasia porque se procura la muerte: esa es la intención expresa de los médicos, y la asunción del tribunal. Pasiva porque esa muerte no se procura por medios activos, sino simplemente retirando el mínimo soporte que no se negaría a cualquier enfermo: alimentación, hidratación y respiración.

Es precisamente el soporte mecánico de la ventilación el punto más conflictivo en este caso, pues se trata de una técnica que sustituye un elemento clave en la condición vital: la respiración espontánea. Dado que ese deterioro de la respiración espontánea es *a priori* irreversible, se podría plantear si no podríamos hallarnos en un caso en el que la ventilación se convierte en encarnizamiento terapéutico. El hecho de que Alfie Evans respirara espontáneamente (aunque con lógica dificultad progresiva) durante 6 días tras el cumplimiento de la sentencia judicial, es prueba médica suficiente de que no se hallaba en situación terminal. Por tanto, el pronóstico de los peritos médicos había fallado, y el tribunal, en su última instancia, debería haber corregido la sentencia, basada en una apreciación errónea. Añádase que tanto el profesor Haas como el equipo médico del *Bambino Gesù* propusieron la realización de una traqueotomía, una técnica que hoy en día se realiza sin apenas riesgo, cuyo mantenimiento no es complicado ni oneroso y que, al eliminar una parte importante del trayecto que debe recorrer el aire hasta llegar a los pulmones, hubiese permitido que los debilitados centros neurológicos del pequeño pudieran haber prolongado la respiración espontánea durante mucho más tiempo. Esta técnica fue rechazada por los médicos y tribunales ingleses.

Por no alargarme más, remito al lector al análisis del caso de Charlie Gard en la primera parte y a las razones que explico en este artículo más amplio para aseverar que no nos hallamos, en el caso de Alfie, ante un encarnizamiento terapéutico.

Por último, la eutanasia de Alfie es eugenésica porque el hecho de que se tratase de un bebé, en lugar de favorecer que se intentara prolongar su existencia (siempre que no hubiese medidas arriesgadas o desproporcionadas) como es lo habitual en pediatría, provocó que se buscara acabar con su vida lo más pronto posible. La deducción lógica es muy simple: incluso con nuevos descubrimientos médicos que pudiesen frenar o revertir su proceso en un hipotético escenario futuro, las secuelas eran tan grandes que su calidad de vida hubiese sido baja, según los estándares de los que la valoraban desde fuera. Es decir, que agentes externos (ojo, no solo médicos sino el sistema judicial) catalogaron la utilidad o nivel de “calidad” de la vida de Alfie, y decidieron que no valía la pena. Alfie fue tratado como si fuese un producto defectuoso, y no una persona con tanto derecho a la vida como cualquier otra.

En ese juicio, sus ejecutores, tanto médicos como jueces, pasaron por encima, no solo de un concepto teórico de la dignidad de la vida humana, sino, lo que es más alarmante, sobre la voluntad y deseo de los padres del pequeño. Y ello nos adentra en un terreno que ya sobrepasa la mera cultura de la muerte médica: el del totalitarismo estatal.

¿DE QUÉ MODO QUEDARON LESIONADOS LOS DERECHOS DE LOS PADRES DE ALFIE Y CHARLIE?

En la bioética contemporánea, se da gran relevancia al concepto de autonomía: mientras un paciente conserve su juicio, es dueño sobre su salud, de modo que no se le pueden practicar pruebas diagnósticas o terapéuticas sin su consentimiento. Los profesionales sanitarios deben respetar los deseos del paciente, pero tienen derecho a exigirle que manifieste por escrito que ha comprendido las consecuencias de sus opciones. De hecho, la legalización factual del suicidio asistido se basa en este principio, que antepone la voluntad de la persona a un código moral objetivo. Es importante que este concepto quede bien claro a mis lectores.

¿Qué ocurre cuando el paciente no puede expresar su voluntad, por ejemplo cuando sufre una demencia, un retraso cognitivo, está en coma o, como en este caso, es demasiado pequeño y sufre daños neurológicos? Se considera entonces que sus tutores asumen ese papel. Ciertamente, al no tratarse del sujeto en sí, su posición no tiene tanta fuerza, y tanto los profesionales médicos como los tribunales pueden objetar sus decisiones... si tiene sentido objetarlas.

Puede producirse un conflicto entre médicos y padres del menor si los primeros consideran en conciencia que el juicio de los segundos puede ser lesivo para el paciente. Naturalmente, las posibilidades de un tribunal para mediar en un conflicto así, están establecidas por la ley cuando los padres o tutores presentan peticiones extravagantes o excesivas, o negligencia evidente en su responsabilidad. Ejemplos típicos son que los padres decidan abandonar un tratamiento recomendado para intentar otro no probado (como la homeopatía) o directamente irracional (el curanderismo). Igualmente si retiran al menor de un tratamiento conocido y recomendado sin explicaciones, o si directamente muestran evidentes síntomas de abandono a su hijo.

Ninguno de esos supuestos se presentan en los casos Gard y Evans. En ambos, los padres son excepcionalmente cuidadosos y afectuosos con sus hijos.

Más que poner en duda su cualidad como padres, son dignos de poner como ejemplo de dedicación y amor a su prole. Los padres de Charlie pedían que se le proporcionara un tratamiento experimental inocuo, y los de Alfie solicitaron nuevas pruebas diagnósticas (aunque finalmente no modificaron el pronóstico, ello no las convierte en innecesarias o irrazonables). Ambos, en los estadios finales del proceso judicial pidieron que su hijo fuese trasladado al cuidado de otros centros, que habían aceptado su petición de prolongar la vida de sus hijos lo máximo posible por medios ordinarios. Ninguna de estas peticiones de los padres puede ser tachada de conflictiva o desproporcionada desde el punto de vista médico. Por el contrario, entran dentro de su derecho como tutores en busca del bien de sus hijos.

Cabe añadir que, incluso en el caso de que se sospechara una conducta irresponsable por parte de los padres, la legislación española establece a que se inicie un proceso de investigación por parte de los servicios sociales que concluya en una retirada de la tutela o patria potestad, antes de contradecir sus deseos, en lugar de simplemente arrinconar a los padres como si fuesen (esto es más marcado en el terrible caso de Charlie) una especie de parte interesada en discordia contra el bien de su propio hijo. En ese sentido, la legislación inglesa ha demostrado ser coercitiva y despreciar los derechos naturales a la patria potestad de los autores de la vida de los niños. Es un precedente que no conozco en otras legislaciones, y que es terrible.

El conflicto de intereses, pues, no surge de una iniciativa disparatada o irracional de los padres de Charlie y Alfie, sino de su negativa a aceptar la eutanasia pasiva eugenésica a sus hijos prescrita por los equipos médicos del *Great Ormond* y el *Alder Hey* respectivamente, y sancionada por la Corte suprema británica. Para poder practicar dicha eutanasia, la ¿justicia? inglesa no dudó en emplear la fuerza, y conforme avanzaban las semanas de procedimiento, de forma más descarnada y demencial: la imagen de la policía impidiendo el día 12 de abril a los padres de Alfie Evans llevarse a su hijo a casa para que fuese valorado por otro equipo médico de su elección, como es de mero sentido común y está en la carta de derechos del paciente y sus tutores en cualquier código deontológico médico del mundo, es sencillamente aterradora. A partir de ese momento, como bien dijo su padre, el pequeño Alfie fue retenido por el estado británico contra su voluntad (expresada a través de sus padres a los que ningún proceso había retirado la tutela) de un modo no diferente al que sería encarcelado un criminal para que cumplierse condena. En este caso, condena a muerte.

Sin más explicación que la mera opinión del juez, los padres de Charlie y Alfie vieron suspendida su patria potestad, para que los médicos del sistema sanitario público inglés pudieran dejarlos morir sin la más mínima asistencia humanitaria (respiración, agua y comida), hasta el punto de secuestrarlos y, en los últimos instantes, chantajear a los padres, exigiéndoles comunicados conciliatorios una vez perdida la batalla judicial, como condición para que pudieran pasar los últimos instantes a su lado. Las leyes y tribunales británicos permitieron tal aberración.

Termino este punto con una reflexión personal: es evidente que niños con enfermedades graves hay en todos los países de Occidente (de los países de cultura distinta no me atrevo a opinar). Las neuropatías de Charlie y Alfie no son algo exclusivamente inglés. Casos como estos sin duda han ocurrido y siguen ocu-

riendo. ¿Qué ha pasado para que estos dos hayan sido mucho más mediáticos, y nos hayan puesto frente a unos procesos kafkianos? Naturalmente, la lucha de los padres en un mundo globalizado, y la difusión y movilización de los grupos provida. Pero padres amorosos son casi todos, por tanto ¿qué novedad tienen estos dos casos? A mi juicio, que normalmente los equipos médicos pactan con los padres los pasos a seguir en casos como estos. Allí donde hay equipos paliativos (idealmente domiciliarios) se remiten a ellos para que la muerte del paciente llegue en el momento que dicta la naturaleza, en paz y rodeados por los suyos. En esos casos, los familiares, no solo no sienten animadversión contra los médicos, sino agradecimiento. Los equipos ingleses, por el contrario, dejaron de lado la empatía y la negociación, y desde muy pronto, ante la negativa de los padres a la eutanasia, emprendieron un áspero camino judicial para forzarla. Una vez la repercusión mediática les puso en el ojo de la crítica, se lamentaron y pusieron a la defensiva, sorprendiéndose de las lógicas consecuencias de sus actos. En cierto modo, es el manual de cómo no hacer las cosas en la relación médico-paciente.

Yo entreveo en la actuación médica de ambos casos, en primer lugar un evidente pensamiento eugenésista dominante en la clase médica (la eugenesia no nació en la Alemania nazi, sino en los países anglosajones y escandinavos décadas antes), respaldado y sancionado por la clase judicial. Ello permite que cuando a los galenos les entra la desesperanza de poder hacer algo por un pequeño enfermo incurable, se vean respaldados en la elección del camino fácil (e inmoral) de procurar su muerte.

En segundo lugar, una tremenda frialdad y falta de empatía en el trato con los padres de los bebés, que estremece (mil veces he deseado no encontrarme nunca en la piel de esos pobres padres que hallaron un muro de rechazo en aquellos que deberían sido ayuda y apoyo en el dolor por su hijo enfermo). No se entiende (más aún conforme avanzaban los procesos y el rechazo social crecía) la obstinación en contradecir los deseos bastante razonables de los padres por continuar la lucha por la vida de sus hijos. Más aún, llegados a cierto momento, era mucho más sencillo dar la razón a los padres y dejar que se llevaran a sus hijos a Roma, a Munich o a donde quisieran, en vez de empeñarse en matarlos. Quiero creer que en los países “latinos” como el que yo vivo, la relación médico-paciente, sin ser perfecta (que ninguna lo es) es mucho más cálida y empática. Espero y confío que estos casos no lleguen a producirse en España aunque solo sea por la calidad humana (de la profesional no pretendo decir nada mejor que la de otros lugares) del personal sanitario, y su capacidad para entender a los padres y acompañarles en el proceso en lugar de tratar de imponer su punto de vista.

En tercer y último lugar, la arrogancia de los médicos y secundariamente de los tribunales británicos. Cuanto más avanzan los procesos, cuanto más se van escuchando voces de expertos internacionales que ponen en duda que la actuación escogida sea la única o siquiera la mejor, tanto más se obstinan en ella, y tanta más prisa tienen por poner en marcha la eutanasia. Creo que hay en ello una dosis considerable de orgullo nacional mal entendido, una especie de “no nos van a decir de fuera si lo hacemos bien o no”. La arrogancia es hija de la inseguridad. Como bien decía el informe del Anscombe Center: *“Los médicos no siempre hacen las cosas correctamente en el tratamiento o los cuidados, y cuando los padres han perdido la fe en el cuidado de los médicos por su hijo, pueden buscar tratamiento y cuidados en cualquier otro sitio”*. Tan simple como esto.

Peor aún es que la jerarquía católica inglesa, llamada como todas a luchar por los más débiles, hiciera seguidismo de esa actitud tan poco cristiana.

¿CÓMO ACTUÓ LA IGLESIA CATÓLICA EN EL CASO ALFIE EVANS?

Ante cualquier violación de la ley natural o la ley divina, y evidentemente en el caso de la muerte de un inocente, la Iglesia siempre tiene algo que decir, y con frecuencia se hace escuchar. Más aún en casos mediáticos como estos, y más todavía en el de Alfie Evans, en el que tanto el pequeño como su padre son católicos, si bien Tom Evans jamás hizo de su creencia religiosa punto de partida de su lucha.

Como he explicado en el desarrollo del artículo, y específicamente de forma más amplia en otros artículos de bioética de esta bitácora, la eutanasia eugenésica es moralmente ilícita, por procurar la muerte de un inocente, sea de forma indirecta o directa. Los inicios no fueron nada esperanzadores, cuando monseñor Paglia, presidente de la Pontificia Academia por la Vida (órgano de la Santa Sede teóricamente responsable del día a día de asuntos de bioética) que se había reunido unos meses antes con los obispos ingleses a propósito del caso Charlie Gard, en una entrevista dos semanas después de la sentencia de Alfie, se mostró enormemente comprensivo con el fallo del tribunal, y muy escurridizo con las objeciones bioéticas evidentes que le planteaba el entrevistador. <https://www.tempi.it/alfie-evans-per-monsignor-paglia-si-tratta-di-sospendere-una-situazione-di-accanimento-terapeutico#.Wxxl1zMzaiv>

Todo cambió el 15 de abril, cuando en la oración general, el Papa abogó por los padres en el caso del pequeño Alfie. Al día siguiente un sacerdote italiano de Londres le administraba al pequeño la unción de enfermos, y por mediación de una periodista romana, el Papa recibía a Tom Evans el día 18 de abril en el Vaticano, dándole palabras de ánimo y esperanza. La noticia del apoyo del papa Francisco a los padres recorrió todo el mundo. Sin duda, hubiese sido aún mejor un gesto inequívoco desde la Santa Sede, como una condena formal a la eutanasia del pequeño Alfie, o la concesión de la ciudadanía vaticana, para que pudiese ser sacado de Inglaterra inmediatamente y sin más trámites. Pero sin duda en el ánimo del Papa pesó también no enturbiar las relaciones diplomáticas con Reino Unido. Sin embargo, sí actuó de forma no pública: ordenó a la directora del *Bambino Gesù* que se hiciera todo lo posible por el traslado del niño, y de forma no casual los medios de comunicación dependientes del Vaticano comenzaron a ocuparse más del caso, y desde la óptica de los padres.

El mismo día 15 monseñor Paglia (y esto es muy significativo) emitía un comunicado oficial de la Pontificia Academia por la Vida corrigiendo en buena medida lo expresado en la entrevista seis días atrás, y apoyando a los padres de Alfie.

Mención aparte, y muy dolorosa, pero lo más breve posible, merece la actitud de la Iglesia católica en Inglaterra. Desde el primer comunicado del arzobispado de Liverpool del día 13 de abril, apoyando la labor de los médicos del *Alder Hey* y pidiendo que no se les acosara, sin dar ni una sola valoración de las razones expuestas por los padres de Alfie y con una terrible frialdad hacia ellos, pasando por el comunicado conjunto del episcopado inglés el día 18 de abril,

“contraprogramando” la recepción del papa a Tom Evans, no solo repitiendo el mismo apoyo al hospital y la lejanía a los padres del bebé (católico bautizado), sino incluso retando de forma velada al hospital vaticano *Bambino Gesù* por haber pedido hacerse cargo del menor, hasta la entrevista del cardenal arzobispo de Westminster, primado Vincent Nichols, concedida a un medio polaco el día 1 de mayo <http://www.infocatolica.com/?t=noticia&cod=32160>, ya fallecido el pequeño, en la que nuevamente volvía a defender tanto a los médicos del *Alder Hey* (con el razonamiento *teológico* de que muchos de ellos también eran católicos) como al procedimiento judicial, explícitamente afirmando que la eutanasia sentenciada era mejor para el niño que la voluntad de sus padres. Se apoyaba en la genérica declaración del catecismo sobre los tratamientos extraordinarios (ya he comentado el tema en su lugar) y a los cuidados paliativos que da a entender se le proporcionaron a Alfie, cuando en realidad se le retiraron para su muerte. Toda la intervención de la Iglesia católica en Inglaterra en este caso, lo digo con plena conciencia, es infame, anticristiana y nauseabunda. Soy consciente de que muchos pastores, en nuestra secularizada Iglesia, sirven con entusiasmo a los poderes mundanos, pero jamás pensé que pudieran hacerlo de un modo tan abyecto, descarado y contra una causa tan evidentemente justa. Es un triste día para la comunidad de Cristo en las islas británicas, aquel en el que los obispos queman incienso ante el busto del emperador que quiere sacrificar a un niño inocente por ideología y por orgullo. Por cierto que hay un personaje que está detrás de todo esto y al que nadie nombra: el capellán del hospital *Alder Hey*, aquel que ha cuidado (con notorio desacierto) de las almas de los sanitarios católicos, pero no tuvo tiempo para recibir a un padre católico. No dudo que fue en su valoración en la que se basó el comunicado del arzobispado de Liverpool y, en cadena, todos los demás obispos. Tal vez se refieran al obispo auxiliar Williams, que visitó el hospital (al personal, se entiende), pero no lo puedo asegurar. Sea quien sea, puedo afirmar sin dudar, que ha hecho el empleo más odioso y miserable del corporativismo. El objeto de la medicina no son los profesionales, sino los enfermos. Más tarde se filtró que tras la entrevista entre el arzobispo McMahon y el papa Francisco después del día 18 de abril, don Giovanni Brusco (el sacerdote que los padres habían pedido en vez del capellán del hospital) fue obligado a retornar primero a Londres y poco después a Italia. Se le prohibió explícitamente participar en el funeral del pequeño. Como bien dijo la periodista Benedetta Frigerio, el arzobispo de Liverpool no tuvo tiempo de recorrer los siete kilómetros que separan su palacio del hospital para hablar con los padres de Alfie, pero sí para volar a Roma a defender su actuación en este caso frente al Papa. <https://www.lifesitenews.com/news/breaking-alfie-evans-chaplain-recalled-from-alder-hey>

Podemos salvar, sin embargo, el honor del catolicismo inglés con el informe inequívocamente ortodoxo (tanto desde el punto de vista moral como técnico) y lleno de amor al prójimo del *Anscombe Bioethics Centre*, así como la actuación impecable del hospital vaticano *Bambino Gesù*, que puso todas las facilidades del mundo para proporcionar a Alfie los cuidados paliativos que en su país le negaban. Incluso el Estado italiano, otorgando la ciudadanía de forma urgente al pequeño para facilitar los trámites, merece un elogio.

El 29 de mayo se llevó a cabo en el Vaticano el seminario “¿hay niños incurables?”, organizado por el hospital *Bambino Gesù*. Allí fue presentado también

la llamada “carta de los derechos del niño incurable”, que consta de 10 artículos. Servirán también para que la bioética cristiana afine un tanto más cuáles son los casos en los que no es lícito retirar la ventilación mecánica, un medio de soporte vital que, a diferencia de la nutrición e hidratación, no tenía una defensa específica en la doctrina moral católica sobre el final de la vida, y se dejaba su aplicación en manos de técnicos que, es evidente, no presentan una unanimidad de criterios éticos. <https://www.aciprensa.com/noticias/bambino-gesu-defiende-derechos-de-los-ninos-enfermos-terminales-en-nuevo-decalogo-47614>, http://www.breitbart.com/london/2018/05/30/after-alfie-evans-vatican-issues-charter-rights-incurable-child/amp/?__twitter_impression=true

El arzobispo Paglia, presidente de la Pontífica Academia por la Vida, en sus primeras declaraciones tan comprensivo con los médicos y jueces británicos, afirmó en la presentación de esta carta: “parece absurdo que la sentencia de un juez pueda sobreponerse a la relación entre los padres y su hijo. Cuando terminamos entregando la vida a la decisión de un juez, estamos acabados. Todos nosotros”. <https://www.catholicculture.org/news/headlines/index.cfm?storyid=37144>

REFLEXIONES FINALES

Pongo punto final aquí a este larguísimo artículo sobre dos casos que nos han conmovido a todos en los últimos meses. Me gustaría hacer, no obstante, unas reflexiones antes de concluir.

En primer lugar, aterra ver en directo otro paso más en la cultura de la muerte: esta vez el homicidio de los niños enfermos se realiza contra la voluntad de sus padres, y con el respaldo de todo un sistema legal. Aunque muchos millones de personas en el mundo se conmovieran, la mayoría de los ingleses no salió a las calles a protestar, ni modificaría su opinión política por un tema como este (otro cantar sería si les afectara personalmente). La sacudida social no ha sido ni grande ni duradera (naturalmente, en buena medida porque los grandes medios de comunicación, que son los formadores de opiniones, han decidido, de forma no casual, dejar pasar esta historia casi cruda). La obligación al abandono de tratamientos de niños gravemente enfermos está respaldada por sentencias judiciales y, a no mucho tardar, por leyes. Esto ocurre en Inglaterra, una nación moderna (en todos los sentidos de la palabra), no muy lejana a nosotros. Como en tantas otras cosas, convendría asumir que son los pioneros de un camino que los demás países occidentales seguirán. El camino del totalitarismo estatal sobre la vida de los enfermos. La novela “Un mundo feliz” cada día más real en nuestras vidas.

Más doloroso y triste es ver como la ideología eugenésista, la de las “vidas inútiles”, está tan insertada en la conciencia de médicos y jueces. Y más terrible aún ver cómo los prelados católicos de esa sociedad participan plenamente de ella, y cómo la Santa Sede vacila en tomar una postura definida, apoyando bajo mano a los padres que luchan contra la eutanasia, pero sin llegar a una reconvencción pública a los obispos ingleses que la apoyan contra toda la enseñanza católica. Tenemos un problema dentro de la Iglesia, el de la heterodoxia campante en todos los órdenes entre sus pastores. Precisamente los temas de vida y familia son unos en los que cada uno hace lo que le da la gana, y más parece una asamblea

de liberales pragmáticos que unos ministros del Señor enamorados de la Verdad. No se puede esperar que el pueblo fiel mantenga la unidad y la firmeza en sus creencias cuando sus propios obispos no lo hacen.

Otro síntoma es la fragilidad de la familia. La profusión del divorcio y la proliferación de uniones no legitimadas han debilitado en el último medio siglo la figura del matrimonio, que se ha desdibujado, arrumbado ante la voluntad individual, que se valora ahora como un bien superior al compromiso de amor mutuo y perpetuo de los esposos. Nos hemos acostumbrado a que los tribunales y las instituciones públicas (como los servicios de asistencia social) se inmiscuyan entre padre y madre, tomando y dando parte, influyendo de forma desproporcionada en las decisiones sobre los hijos, como si fuese algo normal, y no excepcional. Con esa maquinaria ya engrasada y aceptada como cotidiana, es más fácil hacer pasar como algo “normal” que un “guardián” o un juez completamente ajenos a la familia puedan determinar la vida o muerte de un niño pasando por encima de sus padres. Y que parezca algo burocrático y legítimo, y no criminal y antinatural, como es. Incluso en las conciencias de los agentes de la muerte (ya pervertidas por una preparación previa a lo largo de los años), esta actuación se justifica. Y en la población general, nos guste o no, acabará aceptándose.

Por último, sobrepasado el momento emocionalmente duro de ver cómo se retira toda ayuda a dos bebés gravemente enfermos con la intención de que mueran, parémonos a pensar: si las graves enfermedades de Charlie y Alfie hubiesen podido diagnosticarse intraútero ¿qué hubiesen hecho esos padres?, ¿qué hubiésemos hecho los católicos o la mayoría de la población?, ¿qué hubiesen recomendado los médicos a esas madres?, ¿cuál hubiese sido la presión social para tomar una decisión u otra? No nos engañemos: en Occidente, desde la liberalización del aborto, casi todos los fetos con enfermedades congénitas graves (o no tan graves) son asesinados antes de nacer. Y por consejo médico. ¿Nos duele en la conciencia como nos dolieron los casos de Charlie y Alfie? Desde el punto de vista biológico, no hay diferencia entre el asesinato antes y después del parto. No debería haberlo tampoco desde el punto de vista moral. Y, sin embargo, hemos aceptado el aborto eugenésico en nuestra sociedad. Muchos católicos, de hecho, lo justifican. Si no nos abre las carnes que exista el aborto eugenésico como algo habitual y aceptado socialmente, si ello no nos lleva a una concienciación social de nuestra marginalidad y una actuación en consecuencia (en todos los órdenes, no solo en el de “votar”), entonces acabaremos aceptando también la eutanasia eugenésica. Nuestras conciencias ahora en carne viva, se acabarán acostumbrando a ella. Otro paso más en la modificación de la conciencia social hacia el egoísmo y el materialismo atroz.

Dios es el Señor de la vida, y de la historia. Nos dejó la ley natural al alcance de la razón, y nos reveló la ley divina al alcance del corazón. Nadie que se precie de cristiano puede verlas pisoteadas y no condolerse de corazón. No podemos permitir la legalización de la muerte del inocente. No podemos ni debemos hacer parte, conciliación ni justificación de un sistema, o una sociedad, que tales cosas permite o alienta, porque entonces dejamos de ser cristianos para convertirnos en otra cosa. No soy un utopista, sé en qué sociedad vivimos, pero también sé que para un cristiano, la verdadera patria está en el Cielo, y que la única opinión que merece la pena es la de Dios Nuestro Señor. En nuestra vida, en nuestra conciencia, en nuestra familia y en nuestro entorno, no seamos cómplices de este

proceso. Combatámoslo con las armas legítimas que tengamos al alcance, y no nos desanimemos si no se ve el resultado en el horizonte: nosotros sembramos para que otros (con la ayuda de Dios) puedan cosechar.

Ad maiorem Dei gloriam

LUIS I. AMORÓS*

*(NR. El autor es médico pediatra, doctor en medicina.

Este texto es un Documento pero lo hemos incluido en este *In Memoriam* para recordar el calvario de este niño de tan corta edad y el de sus padres que se vieron tan afectados y abusados por las más altas autoridades inglesas en su desprecio por el derecho de los padres y de la vida de un bebé discapacitado.

CRÓNICA

REFLEXIONES TOMISTAS

I. LO QUE DESVELA EL ECLIPSE: BELLEZA Y ORDEN

El eclipse nos hace levantar nuestra mirada al cielo

Algunos afortunados lo han podido ver con sus propios ojos, pero la inmensa mayoría lo hemos visto en las noticias y nos hemos admirado ante un fenómeno tan especial. Sí, el reciente eclipse lunar, también llamado “luna de sangre” nos ha hecho mirar al cielo y asombrarnos maravillados de la belleza de la luna llena rojiza. La explicación de los expertos es que: “Durante un eclipse lunar, la Tierra se interpone en el camino de la luz solar que alcanza a la Luna. Eso significa que la Luna llena se desvanece a medida que la sombra de la Tierra la cubre”, y por el efecto del paso de la luz por la atmósfera terrestre, el satélite adquiere, además, un color rojizo que le da esa apariencia tan llamativa.

Ese orden tan perfecto que siempre rige el universo se pone ahora de manifiesto ante nuestras miradas asombradas por el fenómeno. De hecho, los antiguos le dieron al universo el nombre de cosmos precisamente cuando descubrieron que era un todo ordenado, inteligible, es decir, con una lógica interna que le daba ese funcionamiento que los científicos siguen descubriendo día a día. El movimiento del Sol, la Luna y La Tierra, en conjunción con las características geográficas de esta última, explicaría, en definitiva, el reciente eclipse lunar. El asombro mueve al buscador de la verdad –y todos los somos– a preguntarse por la causa de tal orden. El mismo Einstein afirmaba “La experiencia más bella que puedo tener es el misterio... Estoy satisfecho con el misterio de la vida eterna y con un conocimiento, un sentimiento, de la maravillosa estructura de la existencia –así como del humilde intento de entender incluso una pequeña porción de la Razón que se manifiesta en la naturaleza” (*El mundo como lo veo*)–. O dicho por otro pensador: “Si nos preguntamos: ‘¿De dónde viene el ser?’, podemos responder sin vacilar: viene de un inmenso poder, o también –pensando en la estructura matemática del ser– de una razón poderosa y creadora” (J. Ratzinger, *Camino pascual*).

Esa Razón de la que habla el connotado científico es el Logos que los griegos descubrieron como la raíz del orden del universo, del cosmos. Logos al que llamamos Dios y que es Creador, porque es capaz de crear de la nada y al hacerlo así, imprime a cada criatura que crea un orden interno maravilloso que le permite ser y desplegarse en lo que es. Dios da el ser a cada criatura y se lo mantiene (incluidos nosotros).

Esto que los grandes filósofos intuyeron con genialidad, lo sistematizó magistralmente Santo Tomás de Aquino. “Es necesario que exista una causa eficiente primera” (*Suma teológica*, Ia, q. 2, a. 3, in c). El universo ordenado, del cual el eclipse es una manifestación, solo puede explicarse porque Alguien, que es sumamente perfecto (pues es y existe por Sí mismo, sin necesidad de otro), lo ha pensado con

un orden lógico y le ha hecho partícipe del ser dándole la existencia, y sacándole de la nada. “El ser de cualquier existente es efecto propio de Dios” (*Suma contra Gentiles*, III, c. 66) y, en otro lugar, dice: “de ser ente por participación se deduce que ha de ser causado por otro. Por lo tanto, dicho ser no puede existir sin ser causado, del mismo modo que tampoco puede existir el hombre sin ser capaz de reír” (*Suma Teológica*, Ia, q. 44, a, 1, ad. 3).

Por eso, así como el eclipse nos hace levantar nuestra mirada al cielo, nos invita también a elevarla al Creador del universo, origen y meta de nuestra vida.

II. IGUALES PERO DIFERENTES: VERDAD Y DESAFÍO

*Tanto en el hombre como en la mujer
se encuentra la imagen de Dios*

Somos hijos de nuestra época, ciertamente, y queda patente en las manifestaciones culturales a las que nos adherimos, en la manera de vestir, de desplazarse o de emplear el tiempo libre. Pero esa raíz nuestra que se hunde en un momento histórico concreto también llega a niveles más profundos y estables, al vincularnos al núcleo de nuestra naturaleza humana, que por esencia permanece la misma aunque sea susceptible de sufrir cambios accidentales.

Si aplicamos lo anterior, nos percatamos de que muchos de los temas que se debaten en la esfera pública y social son hijos de la época. Uno de ellos es el tan debatido “feminismo”. Es actual, aunque lo lleva siendo desde hace décadas, y en estos momentos ha alcanzado un especial interés porque se presenta como bandera de lucha de varios grupos sociales y hasta se ha convertido en un tema “políticamente correcto”. No podemos dejarlo de lado, pues somos hijos de nuestra época. Sin embargo, no podemos olvidar que también tiene raíces más profundas que nos pueden permitir una mirada más sólida y con criterios para discernir las reivindicaciones que responden a lo que realmente somos de las que son solo fruto del capricho o de la moda del momento.

Efectivamente, la raíz de lo que somos nos recuerda que la persona humana es por naturaleza la obra más perfecta de la creación sensible, precisamente por poseer naturaleza racional. Recuerda santo Tomás de Aquino que La huella de Dios está presente en todos los seres pero de manera especial en los “rationales, [que] de un modo especial tienen por fin a Dios, al que pueden alcanzar obrando, conociendo y amando” (*Suma Teológica*, Ia, q. 65, a. 2, in c). El ser capaces de abrirnos al mundo a través de la inteligencia, los afectos espirituales y de la respuesta libre ante él, nos coloca en una posición privilegiada y nos otorga una responsabilidad coherente con lo anterior. Dicho en términos bíblicos: somos imagen y semejanza de Dios, pues “Tanto en el hombre como en la mujer se encuentra la imagen de Dios en lo esencial, esto es, en cuanto a la naturaleza intelectual” (*Ibid*, q. 93, a. 4, ad. 1). Al compartir la misma naturaleza, hombre y mujer poseemos la misma dignidad o valor y, consecuentemente, la misma finalidad: la de llegar a amar a Dios y al prójimo a través del máximo despliegue de nuestras potencias.

Precisamente si atendemos a ese despliegue, aparece una faceta muy bella, la del diverso aporte que tanto mujer como varón hacen para el logro de sus metas y de la humanidad. Iguales en dignidad y en metas pero diferentes en nuestra

forma de ser –debido a causas tanto corpóreas como espirituales–, el aporte de la mujer es distinto del aporte del varón, y precisamente por eso, estamos llamados a la complementariedad y al enriquecimiento mutuo, nunca a la oposición o al enfrentamiento. Esto no solo en la creación de vínculos y comunidades familiares, tan fundamentales para el ser humano, sino en todo ámbito (laboral, social, comunicacional...). De ahí que una comprensión que postule como punto de partida el enfrentamiento radical entre ambos, no responde a lo que realmente somos sino a ideologías contrarias al designio divino.

La igualdad que brota de lo que somos no depende de la época en que vivamos, y por eso siempre es legítimo su reconocimiento y el trabajo que a veces implica su logro, sea en esta o en otras épocas. Si por feminismo se entiende una comprensión acorde con esta igual dignidad, compartida por varón y mujer, y considera a ambos colaboradores en la construcción de la historia, sí hunde sus raíces en lo que somos. Sin embargo, si plantea un enfrentamiento de raíz con vencedores y vencidos, a costa, incluso, de anular las diferencias complementarias entre ambos, entonces se aleja de los que somos por naturaleza.

Iguales pero diferentes: vivirlo y reconocerlo así sigue siendo un desafío pero ojalá con los pies en la tierra: no desde el enfrentamiento sino desde la complementariedad.

III. ESA FELICIDAD... TAN FÁCIL Y TAN DIFÍCIL DE LOGRAR

*El auxilio divino hace posible y lleva a buen término
el esfuerzo para lograr el bien y la felicidad*

¿Quién no se ha preguntado más de una vez por qué caemos tan a menudo en el mal, por qué no cumplimos nuestra palabra, por qué hay abusos de confianza, de poder o de otro estilo, por qué, en definitiva, somos tan falibles, nos equivocamos tanto, o, como diría Santo Tomás, pecamos con tanta frecuencia? Me parece que ya es un paso importante entender que eso que criticamos de otros, también suele formar parte de nuestra vida. “El que esté libre de pecado, que tire la primera piedra”, dice Cristo en el Evangelio. Es un paso muy importante mirarse a sí mismo para reconocer los propios errores, arrepentirse y tratar de enmendarlos, y superar así la crítica fácil a los demás, creyendo que de esa manera podemos quedarnos tranquilos. La crítica negativa sin propuesta de mejora, no sirve de nada, solo adormece la conciencia, y eso no es bueno, pues nos podemos autoengañar. De ahí que la corrección fraterna, hecha con caridad y desde la justicia, sea algo tan necesario, aunque no siempre agradable.

Estamos firmemente convencidos de que estamos hechos para el bien, y todos queremos ser felices. Sin embargo, en esa búsqueda de la felicidad podemos tomar caminos equivocados, confundir medios con fines, placeres con goces, lo aparentemente bueno con lo realmente tal, la solución y el éxito fácil e inmediato con la verdadera felicidad. Sí, ahí podemos equivocarnos. Pocos eligen y hacen el mal por malicia, aunque también suceda a veces. Puede ocurrir que nos pueda el cansancio, la falta de voluntad o una comprensión de la realidad inadecuada que nos hace errar en las decisiones que tomamos. Y esto último sucede en parte porque la realidad tiene muchas aristas y dimensiones, pero también en parte

porque nuestros intereses, prejuicios y ciertos afectos, nos dan una imagen sesgada o incluso falsa de tal realidad. Podemos citar varios refranes al respecto: “piensa el ladrón que todos son de su condición”, o “el amor ciega”.

Al llegar a este punto, pareciera entonces que ese deseo de felicidad choca permanentemente con la dificultad aparentemente insalvable para conseguirla debido a que erramos en nuestra manera de buscarla. ¿Habremos entonces de rendirnos? ¿Es una utopía? ¿O hay que resignarse al camino fácil, el de la aparente pero no verdadera felicidad? Y cabe preguntarse, además, ¿cuál es la verdadera felicidad?

Dice Tomás de Aquino algo muy luminoso al respecto, y nos hará bien recordarlo al considerar que la auténtica y perfecta felicidad para el hombre consiste en la suma Verdad y el Bien Absoluto, que no es otra cosa que Dios, el cual nos trasciende infinitamente, pero al que no dejamos de tender con todas nuestras fuerzas, a pesar de todo. Así pues, procede al análisis de nuestra situación, ante la cual propone una solución y un camino a recorrer.

“El hombre tiene muchos impedimentos para conseguir su fin. Lo impide la debilidad del entendimiento, que fácilmente se siente arrastrada hacia el error, que lo desvía del camino recto hacia el fin. También las pasiones de la parte sensitiva y los afectos con que le atraen los seres inferiores y sensitivos, los que, mientras más se adhiere a ellos, más lo apartan del último fin. Y estos impedimentos son inferiores al hombre mientras que su fin le es superior. Muchas veces lo impide también la debilidad física, de modo que no puede lograr la ejecución de los actos virtuosos por los que tiende a la bienaventuranza. Luego necesita el auxilio divino para que tales impedimentos no le sean un total obstáculo cuanto al fin último” (*Suma contra los Gentiles*, libro III, capítulo 147).

¿No es muy razonable esta descripción? Sí, en efecto, el fin para el que estamos hechos, supera nuestras fuerzas humanas, podemos abrirnos a la fuerza de la gracia de Dios, que no la niega a quien se la pide humildemente y trata de vivir de acuerdo a ella. Es cierto que el auxilio divino, como lo llama Santo Tomás, no nos ahorra el esfuerzo de la superación personal en el bien, pero lo hace posible y lo lleva a buen término. Así pues, la elección en Dios y con Dios, nos acerca a esta tan esquivada felicidad.

ESTHER GÓMEZ DE PEDRO*

*Doctora en Filosofía (Universidad de Barcelona), Directora Nacional de Formación e Identidad, Universidad Santo Tomás.

REFLEXIONES ÉTICAS

I. ATANASIA

No parece ser un nombre hoy comúnmente apetecido. Para algunos evoca decrépitas solteronas. Para los griegos era y es un distintivo de honor. Significa inmortal. Inmortal no solo en el recuerdo de sus hazañas, sino en la perennidad o continuidad incesable de su espíritu. Se asemeja mucho a Anastasia: resucitada, vencedora de la muerte. Jennifer Aniston luce con orgullo su apellido de helénica estirpe y procura extraer de él la fuerza para vencer el paso del tiempo y sus desengaños en el amor. Entre nosotros Ismenia Anastassiou defiende el valor de las vidas mínimas y profesa su fe en la vida eterna.

Pero el nombre que hoy pretende prevalecer en Chile no es Atanasia, sino su contrario absoluto: Eutanasia. Significa muerte. Claro que muerte dulce, muerte regocijante, muerte que calma para siempre insufribles dolores. Nombre de fantasía fríamente calculado para maquillar un suicidio asistido o una pena de muerte. Inexplicada paradoja: este Chile que se enorgullece de haber abolido la pena de muerte la está ya aplicando legalmente contra bebés inocentes de todo delito, y pretende ahora extender su pretensión e imposición punitiva al otro extremo del arco de la vida, los ancianos y enfermos terminales. Se dirá: no es un castigo, sino un beneficio de alivio para quienes lo soliciten, en ejercicio de su autonomía individual. Pero el vigoroso adulto joven que desde su escritorio aboga por legalizar la muerte inducida de personas desgastadas por la edad y descartables por el excesivo costo de cuidar sus vidas, jamás invoca su autonomía individual frente a un Estado que invade, controla y restringe su intimidad, y lo abruma con obligaciones y prohibiciones en todos los ámbitos de su existencia. La autonomía individual solo vale argumentalmente como respaldo al derecho de matar vidas inocentes.

Tras esta sangrienta contradicción se esconde una antropología impuesta por minorías mediáticas y volubles mayorías parlamentarias: el hombre es libertad sin límites. Posa de progresismo y es el más antiguo de los anacronismos: la añeja historia del hombre que pretende ser Dios. Si yo soy por esencia Libertad, reclamo el derecho de eliminar cuanto se oponga a mis expectativas de poder, poseer, placer y parecer. El anciano y el enfermo irrecuperable conforman, junto con el bebé por nacer, la primera línea obstructiva de mis expectativas. Son, digámoslo sin eufemismos, vidas inútiles, desechables, enemigas de mi omnímoda Libertad.

La ciencia, la fe y el derecho coinciden desde hace décadas en oponerse al encarnizamiento terapéutico, permitir la libre renuncia a tratamientos inútiles y acentuar la urgencia de cuidados paliativos. Cuando el enfermo se siente así cuidado y amado, como en la Fundación Las Rosas, el porcentaje de quienes

reclaman se ponga fin a sus vidas es igual a cero. Este Chile que abolió la pena de muerte no necesita Eutanasia, sino Atanasia y Anastasia.

P. RAÚL HASBÚN Z.*

II. “DERECHOS HUMANOS” TOTALITARIOS

El debate que se está produciendo con motivo de la regulación de la objeción de conciencia institucional a propósito de la reciente ley de aborto, es una buena muestra de la polarización que están sufriendo nuestras sociedades y del intento de ciertos sectores por imponer su visión de las cosas de una manera que se acerca peligrosamente al totalitarismo.

En efecto, a pesar que el Tribunal Constitucional reconoció la legítima posibilidad de objetar a las personas jurídicas, la Contraloría primero y luego el gobierno, pretenden negar este derecho. Ahora bien, más allá de los argumentos técnicos, a nuestro juicio la clave para entender lo anterior, radica en que los defensores del aborto lo presentan como un *derecho humano*, pese a que ningún tratado internacional vinculante ni nuestro ordenamiento interno lo consideran como tal. De esta manera, al arroparlo con este prestigioso concepto, se sacraliza esta pretensión y se busca eliminar cualquier objeción a su respecto, puesto que al ser un *derecho humano*, nadie debiera poder oponerse al mismo, al menos racionalmente.

De este modo, generada artificialmente una especie de *opinión pública*, en buena medida gracias a los medios de comunicación, automáticamente se coloca en el terreno de los *malos* a quienes piensan distinto, por muchos argumentos que tengan, precisamente por estar en contra de algo tan evidente, valioso e indudable como los *derechos humanos*.

Sin embargo, poco o nada tienen que ver estas pretensiones con los auténticos derechos humanos, que surgieron como fruto de la toma de conciencia de la dignidad intrínseca y universal de todos y cada uno de los miembros de la especie humana, al margen de sus diferencias accidentales (como es el hecho de haber nacido o no), lo que obliga a proteger en particular a los más débiles, sobre todo si ellos no pueden hacerlo por sí mismos.

Nada de eso ocurre hoy con lo que podrían llamarse los *nuevos derechos humanos*, pues lejos de ser una realidad que en el fondo hay que descubrir, se han convertido en un concepto antojadizo y manipulable, que es utilizado estratégicamente por diversos grupos, incluso minoritarios, para imponer su modo de pensar sobre todos los demás, abusando del prestigio que aún le queda a este vocablo. Así, asumiendo una posición dogmática, buscan evitar el diálogo y el debate propios de toda sociedad democrática e imponer su visión sin más, de un modo que se acerca, según se ha dicho, peligrosamente al totalitarismo.

En consecuencia, al estar desprovistos de todo fundamento objetivo, estos *nuevos derechos* se han ido convirtiendo en un arma para sojuzgar posturas contrarias y en el fondo, en un vil instrumento de dominación, contrariando así su verdadero sentido y razón de ser. Es por eso que estos derechos van cambiando a una velocidad impresionante, a fin de servir a quienes los utilizan para imponer su agenda con visos de legitimidad.

*Publicado en *VivaChile* el 4.8.2018 (originalmente en *Diario Financiero*, www.df.cl)

Sin embargo, sospechosos *derechos humanos* son estos, que además de olvidar e incluso destruir a los más débiles, impiden también toda disidencia, pretendiendo así homogeneizar a sociedades enteras, curiosamente en nombre de la libertad que esos *derechos* dicen defender.

Por eso, tal como no todo lo que brilla es oro, tampoco todas las pretensiones que dicen serlo son realmente derechos humanos.

MAX SILVA ABBOTT*

III. EL CAMBIO DE SEXO ES CONTRARIO AL DERECHO NATURAL

Se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que autoriza a quienes sientan la necesidad psicológica de pertenecer al sexo opuesto a aquel que la naturaleza les dio para pedir el cambio de la anotación respectiva en el Registro Civil, y para someterse a tratamientos quirúrgicos y hormonales que den a su cuerpo apariencias propias del sexo que querrían haber tenido. En tales tratamientos se suprimen órganos genitales y se imitan artificialmente los del otro sexo, se modifica la voz, etcétera (Javier López-Galiacho, *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 210 ss).

En este momento se discute si los menores de edad podrían acceder a este cambio de sexo, y hay quienes piensan que ello no sería lícito, y que debería esperarse la mayoría de edad. Ante semejante discusión, querríamos por nuestra parte hacer ver que el problema es otro, porque el cambio de sexo a cualquier edad, y aunque sea con el consentimiento de quien a él se somete, es contrario a los preceptos primarios del Derecho Natural, e incluso a la Constitución Política de la República. Ello por las siguientes razones:

- I. El cambio de sexo es imposible. El transexualismo es una anomalía cuyas causas no se conocen bien. El transexual se identifica psicológicamente con el sexo contrario: se habla de la anatomía cerebral y de factores psicológicos, etcétera. Pero cualquiera que sea la causa de la anomalía en referencia, ella no puede remediarse con tratamientos hormonales y quirúrgicos, por la sencilla razón de que el sexo no se puede cambiar: un varón sometido a estas mutaciones no es una mujer, y lo mismo vale para la mujer. El concepto de operación o tratamiento de cambio de sexo es tan irreal como el de operación de rejuvenecimiento: nadie puede rejuvenecer: la naturaleza es implacable en sus leyes. Por eso no es infrecuente que quienes se hacen operaciones de cambio de sexo terminen en una decepción que los empuja al suicidio.
- II. El llamado cambio de sexo es intrínsecamente contrario al Derecho Natural. El jurisconsulto romano Ulpiano –que se distinguió por perseguir a los cristianos, de modo que no hablaba por influencia de ellos– definió así el Derecho Natural: *Aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales... de ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación.* La unión sexual es

*Publicado en *VivaChile* org el 14.7.2018.

instituida por la naturaleza –por Dios, autor de la naturaleza– para la procreación: este es su fin primario. Por la procreación la naturaleza ha hecho biológica y psicológicamente complementarios los sexos, y ha establecido, en el género humano, el amor conyugal. Ello lleva a concluir que el único uso de la sexualidad conforme al Derecho Natural primario –el que mira a los fines mismos del ser humano– es la unión entre varón y mujer, apta de suyo para la generación (Platón, *Leyes* 840c), sea que la procreación pueda producirse, o que por esterilidad u otra causa involuntaria no pueda tener lugar. De aquí se sigue que la unión sexual entre un transexual y otra persona del mismo sexo biológico es contraria al Derecho Natural primario, y ninguna ley humana puede válidamente autorizarla.

Además, los que se acojan a esta ley podrán contraer matrimonio sorprendiendo a la otra parte, que tendrá que alegar la nulidad por error. Esta podría serle denegada por considerar que el error en cuanto al sexo biológico es irrelevante, y que la infecundidad se puede remediar con la adopción.

A esto hay que agregar, todavía, que el cambio de sexo es, según el proyecto, causal de terminación del matrimonio que haya contraído antes quien lo pide, haya o no hijos.

Además los tratamientos llamados de cambio de sexo son contrarios al Derecho Natural primario por significar mutilación de parte del cuerpo y supresión de la función reproductiva, sin importar que el paciente consienta en ello, porque la integridad física, de las partes y funciones del cuerpo, no es un bien disponible para los hombres, como no lo es la vida. Es lo mismo que si una ley autorizara, a quienes lo quisieran, a hacerse sacar los ojos.

- III. Por último, el cambio de sexo, a cualquier edad, es también contrario a la Constitución Política de la República, que protege a la familia y que garantiza a todas las personas la integridad física, que no es un bien disponible.

En fin, que si la ley se despacha, podremos decir con Cicerón: *...Pues no podrían con verdad llamarse preceptos de médicos, si ignorantes e imperitos han recetado como saludables cosas mortíferas, ni ley en un pueblo, aquella que haya sido de cualquier manera, incluso si el pueblo ha aceptado algo pernicioso* (De las Leyes, II, V).

JOSÉ J. UGARTE GODOY*

IV. CHESTERTON Y LOS ENEMIGOS DEL ALMA

En una entrevista sobre G. K. Chesterton, me pidieron que hablase de su conversión y me puse a hacerles, sistemático y puntilloso, la precisión de que Chesterton tuvo, en realidad, tres conversiones sucesivas. Entonces lo vi claro. Le empujaron a tri-convertirse los tres enemigos del alma: el demonio, la carne y el mundo. ¡Qué tridente de paradojas tridentinas!

La primera conversión fue al deísmo. Chesterton, jovenzuelo de su época, flirteó con el nihilismo y el ateísmo y practicó, a la vez, el espiritismo, contradicción en boga entonces. Pero él la vio: la contradicción.

*Publicado en *El Mercurio*.

Jugando con su querido hermano, experimentó la existencia de un ser espiritual esencialmente malvado: el diablo. Chesterton dedujo que, si existía tal ser, tenía que existir, muy por encima y mucho antes, Dios. El diablo había hecho apostolado.

Quizá alguien considere excesivo que yo catalogue su amor por Frances Blogg, que lo deslumbró, como *la carne*. Pero no estoy forzando mucho los conceptos. Era, frente a los amores románticos, espiritualizados, idealizados, un noviazgo de carne y hueso.

Frances, además de muy guapa, era una anglicana muy cumplidora y condujo a Chesterton a su segunda conversión. Ya creía en Dios, pero empezó a postrarse en la iglesia, encarnación, precisamente, de la fe.

A partir de ese momento, Chesterton, que había entretenido prejuicios anticlericales o antipastorales (porque alcanzaban también a los pastores protestantes) dejó de tenerlos. Comprendió la razón del rito y la importancia de la institución. Ya no dejaría jamás de defenderlos. Fue una conversión inesperada, tanto como su enamoramiento correspondido.

El amor a su mujer y, por tanto, a la Iglesia anglicana fue la causa que retrasó su conversión al catolicismo romano. Lo que le empujaba era, paradójicamente, el tercer enemigo del alma: el mundo. Veía claramente Chesterton *lo que está mal en el mundo*, empezando, como contestó una vez en una entrevista, por él mismo. Y veía que contra el mundo solo se alzaba, radicalmente, la Iglesia Católica. Que, para empezar, contra lo primero que estaba mal (él mismo), ofrecía el prodigioso sacramento de la penitencia y que, contra lo demás, no se plegaba lo más mínimo al discurso dominante.

Su amada Iglesia anglicana, que era la de su amada, no se enfrentaba con la misma radicalidad a las modas ni a las imposiciones de su tiempo. Acabó convirtiéndose *contra mundum*, al cabo del tiempo, Frances siguió sus pasos.

He hecho un resumen apresurado, porque me interesa subrayar que hasta los enemigos más clásicos y acérrimos del alma pueden salvarnosla, si se les mira en el ángulo adecuado. La lección paulina es muy chestertoniana: todo es para bien.

Hay que amar a nuestros enemigos porque nos mejoran y acendran. Incluso si no somos capaces de convertirlos a ellos, ellos pueden convertirnos a nosotros, y habrán hecho, quieran o no, una gran obra de misericordia. Que se les tendrá en cuenta, seguro, gracias a nosotros.

ENRIQUE GARCÍA MÁRQUEZ*

V. EL ROL DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS

El debate sobre la eutanasia ha estado siempre ligado al problema del sufrimiento ocasionado por una enfermedad incurable o que provocará la muerte, lo que lleva a plantear que poner fin a una vida llena de sufrimientos y dolores se transforma en un acto humanitario inspirado por la compasión. Vista así, la eutanasia parece razonable y se plantean dos opciones para realizarla: que un profesional de la salud provoque la muerte del afectado con métodos indoloros (eutanasia activa) o asistirle en el proceso de quitarse la vida (suicidio asistido). Sin embargo, en

*Publicado en *VivaChile* org el 14.4.2018 (originalmente en *Revista Misión*, www.revis-tamision.com).

el fondo del asunto está la cuestión de cuál es el valor que asignamos a la vida humana y no simplemente a la “calidad de vida”; es precisamente este concepto el que conduce a considerar a la eutanasia como algo aceptable, teniendo como premisa el que una vida de insuficiente calidad (por el sufrimiento sin esperanza de mejoría) no vale la pena ser vivida. Pero ¿quién define lo que es una calidad de vida suficiente para que valga la pena seguir viviendo? Y, por otra parte, si aceptamos o no que alguien tenga la prerrogativa de disponer de la vida (propia o de otros). En el primer caso, es evidente que resulta muy difícil definir *a priori* lo que es una buena calidad de vida, dado que los criterios pueden resultar controvertidos o variar mucho dependiendo de la situación de cada país, cultura, religión, entre otros. En el segundo caso, es ampliamente aceptado que nadie puede disponer de la vida de otros; no obstante, muchos reclaman el derecho a decidir sobre la propia vida como si se tratara de un bien de su propiedad sobre el que pueden disponer a voluntad llevando la autonomía a un nivel ilimitado. Reconocer esto, implica aceptar que la propia vida es algo ajeno a nuestro ser, lo que es simplemente ridículo, ya que sin nuestra vida dejamos de ser lo que somos.

Lo que se evita decir con claridad en este debate es que una enfermedad, por incurable y dolorosa que sea, no necesariamente es sinónimo de una muerte insufrible. En la actualidad, la medicina es capaz de poner a disposición de los enfermos los cuidados paliativos, una especialidad que permite ayudar a las personas a vivir un proceso de muerte digna. Por otra parte, se evita mencionar lo que es una realidad en países donde la eutanasia es legal, esto es, que el provocar la muerte a personas enfermas se transforma en un método mucho más fácil de abordar que problemas de salud complejos y caros. Todo esto ha conducido a un proceso de fracaso de la medicina en su fin mismo, ya que en lugar de luchar por curar o aliviar a los enfermos, opta por matar o ayudar a quitarse la vida a aquellos que lo piden, muchas veces desesperanzados por la falta de una atención de salud digna. Todo esto agravado por la falta de criterio a la hora de aplicar los debidos cuidados proporcionados frente a enfermedades terminales o de alto impacto, lo que deriva lamentablemente en situaciones de encarnizamiento terapéutico inaceptables y condenadas por la ética médica.

Frente al encarnizamiento terapéutico, la eutanasia no tiene ningún rol, y lo que cabe es aplicar tratamientos proporcionados según recomienda el estado del arte para cada situación particular y el buen juicio médico en acuerdo con el paciente y su familia. Para ayudar en ello, los equipos de salud cuentan con la colaboración de los comités de ética clínica que existen en todos los centros de salud.

Por tanto, el que un enfermo esté sometido a sufrimientos motivados por el encarnizamiento terapéutico, es una grave falta a la ética de la profesión médica que se puede corregir agregando racionalidad al tratamiento instaurado y, en ningún caso, legislando para permitir la eutanasia. Se deben reforzar los servicios de cuidados paliativos (que en el caso del cáncer están acogidos al AUGÉ), promover una cultura de la proporcionalidad en los tratamientos de enfermedades complejas y reconocer que, por sobre la calidad de vida, debe primar el valor de la vida humana.

DR. MATÍAS UBILLA*

*Publicado en *VivaVhile* org el 5.5.2018 (originalmente en *La Tercera*).

REFLEXIONES FUERTES

I. ¿HIJOS O INFECCIONES?

Parece ser, según algunas informaciones, que una periodista le ha preguntado (retóricamente) a un obispo que hizo un comentario sobre la encíclica *Humanae vitae* del Papa Pablo VI: “Señor obispo, ¿qué prefiere, un mundo lleno de hijos o lleno de personas infectadas por el VIH?”.

La pregunta me ha dejado estupefacto: ¿Qué tendrán que ver los hijos y las infecciones? Un hijo, si todo va bien, es, o debe ser, el fruto del amor de sus padres. Una infección es, por sistema, algo no deseado, algo que evitar sistemáticamente, algo de lo que defenderse. Yo no creo que los hijos deban ser considerados como algo a evitar sistemáticamente, como algo necesariamente no deseado, como algo de lo que defenderse.

Pablo VI llamó la atención sobre las consecuencias no deseadas que podría acarrear para el mundo la aceptación pacífica de la convicción según la cual, en la práctica, uno puede evitar los hijos con los mismos, o parecidos medios (objetivos), con los que se protege de las infecciones.

Si lo que corresponde a la procreación queda sometido exclusivamente al libre arbitrio de los hombres, a su capricho, sin reconocer que en el propio cuerpo y en sus funciones pueden reconocerse indicios que, junto a otros, permiten discernir, distinguir, entre lo bueno y lo malo, entre lo permitido y lo prohibido, se dan pasos que pueden llevar, obviando el valor simbólico del cuerpo y de sus reclamos, a la explotación del débil por parte del fuerte.

Así sucede, y ha sucedido, en el mundo del trabajo. Los seres humanos podemos trabajar, pero no debemos hacerlo hasta la extenuación. Ignorar las señales de cansancio que el cuerpo emite facilita tratar al hombre como una bestia de carga o como una máquina.

En el plano de la procreación, del amor fiel que se abre a la fecundidad, ignorar las señales del cuerpo, burlar su gramática, puede conducir, aunque no necesariamente y no siempre, a perder el respeto por el cónyuge, a considerarlo como un simple instrumento de goce egoísta.

Si el fuerte es el hombre –o cuando el fuerte era, supuestamente, el hombre– lo más habitual era que la víctima fuese la mujer. Y nadie desea que la expresión del amor conyugal, que es corporal y espiritual, humano en suma, sea fundamentalmente una expresión de egoísmo y de instrumentalización del otro.

Los profilácticos surgieron para preservar de la enfermedad; de las enfermedades de transmisión sexual. No nacieron para preservar de los hijos, *porque los hijos no son una enfermedad*.

Que el ejercicio de la paternidad haya de ser responsable no significa que haya que evitar los hijos como quien evita la peste. En el contexto de una adecuada antropología del amor y de la sexualidad –atenta, también, a las señales

del cuerpo— las enfermedades de transmisión sexual, y los virus que se propaguen de ese modo, no van a encontrar su nicho ecológico.

No, ese nicho propicio lo encontrarán antes donde la sexualidad se ejercite al margen del amor, de la fidelidad y del compromiso. Quizá de eso haya que protegerse. Y no de los hijos, que no son virus.

GUILLERMO JUAN MORADO*

II. PROSTITUIRSE

Prostituirse es vender el cuerpo y el alma a cambio de un precio. El reglamento para negarse en conciencia a practicar abortos, tramitándose en Contraloría, tal vez no pretenda pero finalmente consagra una sutil, larvada y patética inducción a la prostitución institucional: *Si quieres recibir recursos del Estado para seguir desarrollando prestaciones médicas en sectores de alta vulnerabilidad, deberás sacrificar tus juradas convicciones de abogado defensor de la vida, y rendirte sumisamente a tus dos poderosos amos: el Estado y el dinero.*

El Estado ¿tiene derecho a reglamentar la conciencia, obligando a realizar acciones que no están mandadas por la ley? ¿No es precisamente obligación constitucional del Estado garantizar la inviolabilidad de la conciencia y el ejercicio libre, privado y público, personal y grupal, de aquellas creencias y convicciones expresadas en la personería jurídica que el mismo Estado ha reconocido a los credos religiosos y a las asociaciones que en ellos se inspiran?

Si alguien, por convenio, me facilita dinero para que yo realice servicios que beneficiarán a los más necesitados y, por extensión, al mismo facilitador del dinero (ganará prestigio, credibilidad y apoyo ciudadano, además de ver realizado por otro un trabajo que le correspondía hacer a él) ¿se deberá entender que por el solo traspaso de recursos se ha adueñado él de mi conciencia, al punto de ordenarme hacer cosas que no formaban parte del convenio al momento de suscribirlo, y que sabidamente repugnan a mis convicciones morales? Si yo supiera desde el principio que esa era la intención e interpretación de mi proveedor de recursos, jamás le aceptaría recibir su dinero, aunque estaba destinado a los pobres. Mi aceptación importaría un autoultraje, como quien prostituye su alma y su cuerpo a cambio de un beneficio personal o familiar.

Jurídicamente, es falacia argumentar que la objeción de conciencia involucra siempre desobediencia a la ley. El art. 1° del Código Civil es explícito: la ley manda, prohíbe o permite (¡autoerigidos pontífices del Derecho: lean!). Si una ley despenaliza es que renuncia a castigar y por ello permite realizar la conducta antes prohibida. Durante años nos resignamos a escuchar la falacia de que a nadie se imponía, solo se permitía, y muy restrictivamente, abortar. Siempre supimos

*Publicado en *Infocat*, 25.7.2018.

que era mentira. Hoy tenemos la evidencia: mentira y violencia homicida van siempre perversamente unidas.

Si no te sometes a la ley que permite abortar, te quitaré el dinero que conviene entregarte para servicio médico de los más vulnerables. *Abuso de poder*, protagonizado por quien tiene por función primordial cautelar el derecho de toda persona a la vida y a la libertad. Franca, vergonzosa y pública intimación inductiva a la prostitución.

Sabiamente nos advirtió Jesús: no teman a quien les pueda matar el cuerpo. Teman a quien pueda llevarles a la perdición final del alma y del cuerpo.

P. RAÚL HASBÚN Z.*

III. NO SOY UN SUSTITUTO DEL ESTADO

En febrero de este año, en este mismo espacio, fuimos unas de las primeras voces que llamó la atención sobre la importancia para las empresas de que se defendiera públicamente la libertad de conciencia de las instituciones. Como empresarios, nos pareció crucial que se reconociera a todas las instituciones, incluidas las empresas, el derecho a decidir en conciencia. Esa libertad fue recogida por la ley, pero, lamentablemente, la Contraloría ha emitido un dictamen que en los hechos deja sin efecto ese derecho.

El dictamen dice que *solo las entidades privadas pueden invocar la objeción de conciencia institucional*, pero que los servicios de salud privados que firman convenios con el Estado para prestar servicios son un “sustituto” del servicio de salud público y, por lo tanto, *no pueden adoptar una posición que les impida realizar las prestaciones de salud a que se encuentra obligado el Estado* y, por lo tanto, no pueden objetar en conciencia.

Con esta interpretación, no solo se pasa a llevar gravemente una ley vigente –la que reconoce a las personas jurídicas, incluidas las empresas, la posibilidad de objetar en conciencia– sino que pone en riesgo una serie de derechos humanos, garantías constitucionales, principios del orden social, como son el derecho de asociación, la libertad de pensamiento, la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad, así como el principio de subsidiariedad por el cual el Estado protege y ampara los cuerpos intermedios de la sociedad.

Es peligroso que una autoridad pública considere que el único medio legítimo para proveer bienes públicos sea a través del Estado y que todos los demás somos sus *sustitutos*. Y es un error confundir lo público con lo estatal. En el ámbito de lo público, la diversidad es signo de riqueza y la pluralidad es un valor que el Estado no debe anular, sino que debe amparar, proteger y promover. Cuando lo estatal es el modo de ser legítimo y todos los demás no somos más que su *sustituto*, toda la enorme diversidad social y la riqueza de la pluralidad no es más que una

*Publicado en *VivaChile.org* el 14.7.2018 (originalmente en *Diario Financiero*, www.df.cl).

desviación que el Estado *permite*. Y ese no es el modo en que las personas, dada nuestra dignidad de hombres libres y no de siervos del Estado, queremos vivir; no somos un sustituto del Estado.

Este asunto puede sonar algo abstracto, pero para los hombres y mujeres de empresa es algo concreto. Cada día más, las personas les exigen a las empresas que sean conscientes, que tengan un ideario, que vaya más allá de la mera rentabilidad, que sean un aporte al bien común. Tanto para ser cliente de una empresa como para entrar a trabajar en una, las personas buscan empresas con un sentido trascendente, con un ideario. Y la interpretación de la Contraloría va en sentido contrario.

Es una muy mala señal que se está enviando a los emprendedores sociales, a las empresas B, a las empresas en general que contratan con el Estado. Si una empresa quiere contratarse con el Estado tiene que deshacerse de todos esos rasgos y valores, pues no son un buen *sustituto* del Estado. Si esta interpretación va a ser la norma, ¿significa entonces que, a partir de ahora una empresa con propósito, con ideario, corre con desventaja en una licitación pública, pues no será un buen sustituto del Estado?

Tal vez un ejemplo real lo pueda graficar. En hospitales públicos de La Araucanía se han habilitado salas especiales para que una machi realice sus rituales para los enfermos que allí se tratan. ¿Por qué se destinan fondos públicos para esto? ¿Porque es la creencia de una minoría, la de una mayoría o porque es la creencia del Estado? Nada de eso. Lo hace porque en los hospitales, como en muchos otros lugares y situaciones de la vida social, incluidas las empresas y las empresas que prestan bienes públicos, se expresan los valores, creencias, idearios y libertad de las personas y de las instituciones que ellas crean, las que deben ser cuidadas y promovidas por el Estado. Neutralizar esa diversidad cultural, valórica y asociativa nos empobrece a todos como sociedad y nos acerca más a un sistema totalitario, en que todos somos servidores, mandatarios y *sustitutos* del Estado.

IGNACIO ARÉCHAGA*

IV. MÉDICOS QUE SE CAEN DEL PEDESTAL

En el mundo de hoy pocos avances obtienen más reconocimientos que los progresos médicos. Pero sus ventajas no nos pueden hacer olvidar los medios con que se consiguen. Y a veces su falta de respeto a la ética enturbia la imagen de los científicos que los hicieron posible. Así ocurre con dos historias de estos días: la retirada de Central Park de una estatua de Marion Sims, *padre de la ginecología moderna*, y el descubrimiento de la connivencia con la eugenesia nazi por parte del doctor austríaco Hans Asperger, que ha dado su nombre a una forma de autismo.

*Publicado (originalmente por *El Líbero*, www.ellibero.cl).

En EE.UU., desde el pasado año se ha producido una polémica sobre la conveniencia de mantener estatuas o monumentos de figuras históricas que han sido importantes, pero cuyas vidas no son hoy admirables. En diversas ciudades se han retirado monumentos de la Confederación y en algunos campus las estatuas de fundadores o benefactores que fueron esclavistas. Hay quien dice que estas son huellas propias de una época, que pueden ser juzgadas en los libros de historia, pero que no tiene sentido eliminar hoy su presencia en los espacios públicos. Otros, en cambio, mantienen que no se puede dar un reconocimiento público a figuras contrarias a los derechos humanos.

En el caso de Marion Sims (1813-1883) nadie niega sus aportaciones a la moderna ginecología, cuando en los años 40 del siglo XIX desarrolló la cirugía para curar las fístulas vesicovaginales, a menudo causadas al dar a luz. Inventó lo que se conoce como el espéculo de Sims, para observar las cavidades corporales, y fue pionero en la investigación y tratamiento de la infertilidad. También creó el primer hospital de Nueva York para mujeres.

Lo que se le reprocha es que comprara esclavas negras y experimentara con ellas el tratamiento de las fístulas. Para perfeccionar sus técnicas, sometió a 11 esclavas a diversas y dolorosas operaciones sin anestesia (aunque hay que reconocer que en aquellos años la anestesia estaba poco desarrollada). Sus experiencias con estas esclavas no tienen nada que ver con lo que hoy consideraríamos un consentimiento informado: no se las trataba como pacientes sino como cobayas. Una vez que dominó estas técnicas, las ofreció a mujeres blancas de clase alta. Su éxito le dio fama mundial, y así lo atestigua la estatua que se le erigió en Central Park en 1934.

Es precisamente esta estatua la que ha sido el centro de la polémica. Los que han pedido su retirada (una petición en Internet recogió 26.000 firmas) aducen que no se puede honrar a un hombre que logró unos avances médicos al coste de utilizar con esclavas negras métodos carentes de ética. Finalmente, el Ayuntamiento de Nueva York ha decidido retirar su estatua de Central Park y trasladarla al cementerio donde está enterrado Sim.

CONFORMES CON SU ÉPOCA

Otro médico que también se ha caído del pedestal es el doctor austríaco Hans Asperger (1906-1980), que ha dado su nombre al *síndrome de Asperger*, una forma de autismo. Tampoco se niega en este caso que Asperger fue un pionero en el estudio del autismo, y que sus aportaciones científicas han contribuido a entender mejor este síndrome. Pero lo que ahora ha sacado a la luz un estudio del historiador médico Herwig Czech es que Asperger compartía el concepto de higiene racial de la ideología nazi y que colaboró en el programa de eutanasia infantil al enviar niños a la clínica Am Spiegelgrund. En esta clínica se concentraron niños que según los criterios del régimen no reunían las condiciones para llevar una vida *digna de ser vivida*. En ella murieron 800 niños entre 1940 y 1945, muchos de ellos, víctimas del programa de eutanasia infantil.

La connivencia de Asperger con el programa nazi ha sido una cuestión discutida durante décadas. Pero el nuevo estudio de Czech –basado también en papeles

personales e historias médicas de pacientes de Asperger– parece ofrecer nuevas pruebas de su colaboracionismo y de sus estereotipos antisemitas.

Ahora las actitudes y los métodos de Sims o de Asperger nos resultan intolerables. Pero no hay que olvidar que eran hombres de su tiempo, y que compartían ideas ampliamente aceptadas en su sociedad. Sim era un hombre respetable, dentro de una sociedad que aún aceptaba la esclavitud. Asperger creía en las ideas y prácticas eugenésicas, que entonces eran moneda corriente no solo en Alemania sino también en otros países como Estados Unidos.

LA FUNDADORA DE PLANNED PARENTHOOD

Pero si hay que retirar estatuas de figuras médicas que utilizaron o menospreciaron a los más pobres y vulnerables, por lo menos habría que ser consecuentes, y aplicarlo en todos los casos, cualquiera que fuese la causa que les movía. Tenemos, por ejemplo, el caso de Margaret Sanger (1879-1966), por lo general presentada como una enfermera reformadora, activista del control de la natalidad, fundadora de lo que sería Planned Parenthood. Su estatua figura en el Smithsonian Institute entre los *Luchadores por la Justicia* y en el Freedom Trail de Boston.

Sin duda fue una voz de protesta, que influyó mucho en su época y después. Pero sobre todo protestó contra la proliferación incontrolada de los pobres e ignorantes, cuya descendencia quería limitar, con métodos coercitivos si fuera necesario. Basta leerla:

Me pregunto si sería necesario establecer un sistema de permisos de nacimiento... Una licencia de matrimonio daría al marido y a la mujer el derecho a cohabitar, pero no el derecho a la paternidad... Ningún permiso de paternidad sería válido para más de un hijo (America Needs a Code for Babies, 1934).

Si le hubieran hecho caso, América habría sido pionera del *hijo único*, y no la China comunista.

También fue una promotora de la eugenesia, con el fin de mejorar la herencia humana, reduciendo la reproducción de los considerados como incapaces.

Aquellos menos preparados para la competición son los que se están multiplicando más rápidamente (The Pivot of Civilization, 1922).

Las políticas eugenésicas de Singer incluían una política migratoria selectiva, libre acceso a los métodos de control de la natalidad, y métodos coercitivos con los *profundamente retardados*.

Una severa y rígida política de esterilización y segregación en campos de trabajo, es necesaria para ese tipo de población, en la que se incluyen anal-fabetos, cuya progenie está ya contaminada, o cuya herencia contiene rasgos objetables que pueden ser transmitidos a su descendencia (A Plan for Peace, en The Birth Control Review (abril, 1932).

Parece que los *derechos reproductivos* de los más desfavorecidos no eran bien vistos por la fundadora de Planned Parenthood. Pero como el control de natalidad ha entrado en las costumbres, su estatua sigue en pie.

En cualquier caso, esta reconsideración de logros médicos conseguidos al precio de retrocesos éticos, puede servir para valorar lo que es un auténtico avance en la medicina. Quizá el día de mañana habrá peticiones para retirar los homenajes públicos a figuras que hoy se dedican a utilizar embriones humanos como material de experimentación o a aplicar la eutanasia a pacientes que no pueden decidir.

IGNACIO ARÉCHAGA*

V. CARDENAL MÜLLER: “LA ACUSACIÓN DE HOMOFOBIA ES UN INSTRUMENTO DEL TOTALITARISMO”

El cardenal Gerhard Müller, anterior prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, concedió una entrevista a la periodista italiana Costanza Miriano, que trabaja para la cadena de televisión italiana RIA. En esta nueva entrevista, el cardenal alemán rechaza la noción de “homofobia” y explica que es un *instrumento de una ideología contraria a la realidad*.

Miriano publicó la entrevista en su propio *blog* privado, en el que también promueve dos libros suyos [La publicación en español de *Cásate y sé sumisa*, en 2013, provocó una *gran polémica* en España], en los que defiende la *comprensión tradicional del matrimonio*: a saber, que las esposas estén sujetas a sus maridos y que los maridos protejan a sus esposas incluso con sus vidas. En su propia introducción a la nueva entrevista, rechaza la noción de “homofobia”, es decir, una aversión contra los homosexuales.

Según Giuseppe Nardi, de *Katholisches.info*, quien informa sobre esta nueva entrevista, el objetivo de gran parte de esta ideología de género es eliminar la homosexualidad, y más recientemente *la transexualidad*, del *catálogo de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (OMS)* –de hecho, la homosexualidad ya se eliminó del catálogo en 1990, lo que demuestra la eficacia de dicha estrategia–.

La entrevista de Costanza Miriano al cardenal Müller aparece relacionada con su próxima participación en la presentación de un libro sobre un hombre que tiene inclinaciones homosexuales pero que se resiste a ellas, y que ahora describe la ideologización de este problema.

El autor se llama Daniel C. Mattson, y el título de su libro es *Why I Don't Call Myself Gay: How I Reclaimed My Sexual Reality and Found Peace* [Por qué no me llamo Gay. Cómo reconduje mi realidad sexual y encontré la paz]. El libro fue publicado por primera vez por Ignatius Press, en 2017. El cardenal Robert

*Publicado en *VivaChile.org* el 27.4.2018 (originalmente en su *blog El Sonar*, <http://elsonar.aceprensa.com/>).

Sarah escribió el prólogo para la versión italiana del libro, y el cardenal Müller lo presentará el 25 de mayo en Roma.

LA HOMOFOBIA, UNA INVENCIÓN E INSTRUMENTO MARXISTA

En su entrevista con Costanza Miriano, madre de cuatro hijos, el cardenal Müller dice lo siguiente sobre el concepto de homofobia, en el contexto del Día Internacional contra la Homofobia del 17 de mayo:

“La homofobia simplemente no existe. Es claramente una invención y un instrumento del dominio totalitario sobre los pensamientos de los demás. El homo-movimiento carece de argumentos científicos, por eso creó una ideología que quiere dominar creando su propia realidad. Es el patrón marxista según el cual la realidad no crea el pensamiento, sino que el pensamiento crea su propia realidad. Aquel que no acepta esta realidad creada debe ser considerado como enfermo. Es como si uno pudiera influir en una enfermedad con la ayuda de la policía o con la ayuda de los tribunales. En la Unión Soviética, los cristianos fueron puestos en clínicas psiquiátricas. Estos son los métodos de los regímenes totalitarios, del nacionalsocialismo y del comunismo. Lo mismo ocurre en Corea del Norte para aquellos que no aceptan la forma de pensar reinante”.

Costanza Miriano señala que conoce varios obispos que son más conservadores, pero que al mismo tiempo apoyan tales iniciativas contra la homofobia, y le pregunta al cardenal Müller por qué se prestan a este “juego”. El cardenal Müller responde:

“Algunos obispos hoy ya no tienen el coraje de decir la verdad y se dejan intimidar. No entienden que la homofobia es un engaño que sirve para amenazar a las personas. Pero nosotros, los cristianos, tal vez no tengamos miedo frente a las amenazas. En los primeros siglos [después de Cristo], los discípulos de Jesús fueron encarcelados, devorados por las fieras. Hoy uno los desgarran con la ayuda del terror psicológico, mientras que al mismo tiempo hace uso de la falta de conocimiento. Sin embargo, de un obispo y de un sacerdote, uno puede esperar que sea capaz de mirar detrás de estas ideologías. Nosotros somos los que tratamos, con la ayuda de la Gracia de Dios, de amar a todas las personas, también a aquellos que se sienten atraídos por el mismo sexo. Pero debe quedar claro que amar no significa obedecer a la propaganda de género”.

LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO RECHAZA LA VERDAD

Cuando se le preguntó sobre el hecho de que actualmente esta agenda de género está siendo promovida por muchos gobiernos occidentales, el cardenal alemán responde que “nuestros políticos en Europa deben ocuparse de muchas personas, sin trabajo, del problema de falta de nacimientos, de la familia, de muchos problemas

serios". En cambio, agrega, "están ocupados convirtiendo nuestras democracias en sistemas totalitarios. La ideología en sí misma es violenta. ¿Cómo puede un Parlamento decidir qué es verdad y qué no?", pregunta Müller*.

VI. LA UNIVERSIDAD NO ES UNA INSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

Más allá de todo el alboroto causado en su momento por el asunto de la gratuidad en la educación superior, no debiera escapársenos otra transformación más sutil de la universidad. Esta consiste en el paulatino encumbramiento de los estudiantes a otras tareas de la misión institucional. Uno de los motivos que se da para ello es que el grado de desarrollo de las sociedades podría estimarse en función de cuánta democracia admiten sus instituciones. Sin embargo, una paradoja de la vida pública es que, a pesar de que la democracia aparece como un objetivo prioritario en ciertos niveles de la vida política, ninguna de las instituciones que componen una comunidad debería aspirar a gobernarse democráticamente.

Una familia, una agrupación religiosa, un hospital, una universidad no pueden ser democráticos, y esto no perjudica sus funcionamientos. Con respecto a la universidad, señalaba Max Weber en una conferencia pronunciada en 1919 en Munich, frente a un grupo de estudiantes encandilados con la revolución bolchevique, que *la democracia está bien dentro de su propio ámbito, pero la educación científica que, por tradición, hemos de procurar en las universidades alemanas, es una cuestión de aristocracia espiritual, y sobre esto no cabe engañarse.*

El modo en que ha de regirse una institución es una consecuencia directa de su sentido y objetivos. Al ser la universidad la etapa final de aprendizaje y de investigación, se desprende de ello que el profesor que enseña e investiga es quien ocupa el lugar más elevado de la jerarquía. Por cierto, una universidad debe mantener un equilibrio en esas dos funciones, pues si privilegia la investigación, no se ve qué necesidad habría de estudiantes; y si privilegia la enseñanza, no se ve claramente qué necesidad habría de tomar en serio la investigación. En cuanto a la organización interna de la universidad, si bien el profesor-investigador se encuentra en la cúspide de la pirámide, su tarea solo alcanza pleno sentido gracias a los estudiantes, quienes asisten para formarse en aquellas profesiones que Ortega llamaba *intelectuales*. Una minoría de ellos aspira, a su vez, a formar parte del cuerpo de profesores.

Ahora bien, debe decirse que el modelo napoleónico de universidad fue el que terminó imponiéndose en Iberoamérica, privilegiando las necesidades del Estado y de sus eventuales ideologías. Tal vez sea ese el origen de la obesidad de los aparatos administrativos universitarios, del protagonismo de los Rectores, y, en definitiva, de la funesta idea de que el saber y el cuidado de la cultura solo estarán asegurados si la universidad reproduce en su seno los criterios de gobierno provenientes del Estado.

*Publicado en *Infocat*, 19.5.2018.

Nadie recuerda los nombres de los Rectores de Princeton, Basilea, o Cambridge cuando allí enseñaban Einstein, Jaspers y Hawking. ¿Por qué sería importante saber eso? Se trata de profesores que pudieron, por lo general, trabajar en paz dando lo mejor de sí, y de universidades que conocían muy claramente sus rasgos distintivos respecto de otras instituciones públicas. Sí recordamos en cambio el nombre del Rector de la Universidad de Friburgo entre los años 1933-1934. Lo recordamos, no por las alturas a las cuales elevó esa universidad, sino por lo que ella y su rectorado significaron en ese momento inexplicable de la historia alemana.

Volvamos al modelo napoleónico. Este contagia a la universidad las vacilaciones rocambolescas de lo político, la volatilidad de sus credos y el pragmatismo oportunista característico de quienes solo tienen como horizonte de vida eternizarse en sus cargos. Por cierto, si esto se traslada a la universidad, esta sufre un menoscabo en su propia identidad. Puertas adentro, es perfectamente legítimo que la universidad adopte ciertos criterios políticos para funcionar y que tenga su propio ideario. Pero ya no es tan defendible que esos criterios vengan infectados por la política partidaria propia del Estado. Así como una isla puede perfectamente ser parte del paisaje de un país, podría sostenerse que el carácter insular, aristocrático y selectivo de una universidad no vulnera su pertenencia visceral a una patria y a una cultura, ni al compromiso con ellas.

Una reforma de la universidad que se proponga rectificar lo que ni siquiera se ha demostrado sea una injusticia, es una pérdida de tiempo. Sin prisa ni pausa, y con la excusa de que hay nuevas sensibilidades sociales, se pretende la incorporación de los estudiantes a niveles en donde se toman decisiones esenciales respecto de su futuro, pero en un pie de igualdad con quienes ya pasaron por esa condición de estudiantes. No se trata aquí entonces de democracia, sino de democratismo. La democracia implica igualdad; ¿es necesario recordar que un estudiante no es el igual de su profesor? Esto, además de ser una incoherencia, es una grave imprudencia. En efecto, la condición de estudiante es la de una preparación a otra cosa, no un fin en sí misma. Nadie estudia para ser estudiante. Por eso, estrictamente hablando, no puede haber *derechos de los estudiantes* independientes de aquella condición final a la cual se ordena el ser estudiante. Puede resultar extraño, pero quien mejor conoce el bien y lo mejor para los estudiantes, es quien dejó de serlo. Este puede experimentar en sí mismo y desde el final del camino, dónde sería preciso rectificar o reforzar ese itinerario. Lo contrario sería como suponer que el montañista, aún en pleno ascenso, puede ver más lejos y mejor que el guía que ya llegó a la cima, e intenta indicar a quienes vienen subiendo cuál es el mejor rumbo.

En suma, la reflexión sobre el sentido y la misión de la universidad no arrojan como conclusión la necesidad de un gobierno democrático pluriestamental, ni la reubicación de los estudiantes en sitios que no son los suyos propios. Esto implicaría transformar la isla en un istmo que facilita el transporte de la racionalidad (o irracionalidad) propias del Estado a una institución que no es un Estado, y que se rige por criterios sapienciales muy distintos.

JORGE MARTÍNEZ*

*Publicado en *VivaChile* org el 20.7.2018 (originalmente en *El Libero*, www.ellibero.cl).

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO

EN LOS 50 AÑOS DE LA ENCÍCLICA
HUMANAE VITAE DE S.S. PABLO VI

*Tú, Señor, me sacaste del seno materno,
me confiaste al regazo de mi madre;
a Ti fui entregado desde mi nacimiento,
desde el seno de mi madre Tú eres mi Dios*

(Salmo 21, 10-11)

CARTA ENCÍCLICA
HUMANAE VITAE

A los venerables hermanos los patriarcas, arzobispos, obispos y demás ordinarios de lugar en paz y comunión con la sede apostólica, al clero y a los fieles del orbe católico y a todos los hombres de buena voluntad, sobre la regulación de la natalidad.

Venerables hermanos y amados hijos, salud y bendición apostólica.

LA TRANSMISIÓN DE LA VIDA

1. El gravísimo deber de transmitir la vida humana ha sido siempre para los esposos, colaboradores libres y responsables de Dios Creador, fuente de grandes alegrías aunque algunas veces acompañadas de no pocas dificultades y angustias. En todos los tiempos ha planteado el cumplimiento de este deber serios problemas en la conciencia de los cónyuges, pero con la actual transformación de la sociedad se han verificado unos cambios tales que han hecho surgir nuevas cuestiones que la Iglesia no podía ignorar por tratarse de una materia relacionada tan de cerca con la vida y la felicidad de los hombres.

I. NUEVOS ASPECTOS DEL PROBLEMA Y
COMPETENCIA DEL MAGISTERIO

NUEVO ENFOQUE DEL PROBLEMA

2. Los cambios que se han producido son, en efecto, notables y de diversa índole. Se trata, ante todo, del rápido desarrollo demográfico. Muchos manifiestan el

temor de que la población mundial aumente más rápidamente que las reservas de que dispone, con creciente angustia para tantas familias y pueblos en vía de desarrollo, siendo grande la tentación de las autoridades de oponer a este peligro medidas radicales. Además, las condiciones de trabajo y de vivienda y las múltiples exigencias que van aumentando en el campo económico y en el de la educación, con frecuencia hacen hoy difícil el mantenimiento adecuado de un número elevado de hijos.

Se asiste también a un cambio, tanto en el modo de considerar la personalidad de la mujer y su puesto en la sociedad como en el valor que hay que atribuir al amor conyugal dentro del matrimonio y en el aprecio que se debe dar al significado de los actos conyugales en relación con este amor.

Finalmente, y sobre todo, el hombre ha llevado a cabo progresos estupendos en el dominio y en la organización racional de las fuerzas de la naturaleza, de modo que tiende a extender ese dominio a su mismo ser global: al cuerpo, a la vida psíquica, a la vida social y hasta las leyes que regulan la transmisión de la vida.

3. El nuevo estado de cosas hace plantear nuevas preguntas. Consideradas las condiciones de la vida actual y dado el significado que las relaciones conyugales tienen en orden a la armonía entre los esposos y a su mutua fidelidad, ¿no sería indicado revisar las normas éticas hasta ahora vigentes, sobre todo si se considera que las mismas no pueden observarse sin sacrificios, algunas veces heroicos?

Más aún, extendiendo a este campo la aplicación del llamado “principio de totalidad”, ¿no se podría admitir que la intención de una fecundidad menos exuberante, pero más racional, transformase la intervención materialmente esterilizadora en un control lícito y prudente de los nacimientos? Es decir, ¿no se podría admitir que la finalidad procreadora pertenezca al conjunto de la vida conyugal más bien que a cada uno de los actos? Se pregunta también si, dado el creciente sentido de responsabilidad del hombre moderno, no haya llegado el momento de someter a su razón y a su voluntad, más que a los ritmos biológicos de su organismo, la tarea de regular la natalidad.

COMPETENCIA DEL MAGISTERIO

4. Estas cuestiones exigían del Magisterio de la Iglesia una nueva y profunda reflexión acerca de los principios de la doctrina moral del matrimonio, doctrina fundada sobre la ley natural, iluminada y enriquecida por la Revelación divina. Ningún fiel querrá negar que corresponda al Magisterio de la Iglesia el interpretar también la ley moral natural. Es, en efecto, incontrovertible –como tantas veces han declarado nuestros predecesores¹– que Jesucristo, al comunicar a Pedro y a los Apóstoles su autoridad divina y al enviarlos a enseñar a todas las gentes sus mandamientos², los constituía en custodios y en intérpretes auténticos de toda

¹Cfr. Pío XI, *Enc. Qui pluribus*, 9 de noviembre de 1946, Pii IX P. M. Acta, vol. 1. pp. 9-10; San Pío X, *Enc. Singulari quadam*, 24 de septiembre de 1912, AAS 4 (1912), p. 658; Pío XI, cfr. *Casti connubii*, 31 de diciembre de 1930, AAS 22 (1930), pp. 579-581; Pío XII, *Aloc. Magnificate Dominum* al Episcopado del mundo católico, 2 de noviembre de 1954, AAS 46 (1954), pp. 671-672; Juan XXIII, *Enc. Mater et Magistra*, 15 de mayo de 1961, AAS 53 (1961), p. 457.

²Cfr. Math., 28, 18-19.

ley moral, es decir, no solo de la ley evangélica, sino también de la natural, expresión de la voluntad de Dios, cuyo cumplimiento fiel es igualmente necesario para salvarse³.

En conformidad con esta su misión, la Iglesia dio siempre, y con más amplitud en los tiempos recientes, una doctrina coherente tanto sobre la naturaleza del matrimonio como sobre el recto uso de los derechos conyugales y sobre las obligaciones de los esposos⁴.

ESTUDIOS ESPECIALES

5. La conciencia de esa misma misión nos indujo a confirmar y a ampliar la Comisión de Estudio que nuestro predecesor Juan XXIII, de feliz memoria, había instituido en marzo de 1963. Esta Comisión de la que formaban parte bastantes estudiosos de las diversas disciplinas relacionadas con la materia y parejas de esposos, tenía la finalidad de recoger opiniones acerca de las nuevas cuestiones referentes a la vida conyugal, en particular la regulación de la natalidad, y de suministrar elementos de información oportunos, para que el Magisterio pudiese dar una respuesta adecuada a la espera de los fieles y de la opinión pública mundial⁵.

Los trabajos de estos peritos, así como los sucesivos pareceres y los consejos de buen número de nuestros hermanos en el Episcopado, quienes los enviaron espontáneamente o respondiendo a una petición expresa, nos han permitido ponderar mejor los diversos aspectos del complejo argumento. Por ello les expresamos de corazón a todos nuestra viva gratitud.

LA RESPUESTA DEL MAGISTERIO

6. No podíamos, sin embargo, considerar como definitivas las conclusiones a que había llegado la Comisión, ni dispensarnos de examinar personalmente la grave cuestión; entre otros motivos, porque en seno a la Comisión no se había alcanzado una plena concordancia de juicios acerca de las normas morales a proponer y, sobre todo, porque habían aflorado algunos criterios de soluciones que se sepa-

³Cfr. Math., 7, 21.

⁴Cfr. Catechismus Romanus Concilii Tridentini, pars II, c. VIII; León XIII, Enc. *Arcanum*, 10 de febrero de 1880; Acta L. XIII, 2 (1881), pp. 26-29; Pío XI, Enc. *Divini illius Magistri*, 31 de diciembre de 1929, AAS 22 (1930), pp. 58-61; Enc. *Casti connubii*, 31 de diciembre de 1930, AAS 22 (1930), pp. 545-546; Pío XII, Alocución a la Unión Italiana médico-biológica de San Lucas, 12 de noviembre de 1944, Discorsi e Radiomessaggi, VI, pp. 191-192; al *Convenio de la Unión Católica Italiana de Comadronas*, 29 de octubre de 1951, AAS 43 (1951), pp. 853-854; al Congreso del "Fronte della Famiglia" y de la Asociación de Familias Numerosas, 28 de noviembre de 1951, AAS 43 (1951), pp. 857-859; al VII Congreso de la Sociedad Internacional de Hematología, 12 de septiembre de 1958, AAS 50 (1958), pp. 734-735; Juan XXIII, Enc. *Mater et Magistra*, AAS 53 (1961), pp. 446-447; Codex Iuris Canonici, can. 1067; 1068, párr.1; 1076, párr.1-2; Conc. Vaticano II, Const. Past. *Gaudium et Spes*, nn. 47-52.

⁵Cfr. Alocución de Pablo VI al Sacro Colegio, 23 de junio de 1964, AAS 56 (1964), p. 588; a la Comisión para el estudio de los problemas de la población, de la familia y de la natalidad, 27 de marzo de 1965, AAS (1965), p. 388; al Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Obstetricia y Ginecología, 29 de octubre de 1966, AAS 58 (1966), p. 1168.

raban de la doctrina moral sobre el matrimonio propuesta por el Magisterio de la Iglesia con constante firmeza. Por ello, habiendo examinado atentamente la documentación que se nos presentó y después de madura reflexión y de asiduas plegarias, queremos ahora, en virtud del mandato que Cristo nos confió, dar nuestra respuesta a estas graves cuestiones.

II. PRINCIPIOS DOCTRINALES

UNA VISIÓN GLOBAL DEL HOMBRE

7. El problema de la natalidad, como cualquier otro referente a la vida humana, hay que considerarlo, por encima de las perspectivas parciales de orden biológico o psicológico, demográfico o sociológico, a la luz de una visión integral del hombre y de su vocación, no solo natural y terrena sino también sobrenatural y eterna. Y puesto que, en el tentativo de justificar los métodos artificiales del control de los nacimientos, muchos han apelado a las exigencias del amor conyugal y de una “paternidad responsable”, conviene precisar bien el verdadero concepto de estas dos grandes realidades de la vida matrimonial, remitiéndonos sobre todo a cuanto ha declarado, a este respecto, en forma altamente autorizada, el Concilio Vaticano II en la Constitución pastoral *Gaudium et Spes*.

EL AMOR CONYUGAL

8. La verdadera naturaleza y nobleza del amor conyugal se revelan cuando este es considerado en su fuente suprema, Dios, que es Amor⁶, “el Padre de quien procede toda paternidad en el cielo y en la tierra”⁷.

El matrimonio no es, por tanto, efecto de la casualidad o producto de la evolución de fuerzas naturales inconscientes; es una sabia institución del Creador para realizar en la humanidad su designio de amor. Los esposos, mediante su recíproca donación personal, propia y exclusiva de ellos, tienden a la comunión de sus seres en orden a un mutuo perfeccionamiento personal, para colaborar con Dios en la generación y en la educación de nuevas vidas. En los bautizados el matrimonio reviste, además, la dignidad de signo sacramental de la gracia, en cuanto representa la unión de Cristo y de la Iglesia.

SUS CARACTERÍSTICAS

9. Bajo esta luz aparecen claramente las notas y las exigencias características del amor conyugal, siendo de suma importancia tener una idea exacta de ellas.

Es, ante todo, un amor plenamente humano, es decir, sensible y espiritual al mismo tiempo. No es por tanto una simple efusión del instinto y del sentimiento sino que es también y principalmente un acto de la voluntad libre, destinado a mantenerse y a crecer mediante las alegrías y los dolores de la vida cotidiana,

⁶Cfr. 1 Jn., 4, 8.

⁷Ef., 3, 15.

de forma que los esposos se conviertan en un solo corazón y en una sola alma y juntos alcancen su perfección humana.

Es un amor total, esto es, una forma singular de amistad personal, con la cual los esposos comparten generosamente todo, sin reservas indebidas o cálculos egoístas. Quien ama de verdad a su propio consorte, no lo ama solo por lo que de él recibe sino por sí mismo, gozoso de poderlo enriquecer con el don de sí.

Es un amor fiel y exclusivo hasta la muerte. Así lo conciben el esposo y la esposa el día en que asumen libremente y con plena conciencia el empeño del vínculo matrimonial. Fidelidad que a veces puede resultar difícil pero que siempre es posible, noble y meritoria; nadie puede negarlo.

El ejemplo de numerosos esposos a través de los siglos demuestra que la fidelidad no solo es natural al matrimonio sino también manantial de felicidad profunda y duradera.

Es, por fin, un amor fecundo, que no se agota en la comunión entre los esposos sino que está destinado a prolongarse suscitando nuevas vidas. “El matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole. Los hijos son, sin duda, el don más excelente del matrimonio y contribuyen sobremanera al bien de los propios padres”⁸.

LA PATERNIDAD RESPONSABLE

10. Por ello el amor conyugal exige a los esposos una conciencia de su misión de “paternidad responsable” sobre la que hoy tanto se insiste con razón y que hay que comprender exactamente. Hay que considerarla bajo diversos aspectos legítimos y relacionados entre sí.

En relación con los procesos biológicos, paternidad responsable significa conocimiento y respeto de sus funciones; la inteligencia descubre, en el poder de dar la vida, leyes biológicas que forman parte de la persona humana⁹.

En relación con las tendencias del instinto y de las pasiones, la paternidad responsable comporta el dominio necesario que sobre aquellas han de ejercer la razón y la voluntad.

En relación con las condiciones físicas, económicas, psicológicas y sociales, la paternidad responsable se pone en práctica ya sea con la deliberación ponderada y generosa de tener una familia numerosa ya sea con la decisión, tomada por graves motivos y en el respeto de la ley moral, de evitar un nuevo nacimiento durante algún tiempo o por tiempo indefinido.

La paternidad responsable comporta sobre todo una vinculación más profunda con el orden moral objetivo, establecido por Dios, cuyo fiel intérprete es la recta conciencia. El ejercicio responsable de la paternidad exige, por tanto, que los cónyuges reconozcan plenamente sus propios deberes para con Dios, para consigo mismo, para con la familia y la sociedad, en una justa jerarquía de valores.

En la misión de transmitir la vida, los esposos no quedan, por tanto, libres para proceder arbitrariamente, como si ellos pudiesen determinar de manera completamente autónoma los caminos lícitos a seguir, sino que deben conformar

⁸Conc. Vat. II, Const. Past. *Gaudium et Spes*, n. 50.

⁹Cfr. Sto. Tomás, Sum. Teol., I-II, q. 94, a. 2.

su conducta a la intención creadora de Dios, manifestada en la misma naturaleza del matrimonio y de sus actos y constantemente enseñada por la Iglesia¹⁰.

RESPECTAR LA NATURALEZA Y LA FINALIDAD DEL ACTO MATRIMONIAL

11. Estos actos, con los cuales los esposos se unen en casta intimidad, y a través de los cuales se transmite la vida humana, son, como ha recordado el Concilio, “honestos y dignos”¹¹, y no cesan de ser legítimos si, por causas independientes de la voluntad de los cónyuges, se prevén infecundos, porque continúan ordenados a expresar y consolidar su unión. De hecho, como atestigua la experiencia, no se sigue una nueva vida de cada uno de los actos conyugales. Dios ha dispuesto con sabiduría leyes y ritmos naturales de fecundidad que por sí mismos distancian los nacimientos. La Iglesia, sin embargo, al exigir que los hombres observen las normas de la ley natural interpretada por su constante doctrina, enseña que cualquier acto matrimonial (*quilibet matrimonii usus*) debe quedar abierto a la transmisión de la vida¹².

INSEPARABLES LOS DOS ASPECTOS: UNIÓN Y PROCREACIÓN

12. Esta doctrina, muchas veces expuesta por el Magisterio, está fundada sobre la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y el significado procreador.

Efectivamente, el acto conyugal, por su íntima estructura, mientras une profundamente a los esposos, los hace aptos para la generación de nuevas vidas, según las leyes inscritas en el ser mismo del hombre y de la mujer. Salvaguardando ambos aspectos esenciales, unitivo y procreador, el acto conyugal conserva íntegro el sentido de amor mutuo y verdadero y su ordenación a la altísima vocación del hombre a la paternidad. No pensamos que los hombres, en particular los de nuestro tiempo, se encuentran en grado de comprender el carácter profundamente razonable y humano de este principio fundamental.

FIDELIDAD AL PLAN DE DIOS

13. Justamente se hace notar que un acto conyugal impuesto al cónyuge sin considerar su condición actual y sus legítimos deseos, no es un verdadero acto de amor; y prescinde por tanto de una exigencia del recto orden moral en las relaciones entre los esposos. Así, quien reflexiona rectamente deberá también reconocer que un acto de amor recíproco, que prejuzgue la disponibilidad a transmitir la vida que Dios Creador, según particulares leyes, ha puesto en él, está en contradicción con el designio constitutivo del matrimonio y con la voluntad del Autor de la vida. Usar este don divino destruyendo su significado y su finalidad, aun solo parcialmente, es contradecir la naturaleza del hombre y de la mujer y sus más íntimas relaciones, y por lo mismo es contradecir también el plan de Dios y su

¹⁰Cfr. *Gaudium et Spes*, nn. 50 y 51.

¹¹*Ibid.*, n. 49, 2o.

¹²Cfr. Pío XI, Enc. *Casti connubii*, AAS 22 (1930), p. 560; Pío XII, AAS 43 (1951), p. 843.

voluntad. Usufructuar, en cambio, el don del amor conyugal respetando las leyes del proceso generador significa reconocerse no árbitros de las fuentes de la vida humana, sino más bien administradores del plan establecido por el Creador. En efecto, al igual que el hombre no tiene un dominio ilimitado sobre su cuerpo en general, del mismo modo tampoco lo tiene, con más razón, sobre las facultades generadoras en cuanto tales, en virtud de su ordenación intrínseca a originar la vida, de la que Dios es principio. “La vida humana es sagrada –recordaba Juan XXIII–; desde su comienzo, compromete directamente la acción creadora de Dios”¹³.

VÍAS ILÍCITAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS NACIMIENTOS

14. En conformidad con estos principios fundamentales de la visión humana y cristiana del matrimonio, debemos una vez más declarar que hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas¹⁴.

Hay que excluir igualmente, como el Magisterio de la Iglesia ha declarado muchas veces, la esterilización directa, perpetua o temporal, tanto del hombre como de la mujer¹⁵; queda además excluida toda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga, como fin o como medio, hacer imposible la procreación¹⁶.

Tampoco se pueden invocar como razones válidas, para justificar los actos conyugales intencionalmente infecundos, el mal menor o el hecho de que tales actos constituirían un todo con los actos fecundos anteriores o que seguirán después y que por tanto compartirían la única e idéntica bondad moral. En verdad, si es lícito alguna vez tolerar un mal moral menor a fin de evitar un mal mayor o de promover un bien más grande¹⁷, no es lícito, ni aun por razones gravísimas, hacer el mal para conseguir el bien¹⁸, es decir, hacer objeto de un acto positivo de voluntad lo que es intrínsecamente desordenado y por lo mismo indigno de la persona humana, aunque con ello se quisiese salvaguardar o promover el bien individual, familiar o social. Es por tanto un error pensar que un acto conyugal, hecho voluntariamente infecundo, y por esto intrínsecamente deshonesto, pueda ser coonestado por el conjunto de una vida conyugal fecunda.

¹³Juan XXIII, Enc. *Mater et Magistra*, AAS 53 (1961), p. 447.

¹⁴Cfr. *Catechismus Romanus Concilii Tridentini*, pars. II, c. VIII; Pío XI, Enc. *Casti connubii*, AAS 22 (1930), pp. 562-564; Pío XII, *Discorsi e Radiomessaggi*, VI, pp. 191-192, AAS 43 (1951), pp. 842-843, pp. 857-859; Juan XXIII, Enc. *Pacem in terris*, 11 de abril de 1963, AAS 55 (1963), pp. 259-260; *Gaudium et Spes*, n. 51.

¹⁵Cfr. Pío XI, Enc. *Casti connubii*, AAS 22 (1930), n. 565; Decreto del S. Oficio, 22 de febrero de 1940, AAS 32 (1940), p. 73; Pío XII, AAS 43 (1951), pp. 843-844; AAS 50 (1958), pp. 734-735.

¹⁶Cfr. *Catechismus Romanus Concilii Tridentini*, pars II, c. VIII; Pío XI, Enc. *Casti connubii*, AAS 22 (1930), pp. 559-561; Pío XII, AAS 43 (1951), p. 843; AAS 50 (1958), pp. 734-735; Juan XXIII, Enc. *Mater et Magistra*, AAS 53 (1961), n. 447.

¹⁷Cfr. Pío XII, *Aloc. al Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos*, 6 diciembre 1953, AAS 45 (1953), pp. 798-799.

¹⁸Cfr. *Rom.*, 3, 8.

LICITUD DE LOS MEDIOS TERAPÉUTICOS

15. La Iglesia, en cambio, no retiene de ningún modo ilícito el uso de los medios terapéuticos verdaderamente necesarios para curar enfermedades del organismo, a pesar de que se siguiese un impedimento, aun previsto, para la procreación, con tal de que ese impedimento no sea, por cualquier motivo, directamente querido¹⁹.

LICITUD DEL RECURSO A LOS PERÍODOS INFECUNDOS

16. A estas enseñanzas de la Iglesia sobre la moral conyugal se objeta hoy, como observábamos antes (n. 3), que es prerrogativa de la inteligencia humana dominar las energías de la naturaleza irracional y orientarlas hacia un fin en conformidad con el bien del hombre. Algunos se preguntan: actualmente, ¿no es quizás racional recurrir en muchas circunstancias al control artificial de los nacimientos, si con ello se obtienen la armonía y la tranquilidad de la familia y mejores condiciones para la educación de los hijos ya nacidos? A esta pregunta hay que responder con claridad: la Iglesia es la primera en elogiar y en recomendar la intervención de la inteligencia en una obra que tan de cerca asocia la creatura racional a su Creador, pero afirma que esto debe hacerse respetando el orden establecido por Dios.

Por consiguiente, si para espaciar los nacimientos existen serios motivos, derivados de las condiciones físicas o psicológicas de los cónyuges, o de circunstancias exteriores, la Iglesia enseña que entonces es lícito tener en cuenta los ritmos naturales inmanentes a las funciones generadoras para usar del matrimonio solo en los períodos infecundos y así regular la natalidad sin ofender los principios morales que acabamos de recordar²⁰.

La Iglesia es coherente consigo misma cuando juzga lícito el recurso a los períodos infecundos, mientras condena siempre como ilícito el uso de medios directamente contrarios a la fecundación, aunque se haga por razones aparentemente honestas y serias. En realidad, entre ambos casos existe una diferencia esencial: en el primero los cónyuges se sirven legítimamente de una disposición natural; en el segundo impiden el desarrollo de los procesos naturales. Es verdad que tanto en uno como en otro caso, los cónyuges están de acuerdo en la voluntad positiva de evitar la prole por razones plausibles, buscando la seguridad de que no se seguirá; pero es igualmente verdad que solamente en el primer caso renuncian conscientemente al uso del matrimonio en los períodos fecundos cuando por justos motivos la procreación no es deseable, y hacen uso después en los períodos agenésicos para manifestarse el afecto y para salvaguardar la mutua fidelidad. Obrando así ellos dan prueba de amor verdadero e integralmente honesto.

GRAVES CONSECUENCIAS DE LOS MÉTODOS DE REGULACIÓN ARTIFICIAL DE LA NATALIDAD

17. Los hombres rectos podrán convencerse todavía de la consistencia de la doctrina de la Iglesia en este campo si reflexionan sobre las consecuencias de los

¹⁹Cfr. Pío XII, Alloc. a los Participantes en el Congreso de la Asociación Italiana de Urología, 8 octubre 1953, AAS 45 (1953), pp. 674-675; AAS 50 (1958), pp. 734-735.

²⁰Cfr. Pío XII, AAS 43 (1951), p. 846.

métodos de la regulación artificial de la natalidad. Consideren, antes que todo, el camino fácil y amplio que se abriría a la infidelidad conyugal y a la degradación general de la moralidad. No se necesita mucha experiencia para conocer la debilidad humana y para comprender que los hombres, especialmente los jóvenes, tan vulnerables en este punto tienen necesidad de aliento para ser fieles a la ley moral y no se les debe ofrecer cualquier medio fácil para burlar su observancia. Podría también temerse que el hombre, habituándose al uso de las prácticas anticonceptivas, acabase por perder el respeto a la mujer y, sin preocuparse más de su equilibrio físico y psicológico, llegase a considerarla como simple instrumento de goce egoísta y no como a compañera, respetada y amada.

Reflexiónese también sobre el arma peligrosa que de este modo se llegaría a poner en las manos de autoridades públicas despreocupadas de las exigencias morales. ¿Quién podría reprochar a un gobierno el aplicar a la solución de los problemas de la colectividad lo que hubiera sido reconocido lícito a los cónyuges para la solución de un problema familiar? ¿Quién impediría a los gobernantes favorecer y hasta imponer a sus pueblos, si lo consideraran necesario, el método anticonceptivo que ellos juzgaren más eficaz? En tal modo los hombres, queriendo evitar las dificultades individuales, familiares o sociales que se encuentran en el cumplimiento de la ley divina, llegarían a dejar a merced de la intervención de las autoridades públicas el sector más personal y más reservado de la intimidad conyugal.

Por tanto, si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre, privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y de sus funciones, según los principios antes recordados y según la recta inteligencia del “principio de totalidad” ilustrado por nuestro predecesor Pío XII²¹.

LA IGLESIA, GARANTÍA DE LOS AUTÉNTICOS VALORES HUMANOS

18. Se puede prever que estas enseñanzas no serán quizá fácilmente aceptadas por todos: son demasiadas las voces –ampliadas por los modernos medios de propaganda– que están en contraste con la Iglesia. A decir verdad, esta no se maravilla de ser, a semejanza de su divino Fundador, “signo de contradicción”²², pero no deja por esto de proclamar con humilde firmeza toda la ley moral, natural y evangélica.

La Iglesia no ha sido la autora de estas, ni puede por tanto ser su árbitro, sino solamente su depositaria e intérprete, sin poder jamás declarar lícito lo que no lo es por su íntima e inmutable oposición al verdadero bien del hombre.

Al defender la moral conyugal en su integridad, la Iglesia sabe que contribuye a la instauración de una civilización verdaderamente humana; ella compromete al hombre a no abdicar la propia responsabilidad para someterse a los medios técnicos; defiende con esto mismo la dignidad de los cónyuges. Fiel a las enseñanzas

²¹AAS 45 (1953), pp. 674-675; Alloc. a los Dirigentes y Socios de la Asociación Italiana de Donadores de Córnea, AAS 48 (1956), pp. 461-462.

²²Luc., 2, 34.

y al ejemplo del Salvador, ella se demuestra amiga sincera y desinteresada de los hombres a quienes quiere ayudar, ya desde su camino terreno, "a participar como hijos a la vida del Dios vivo, Padre de todos los hombres"²³.

III. DIRECTIVAS PASTORALES

LA IGLESIA, MADRE Y MAESTRA

19. Nuestra palabra no sería expresión adecuada del pensamiento y de las solicitudes de la Iglesia, Madre y Maestra de todas las gentes, si, después de haber invitado a los hombres a observar y a respetar la ley divina referente al matrimonio, no les confortase en el camino de una honesta regulación de la natalidad, aun en medio de las difíciles condiciones que hoy afligen a las familias y a los pueblos. La Iglesia, efectivamente, no puede tener otra actitud para con los hombres que la del Redentor: conoce su debilidad, tiene compasión de las muchedumbres, acoge a los pecadores, pero no puede renunciar a enseñar la ley que en realidad es la propia de una vida humana llevada a su verdad originaria y conducida por el Espíritu de Dios²⁴.

POSIBILIDAD DE OBSERVAR LA LEY DIVINA

20. La doctrina de la Iglesia en materia de regulación de la natalidad, promulgadora de la ley divina, aparecerá fácilmente a los ojos de muchos difícil e incluso imposible en la práctica. Y en verdad que, como todas las grandes y beneficiosas realidades, exige un serio empeño y muchos esfuerzos de orden familiar, individual y social. Más aun, no sería posible actuarla sin la ayuda de Dios, que sostiene y fortalece la buena voluntad de los hombres. Pero a todo aquel que reflexione seriamente, no puede menos de aparecer que tales esfuerzos ennoblecen al hombre y benefician la comunidad humana.

DOMINIO DE SÍ MISMO

21. Una práctica honesta de la regulación de la natalidad exige sobre todo a los esposos adquirir y poseer sólidas convicciones sobre los verdaderos valores de la vida y de la familia, y también una tendencia a procurarse un perfecto dominio de sí mismos. El dominio del instinto, mediante la razón y la voluntad libre, impone sin ningún género de duda una ascética, para que las manifestaciones afectivas de la vida conyugal estén en conformidad con el orden recto y particularmente para observar la continencia periódica. Esta disciplina, propia de la pureza de los esposos, lejos de perjudicar el amor conyugal, le confiere un valor humano más sublime. Exige un esfuerzo continuo, pero, en virtud de su influjo beneficioso, los cónyuges desarrollan íntegramente su personalidad, enriqueciéndose de valores espirituales: aportando a la vida familiar frutos de serenidad y de paz y facilitando la solución de otros problemas; favoreciendo la atención hacia el otro cónyuge;

²³Pablo VI, Enc. *Populorum Progressio*, 26 de marzo de 1967, n. 21.

²⁴Cfr. Rom., cap. 8.

ayudando a superar el egoísmo, enemigo del verdadero amor, y enraizando más su sentido de responsabilidad. Los padres adquieren así la capacidad de un influjo más profundo y eficaz para educar a los hijos; los niños y los jóvenes crecen en la justa estima de los valores humanos y en el desarrollo sereno y armónico de sus facultades espirituales y sensibles.

CREAR UN AMBIENTE FAVORABLE A LA CASTIDAD

22. No queremos en esta ocasión llamar la atención de los educadores y de todos aquellos que tienen incumbencia de responsabilidad, en orden al bien común de la convivencia humana, sobre la necesidad de crear un clima favorable a la educación de la castidad, es decir, al triunfo de la libertad sobre el libertinaje, mediante el respeto del orden moral.

Todo lo que en los medios modernos de comunicación social conduce a la excitación de los sentidos, al desenfreno de las costumbres, como cualquier forma de pornografía y de espectáculos licenciosos, debe suscitar la franca y unánime reacción de todas las personas, solícitas del progreso de la civilización y de la defensa de los supremos bienes del espíritu humano. En vano se trataría de buscar justificación a estas depravaciones con el pretexto de exigencias artísticas o científicas²⁵, o aduciendo como argumento la libertad concedida en este campo por las autoridades públicas.

LLAMAMIENTO A LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

23. No decimos a los gobernantes, que son los primeros responsables del bien común y que tanto pueden hacer para salvaguardar las costumbres morales: no permitáis que se degrade la moralidad de vuestros pueblos; no aceptéis que se introduzcan legalmente en la célula fundamental, que es la familia, prácticas contrarias a la ley natural y divina. Es otro el camino por el cual los poderes públicos pueden y deben contribuir a la solución del problema demográfico: el de una cuidadosa política familiar y de una sabia educación de los pueblos, que respete la ley moral y la libertad de los ciudadanos.

Somos conscientes de las graves dificultades con que tropiezan los poderes públicos a este respecto, especialmente en los pueblos en vía de desarrollo. A sus legítimas preocupaciones hemos dedicado nuestra encíclica *Populorum Progressio*. Y con nuestro predecesor, Juan XXIII, seguimos diciendo: "Estas dificultades no se superan con el recurso a métodos y medios que son indignos del hombre y cuya explicación está solo en una concepción estrechamente materialística del hombre mismo y de su vida. La verdadera solución solamente se halla en el desarrollo económico y en el progreso social, que respeten y promuevan los verdaderos valores humanos, individuales y sociales"²⁶. Tampoco se podría hacer responsable, sin grave injusticia, a la Divina Providencia de lo que por el contrario dependería de una menor sagacidad de gobierno, de un escaso sentido de la justicia social, de un monopolio egoísta o también de la indolencia reprobable en afrontar los

²⁵Cfr. Conc. Vat. II, Decreto Inter Mirifica sobre los medios de comunicación social, nn. 6-7.

²⁶Cfr. Enc. *Mater et Magistra*, AAS 53 (1961), p. 447.

esfuerzos y sacrificios necesarios para asegurar la elevación del nivel de vida de un pueblo y de todos sus hijos²⁷. Que todos los Poderes responsables –como ya algunos lo vienen haciendo laudablemente– reaviven generosamente los propios esfuerzos, y que no cese de extenderse el mutuo apoyo entre todos los miembros de la familia humana: es un campo inmenso el que se abre de este modo a la actividad de las grandes organizaciones internacionales.

A LOS HOMBRES DE CIENCIA

24. Queremos ahora alentar a los hombres de ciencia, los cuales “pueden contribuir notablemente al bien del matrimonio y de la familia y a la paz de las conciencias si, uniendo sus estudios, se proponen aclarar más profundamente las diversas condiciones favorables a una honesta regulación de la procreación humana”²⁸. Es de desear en particular que, según el augurio expresado ya por Pío XII, la ciencia médica logre dar una base, suficientemente segura, para una regulación de nacimientos, fundada en la observancia de los ritmos naturales²⁹. De este modo los científicos, y en especial los católicos, contribuirán a demostrar con los hechos que, como enseña la Iglesia, “no puede haber verdadera contradicción entre las leyes divinas que regulan la transmisión de la vida y aquellas que favorecen un auténtico amor conyugal”³⁰.

A LOS ESPOSOS CRISTIANOS

25. Nuestra palabra se dirige ahora más directamente a nuestros hijos, en particular a los llamados por Dios a servirlo en el matrimonio. La Iglesia, al mismo tiempo que enseña las exigencias imprescriptibles de la ley divina, anuncia la salvación y abre con los sacramentos los caminos de la gracia, la cual hace del hombre una nueva criatura, capaz de corresponder en el amor y en la verdadera libertad al designio de su Creador y Salvador, y de encontrar suave el yugo de Cristo³¹.

Los esposos cristianos, pues, dóciles a su voz, deben recordar que su vocación cristiana, iniciada en el bautismo, se ha especificado y fortalecido ulteriormente con el sacramento del matrimonio. Por lo mismo los cónyuges son corroborados y como consagrados para cumplir fielmente los propios deberes, para realizar su vocación hasta la perfección y para dar un testimonio, propio de ellos, delante del mundo³². A ellos ha confiado el Señor la misión de hacer visible ante los hombres la santidad y la suavidad de la ley que une el amor mutuo de los esposos con su cooperación al amor de Dios, autor de la vida humana.

No es nuestra intención ocultar las dificultades, a veces graves, inherentes a la vida de los cónyuges cristianos; para ellos como para todos “la puerta es

²⁷Cfr. Enc. *Populorum Progressio*, nn. 48-55.

²⁸*Gaudium et Spes*, n. 52.

²⁹Cfr. AAS 43 (1951), p. 859.

³⁰*Gaudium et Spes*, n. 51.

³¹Cfr. Mat., 11, 30.

³²Cfr. *Gaudium et Spes*, n. 48; Conc. Vat. II, Const. Dogm. *Lumen Gentium*, n. 35.

estrecha y angosta la senda que lleva a la vida"³³. La esperanza de esta vida debe iluminar su camino, mientras se esfuerzan animosamente por vivir con prudencia, justicia y piedad en el tiempo³⁴, conscientes de que la forma de este mundo es pasajera³⁵.

Afronten, pues, los esposos los necesarios esfuerzos, apoyados por la fe y por la esperanza que "no engaña porque el amor de Dios ha sido difundido en nuestros corazones junto con el Espíritu Santo que nos ha sido dado"³⁶; invoquen con oración perseverante la ayuda divina; acudan sobre todo a la fuente de gracia y de caridad en la Eucaristía. Y si el pecado les sorprendiese todavía, no se desanimen, sino que recurran con humilde perseverancia a la misericordia de Dios, que se concede en el sacramento de la penitencia. Podrán realizar así la plenitud de la vida conyugal, descrita por el Apóstol: "Maridos, amad a vuestras mujeres como Cristo amó a su Iglesia (...). Los maridos deben amar a sus esposas como a su propio cuerpo. Amar a la esposa ¿no es acaso amarse a sí mismo? Nadie ha odiado jamás su propia carne, sino que la nutre y la cuida, como Cristo a su Iglesia (...). Este misterio es grande, pero entendido de Cristo y la Iglesia. Por lo que se refiere a vosotros, cada uno en particular ame a su esposa como a sí mismo y la mujer respete a su propio marido"³⁷.

APOSTOLADO ENTRE LOS HOGARES

26. Entre los frutos logrados con un generoso esfuerzo de fidelidad a la ley divina, uno de los más preciosos es que los cónyuges no rara vez sienten el deseo de comunicar a los demás su experiencia. Una nueva e importantísima forma de apostolado entre semejantes se inserta de este modo en el amplio cuadro de la vocación de los laicos: los mismos esposos se convierten en guía de otros esposos. Esta es, sin duda, entre las numerosas formas de apostolado, una de las que hoy aparecen más oportunas³⁸.

A LOS MÉDICOS Y AL PERSONAL SANITARIO

27. Estimamos altamente a los médicos y a los miembros del personal de sanidad, quienes en el ejercicio de su profesión sienten entrañablemente las superiores exigencias de su vocación cristiana, por encima de todo interés humano. Perseveren, pues, en promover constantemente las soluciones inspiradas en la fe y en la recta razón, y se esfuercen en fomentar la convicción y el respeto de las mismas en su ambiente. Consideren también como propio deber profesional el procurarse toda la ciencia necesaria en este aspecto delicado, con el fin de poder dar a los esposos que los consultan sabios consejos y directrices sanas que de ellos esperan con todo derecho.

³³Mat., 7, 14; cfr. Hebr., 12-11.

³⁴Cfr. Tit., 2, 12.

³⁵Cfr. I Cor., 7, 31.

³⁶Rom., 5, 5.

³⁷Ef., 5, 25, 28-29, 32-33.

³⁸Cfr. *Lumen Gentium*, nn. 35 y 41; *Gaudium et Spes*, nn. 48 y 49; Conc. Vat. II, Decret. *Apostolicam Actuositatem*, n. 11.

A LOS SACERDOTES

28. Amados hijos sacerdotes, que sois por vocación los consejeros y los directores espirituales de las personas y de las familias, a vosotros queremos dirigirnos ahora con toda confianza. Vuestra primera incumbencia –en especial la de aquellos que enseñan la teología moral– es exponer sin ambigüedades la doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio. Sed los primeros en dar ejemplo de obsequio leal, interna y externamente, al Magisterio de la Iglesia en el ejercicio de vuestro ministerio. Tal obsequio, bien lo sabéis, es obligatorio no solo por las razones aducidas, sino sobre todo por razón de la luz del Espíritu Santo, de la cual están particularmente asistidos los pastores de la Iglesia para ilustrar la verdad³⁹. Conocéis también la suma importancia que tiene para la paz de las conciencias y para la unidad del pueblo cristiano, que en el campo de la moral y del dogma se atengan todos al Magisterio de la Iglesia y hablen del mismo modo. Por esto renovamos con todo nuestro ánimo el angustioso llamamiento del Apóstol Pablo: “Os ruego, hermanos, por el nombre de nuestro Señor Jesucristo, que todos habléis igualmente, y no haya entre vosotros cismas, antes seáis concordes en el mismo pensar y en el mismo sentir”⁴⁰.

29. No menoscabar en nada la saludable doctrina de Cristo es una forma de caridad eminente hacia las almas. Pero esto debe ir acompañado siempre de la paciencia y de la bondad de que el mismo Señor dio ejemplo en su trato con los hombres. Venido no para juzgar sino para salvar⁴¹, Él fue ciertamente intransigente con el mal, pero misericordioso con las personas.

Que en medio de sus dificultades encuentren siempre los cónyuges en las palabras y en el corazón del sacerdote el eco de la voz y del amor del Redentor.

Hablad, además, con confianza, amados hijos, seguros de que el Espíritu de Dios que asiste al Magisterio en el proponer la doctrina, ilumina internamente los corazones de los fieles, invitándolos a prestar su asentimiento. Enseñad a los esposos el camino necesario de la oración, preparadlos a que acudan con frecuencia y con fe a los sacramentos de la Eucaristía y de la Penitencia, sin que se dejen nunca desalentar por su debilidad.

A LOS OBISPOS

30. Queridos y venerables hermanos en el episcopado, con quienes compartimos más de cerca la solicitud del bien espiritual del Pueblo de Dios, a vosotros va nuestro pensamiento reverente y afectuoso al final de esta encíclica. A todos dirigimos una apremiante invitación. Trabajad al frente de los sacerdotes, vuestros colaboradores, y de vuestros fieles con ardor y sin descanso por la salvaguardia y la santidad del matrimonio para que sea vivido en toda su plenitud humana y cristiana. Considerad esta misión como una de vuestras responsabilidades más urgentes en el tiempo actual. Esto supone, como sabéis, una acción pastoral, coordinada en todos los campos de la actividad humana, económica, cultural y

³⁹Cfr. *Lumen Gentium*, n. 25.

⁴⁰1 Cor., 1, 10.

⁴¹Cfr. Jn., 3, 17.

social; en efecto, solo mejorando simultáneamente todos estos sectores, se podrá hacer no solo tolerable sino más fácil y feliz la vida de los padres y de los hijos en el seno de la familia, más fraterna y pacífica la convivencia en la sociedad humana, respetando fielmente el designio de Dios sobre el mundo.

LLAMAMIENTO FINAL

31. Venerables hermanos, amadísimos hijos y todos vosotros, hombres de buena voluntad: Es grande la obra de educación, de progreso y de amor a la cual os llamamos, fundamentándose en la doctrina de la Iglesia, de la cual el Sucesor de Pedro es, con sus hermanos en el episcopado, depositario e intérprete. Obra grande de verdad, estamos convencidos de ello, tanto para el mundo como para la Iglesia, ya que el hombre no puede hallar la verdadera felicidad, a la que aspira con todo su ser, más que en el respeto de las leyes grabadas por Dios en su naturaleza y que debe observar con inteligencia y amor. Nos invocamos sobre esta tarea, como sobre todos vosotros y en particular sobre los esposos, la abundancia de las gracias del Dios de santidad y de misericordia, en prenda de las cuales os otorgamos nuestra bendición apostólica.

Dado en Roma, junto a San Pedro, en la fiesta del apóstol Santiago, 25 de julio de 1968, sexto de nuestro pontificado.

PAULUS PP. VI

EL PODER PROFÉTICO DE LA *HUMANAE VITAE*

Un tema recurrente en la enseñanza del Papa Francisco es que las realidades humanas superan a las abstracciones eruditas. *“La realidad es superior a la idea”*. Su famosa frase sobre los pastores con *“olor a oveja”* constituye la versión popular de esa máxima. A menudo en su trabajo, y en el de sus colaboradores, aparecen advertencias contra la *rigidez*, la *retórica vacía* y el peligro de *quedar atrapado en el ámbito de las ideas abstractas*. Lo más importante son, como ha señalado recientemente el Card. Blase Cupich en una conferencia impartida en Cambridge, *las realidades con las que se enfrentan cotidianamente las personas*.

Resulta especialmente pertinente centrarse en “la realidad” hoy, cuando conmemoramos el 50 aniversario de una de las más famosas –y más desacreditadas– encíclicas de la historia de la Iglesia. Hace diez años, con motivo de su 40 aniversario, *First Things* publicó un ensayo mío titulado *“Vindicación de la *Humanae vitae*”*. Allí, haciéndome eco de datos de distintas procedencias –la sociología, la psicología, la historia, la literatura feminista actual–, decía:

Al cabo de cuatro décadas, se han confirmado empíricamente las predicciones de la encíclica, y además como pocas predicciones se han confirmado: de una manera que sus autores no podían haber previsto, con datos que no se

conocían cuando se escribió el documento, por investigadores y especialistas que no tenían interés en su contenido, en ocasiones sin percatarse de ello y, también, por muchos que se declaraban contrarios a la Iglesia.

RESISTENCIA

Por supuesto, que haya pruebas abundantes no significa que un argumento válido sea aceptado siempre por todos, ni hace cincuenta años, ni hace diez, ni tampoco hoy. La promesa de sexo a petición, sin límite o restricción alguna, tal vez sea la tentación colectiva más fuerte que la humanidad haya conocido nunca. De ahí que, desde la invención de la píldora anticonceptiva, haya sido implacablemente feroz la resistencia contra la moral cristiana tradicional y que muchos, tanto en el mundo laico como clerical, quieran rebajar su exigencia. Como dijeron en son de queja los discípulos de Jesús al escuchar su doctrina sobre el matrimonio, esas enseñanzas son *duras*.

Pero confundir *duro* con *falso* es un grave error. Si en verdad hemos de tener en cuenta la *realidad*, de la gran cantidad de pruebas empíricas de las que hoy disponemos solo es posible sacar una única conclusión. Es la misma conclusión que era visible hace diez años, y que seguirá siéndolo dentro de otros diez, o cien, o doscientos años. Y es simplemente esta: el documento más vilipendiado a nivel mundial del último medio siglo, y el más ampliamente incomprendido, es, al mismo tiempo, el más profético y el que más nos ilustra sobre nuestra época.

Pero dejemos de lado la teología, la filosofía, la ideología y demás abstracciones, y reflexionemos, una por una, sobre las nuevas realidades que vindican la *Humanae vitae*.

DE LA PÍLDORA AL ABORTO

La primera realidad empírica es la siguiente: con independencia de las intenciones de las personas, ateniéndonos solo a hechos no controvertidos, resulta meridianamente claro que la difusión de la anticoncepción ha conducido a un aumento de los abortos. Hace cincuenta años, cuando se empezaron a generalizar los anticonceptivos, muchas personas de buena fe defendían su uso justamente porque creían que harían superfluo el aborto. Pensaban que un control responsable de la natalidad prevendría el aborto. Pero las estadísticas de las que disponemos desde los sesenta demuestran que esta extendida idea era errónea.

Muchos estudios realizados en el campo de las ciencias sociales durante las pasadas décadas han intentado explicar lo que, para la opinión secular común, resulta asombroso. Tras la invención de la píldora, la anticoncepción, lejos de prevenir el aborto y los embarazos no deseados, ha traído justo lo contrario: el uso de anticonceptivos, los abortos y los nacimientos extramatrimoniales se dispararon simultáneamente.

En un artículo publicado hace 22 años en el *Quarterly Journal of Economics*, los economistas George A. Akerlof, Janet L. Yellen y Michael L. Katz resumían así la imprevista conexión entre esos fenómenos:

Antes de la revolución sexual, las mujeres tenían menos libertad, pero se esperaba que los hombres cargaran con la responsabilidad de su bienestar. Hoy las mujeres son más libres de elegir, pero los hombres se han concedido la correspondiente opción. "Si ella no está dispuesta a abortar o a usar anticonceptivos –puede pensar un hombre–, ¿por qué debería yo sacrificarme para casarme con ella?". Al convertir el nacimiento del hijo en una opción física para la madre, la revolución sexual ha convertido el matrimonio y el sostenimiento de los hijos en una opción social para el padre.

En otras palabras, los anticonceptivos han traído consigo más embarazos y más abortos porque han servido para debilitar la creencia de que los hombres tienen igual responsabilidad en caso de embarazo imprevisto. Como explicaron esos economistas, la anticoncepción redujo drásticamente los incentivos que tenía el hombre para casarse, también para casarse con su novia embarazada. En el nuevo orden *postpíldora*, el embarazo se ha convertido en responsabilidad de la mujer, y si el control de la natalidad *falla*, eso no es problema del hombre.

LEYES PARALELAS

Entre anticoncepción y aborto hay también un vínculo jurídico. Como ha señalado recientemente, entre otros, Michael Pakaluk:

Por lo que atañe a la jurisprudencia, el fruto de la anticoncepción es el aborto. Hasta la década de los sesenta, en muchos estados [de EE.UU.] estaban vigentes las leyes Comstock y, por tanto, la venta de anticonceptivos era ilegal, también en el caso de parejas casadas. Esas leyes se anularon en 1965 con la polémica sentencia sobre el caso Griswold dictada por el Tribunal Supremo. Pero en 1973, solo ocho años después, el Tribunal Supremo, en Roe v. Wade, del derecho a la anticoncepción dedujo que existía un derecho al aborto.

Dicho de otro modo: se ha empleado el mismo razonamiento legal para justificar la libertad anticonceptiva que para justificar la libertad de abortar, y esa conexión hace tambalearse la tesis de que entre anticoncepción y aborto se puede fijar una separación estricta. O bien, podríamos decir, la anticoncepción no era suficiente. Hacía falta además la libertad para eliminar el fruto de una anticoncepción fallida.

También la historia muestra la misma relación causal. El impulso a favor de la despenalización del aborto a través del mundo no comenzó hasta el primer tercio del siglo XX, cuando los métodos de control de la natalidad empezaron a difundirse ampliamente. En EE.UU., los estados no despenalizaron el aborto hasta después de la aprobación federal de la píldora anticonceptiva, en 1960. *Roe v. Wade* llegó después de la píldora, no antes. Y es un hecho histórico que el uso masivo de anticonceptivos provocó una mayor demanda de abortos.

En un artículo publicado en *National Catholic Bioethics Quarterly*, en 2015, el investigador Scott Lloyd concluía también que la anticoncepción lleva al aborto; claro está que no de manera inexorable en cada caso particular, pero sí regular y repetidamente en cuanto fenómenos sociales relacionados. *Con los anticonceptivos, la sensación de riesgo es menor, y eso favorece encuentros sexuales y relaciones que no ocurrirían en otro caso, lo que ocasiona embarazos en situaciones en las que la mujer no se siente preparada.*

GENERACIÓN EQUIVOCADA

Al repasar la historia, resulta patente que se imponen la misericordia y el perdón, esto es, hacia la generación de posguerra que abogó por la anticoncepción. ¿Quién, en aquel momento, podía haber sabido que la anticoncepción llevaría al aborto a una escala nunca antes vista? ¿Se habría atenuado la polémica sobre la *Humanae vitae* si todos los que la criticaron hubieran entonces conocido lo que los datos nos muestran hoy? ¿No habrían tal vez actuado de otro modo algunos católicos disidentes –y otros– que criticaron públicamente a la Iglesia, si se hubieran dado cuenta de que admitir la anticoncepción iba a abrir el camino a más abortos? En retrospectiva, es evidente que la *degradación general de la moralidad* prevista por la *Humanae vitae* [n. 17] incluía el desprecio no solo de la mujer, sino también del feto humano.

A la vista de lo que ha ocurrido en realidad desde 1968, es imposible creer que la anticoncepción no ha desempeñado un papel decisivo en la catástrofe del aborto. El propio Papa Francisco ha dicho del aborto que es *un pecado muy grave y un crimen horrendo*. Los hechos han refutado la vieja defensa del control de la natalidad como alternativa al aborto. El tiempo ha demostrado que en realidad lo fomenta.

RECONSIDERACIONES PROTESTANTES

Gracias en gran parte a que la realidad número uno de la que hablamos ha sido confirmada por cincuenta años de experiencia, también se ha hecho palpable una segunda realidad. Personas ajenas a la Iglesia católica –sobre todo, aunque no solo, algunos líderes protestantes– contemplan la *Humanae vitae* bajo una luz nueva y más favorable.

Esta fuerte tendencia, una de las noticias menos difundidas de nuestro tiempo, puede transformar el cristianismo y cambiar la división en torno al control de la natalidad por una nueva unidad. Al reflexionar sobre lo que la revolución sexual ha deparado, cada vez más voces se han alzado en el seno del protestantismo para cuestionar la indiferencia con la que antes se trataba la anticoncepción. Sin embargo, este nuevo enfoque está lejos de ser mayoritario. Ahora bien, tiene lo que cualquier punto de vista minoritario necesita para convencer a la mayoría: pruebas y fuerza moral. Veamos algunos ejemplos de los últimos diez años.

Los protestantes se han hecho un flaco favor al ignorar la importante enseñanza que contiene la Humanae vitae sobre antropología y sexualidad humana... Los protestantes sacarían provecho si estudiaran la encíclica de Pablo VI y prestaran atención a sus advertencias (Evan Lenow, profesor del Southwestern Baptist Theological Seminary).

Muchos evangélicos se están implicando en el debate sobre el control de la natalidad y su sentido. Los evangélicos llegamos tarde al tema del aborto y hemos llegado también tarde a la cuestión del control de la natalidad, pero ahora ya estamos aquí (R. Albert Mohler Jr., presidente del Southwestern Baptist Theological Seminary).

Entre los evangélicos, ya no se considera que una postura contraria a la anticoncepción sea exclusiva de los católicos romanos, como ocurría en el pasado (Jenell Paris, antropólogo, Messiah College).

Siempre que hay un hecho de actualidad relacionado con el tema de la vida, los evangélicos como yo nos sentimos cada vez más incómodos con la cultura anticonceptiva. Nos damos cuenta de que tenemos mucho más en común con los católicos, que reverencian la vida, que con el feminismo radical, que venera por encima de cualquier otra cosa los derechos de la mujer (Julie Roys, autora y bloguera evangélica).

Más protestantes se oponen al control de la natalidad (titular del New York Times, 2012).

VUELTA A LOS ORÍGENES

Estas reconsideraciones de protestantes y otros no católicos no suponen una ruptura radical con la tradición cristiana, sino una vuelta a ella. Las enseñanzas de la Iglesia sobre la anticoncepción, también las de las Iglesias protestantes, siguieron una misma línea durante siglos. No fue hasta que la Comunión anglicana admitió la primera excepción, en la Conferencia de Lambeth de 1930, cuando católicos y protestantes se separaron en este punto de la doctrina moral. La famosa *Resolución 15* estaba pensada únicamente para parejas casadas y bajo circunstancias precisas, pero marcó el comienzo de la anticoncepción por conveniencia. Su lenguaje coincide con la terminología que emplean quienes aspiran a convertirse hoy en reformadores católicos:

En aquellos casos en que se sienta claramente una obligación moral de limitar o evitar la paternidad, y siempre que exista una razón sólida desde un punto de vista moral para evitar la abstinencia, la Conferencia acepta que se puedan emplear otros métodos, siempre y cuando se haga a la luz de los mismos principios cristianos.

Entonces, como ahora, los protestantes que no estaban de acuerdo con la decisión de abandonar la enseñanza tradicional volvieron a la autoridad de Roma. Charles Gore, obispo de Oxford, fue uno de los que se opuso a la *Resolución 15*. Tenía muchas razones para creer que, en el tema de la prevención de los nacimientos, la arraigada tradición de la Iglesia católica estaba en lo cierto y contaba con la sanción divina. El movimiento favorable a la *Humanae vitae* de algunos protestantes en la actualidad es, en parte, un reconocimiento tácito de que, volviendo la vista atrás, la postura del obispo de Oxford podría haber sido la acertada.

NEOCOLONIALISMO ANTICONCEPTIVO

En África, tanto protestantes como católicos tienden a mantener la tradición moral cristiana. En este caso, como en otros de la historia, es válida la máxima del sociólogo Laurence R. Iannaccone: *Las Iglesias estrictas son sólidas* y, por lo mismo, las laxas son débiles. Es en esa África que mantiene una mentalidad más tradicional donde el cristianismo ha crecido exponencialmente desde la publicación de la *Humanae vitae*, a diferencia de lo que ha ocurrido en aquellos lugares

del mundo donde los líderes religiosos se han esforzado, y se esfuerzan todavía, por cambiar la tradición.

Así lo reflejaba un estudio realizado por el Pew Research Center hace unos años: *Los africanos se encuentran entre los más contrarios a la anticoncepción por razones morales*. Un número importante de personas en Kenia, Uganda y otros países subsaharianos –católicos o no– considera que el uso de anticonceptivos es *moralmente inaceptable*. En Ghana y Nigeria, más de la mitad de la población mantiene esta opinión. A pesar de décadas de proselitismo anticonceptivo, muchos en África se han resistido al empeño de aquellos reformadores que pretendían incorporarlos al programa sexual del Occidente secularizado, programa que incluye, por supuesto, disminuir el número de africanos.

Obianuju Ekeocha, de origen nigeriano, autora del reciente libro *Target Africa: Ideological Neo-Colonialism of the Twenty-First Century*, escribió una carta abierta a Melinda Gates, cuya fundación dedica gran cantidad de recursos a difundir el control de la natalidad entre los africanos: *Veo que estos 4.600 millones van a traernos desgracias. Van a traernos maridos infieles, calles sin el alboroto inocente de los niños y una vejez sin el tierno y cariñoso cuidado de nuestros hijos*.

Los africanos no son los únicos destinatarios de esa campaña empeñada en difundir una *Weltanschauung* anticonceptiva. Pero tampoco son los únicos en rechazar la idea de que el mundo sería mejor si fueran menos. Un destacado hindú afirmó algo similar hace años: *Es ingenuo creer que el uso de anticonceptivos se limitará meramente a regular la descendencia. Solo hay esperanza de una vida decente mientras el acto sexual esté claramente relacionado con la transmisión de la vida*. El autor de tales afirmaciones no es Elizabeth Anscombe, quien en su famoso ensayo de 1972, *Contraception and Chastity*, defendió la *Humanae vitae* con esa misma lógica. Quien así hablaba era Mahatma Gandhi, otro no católico que coincidía con las razones que subyacen en las enseñanzas morales del cristianismo. *Insto a quienes defienden el uso de métodos artificiales a que piensen en las consecuencias*, señaló en otro lugar. *Es probable que el amplio uso de esos métodos lleve a la disolución del vínculo matrimonial y al amor libre*.

También está bien fundado el miedo a que las *autoridades públicas* puedan imponer esas técnicas al pueblo, como advertía la propia encíclica. Esto es lo que ha ocurrido, evidentemente, en China, con su larga e inhumana política del hijo único, repleta de abortos forzados y esterilizaciones involuntarias. En Estados Unidos y otros países occidentales, donde se ha querido lograr ciertos objetivos mediante el control obligatorio de la natalidad, se ha usado un tipo de coerción más suave. Por ejemplo, en los noventa y años posteriores, algunos jueces norteamericanos respaldaron la implantación de anticonceptivos de larga duración en mujeres que habían sido condenadas por la comisión de delitos. La coacción implícita que conlleva esta medida provocó la crítica, entre otras organizaciones, de la American Civil Liberties Union: *Los recientes intentos de obligar a las mujeres a usar Norplant nos retrotraen a un período de racismo abierto y eugenesia*, dijo.

EN PERJUICIO DE LAS MUJERES

La realidad número tres está relacionada con la situación de la mujer moderna. La anticoncepción, se afirmaba y se sigue afirmando repetidamente, hará a las

mujeres más libres y más felices que nunca. ¿Es así? Las pruebas apuntan a lo contrario, desde las que, aportadas por las ciencias sociales, indican que la felicidad femenina en Estados Unidos y Europa ha descendido con el transcurso del tiempo, hasta las frecuentes lamentaciones del feminismo académico y el popular, pasando por el creciente temor entre mujeres no creyentes de que casarse se haya vuelto imposible y tengan que resignarse a vivir solas. Diez años después de que en mi artículo documentara estas tendencias, hay muchos más datos a favor de que la *Humanae vitae* acertaba al divisar un aumento inminente de la división entre los sexos. Veamos dos ejemplos. Consideremos de pasada dos instantáneas ilustrativas.

En 2012, la división inglesa de Amazon dio a conocer que *Cincuenta sombras de Grey*, de E.L. James, había superado en ventas a los libros de Harry Potter, de J.K. Rowling, y se había convertido en el libro más vendido de toda su historia. Este fenómeno muestra la extraordinaria demanda comercial a la que ha dado lugar el interés de las mujeres por la historia de un hombre un rico y poderoso que humilla, acosa y ejerce violencia contra ellas una y otra vez.

El sadomasoquismo es un tema destacado en otros ámbitos de la cultura popular, también en la femenina. En relación con la industria de la moda, John Leo señaló: *Me di cuenta por primera vez de la conexión entre moda y pornografía en 1975, cuando la revista Vogue publicó siete fotos de un desfile de moda en las que aparecía un hombre en albornoz golpeando a una modelo que gritaba vestida con un precioso mono rosa (marca Saks, 140 dólares; foto: Avedon). Bazaar*, de Harper, ha señalado algo parecido: *Mucho antes de que llegara la fiebre por "Cincuenta sombras de Grey", los diseñadores ya se inspiraban en el BDSM. Desde auténticas fustas hasta todo tipo de ataduras para cintura, muñecas y tobillos –por no mencionar la abundancia de cuero–: sin duda, Christian Grey se sentiría orgulloso.*

La violencia contra la mujer, tanto implícita como explícita, satura los videojuegos y, naturalmente, la pornografía. También en la música *pop* se ha extendido ese estilo sadomasoquista; cada vez son menos las cantantes famosas que no han rendido tributo a la pornografía y al sadomasoquismo. ¿Por qué tantas mujeres subvencionan esa imagen femenina de subyugación e inferioridad en una época en que su libertad es mayor que nunca? ¿Acaso nos enseña el éxito de *Cincuenta sombras de Grey* que los hombres son tan difíciles de conquistar que se ha de emplear cualquier medio para atraerlos, por degradante que sea?

DEPREDACIÓN SEXUAL

La alegría tampoco abunda en otra de las realidades *postpíldora*: los escándalos sexuales de 2017 y 2018, y el movimiento *#MeToo*. Es como si la revolución sexual hubiera dado carta blanca a la depredación. Esto no es un juicio teológico, sino empírico, y fue en parte vaticinado por el teórico social Francis Fukuyama. En *La gran ruptura* (1999) señala algo importante, que hace eco a la *Humanae vitae*, aunque su análisis es totalmente secular:

Uno de los más grandes fraudes perpetrados durante la Gran Ruptura fue la idea de que la revolución sexual era neutral desde el punto de vista del género y que beneficiaba por igual a hombres y mujeres... De hecho, la revolución

sexual sirvió a los intereses del hombre y al final impuso fuertes límites a los logros que, de otro modo, las mujeres podrían haber alcanzado al liberarse de sus roles tradicionales.

Casi veinte años después, esta afirmación resulta irrefutable. Los escándalos de los abusos demuestran que la revolución sexual democratizó el acoso. Ya no es necesario que un hombre sea rey ni amo y señor del universo para abusar impunemente de una mujer o asediarla de modo implacable, repetido y persistente. Basta un mundo en el que se suponga que las mujeres usan anticonceptivos, es decir, el mundo que tenemos desde los años sesenta, el mundo que la *Humanae vitae* supo ver.

¿QUÉ FUE DE LA SUPERPOBLACIÓN?

Esto nos lleva a otra realidad: cincuenta años después de la revolución sexual, uno de los temas más urgentes y cada vez más importantes para los expertos no es la superpoblación, sino la baja natalidad. Hace diez años hice un repaso de las pruebas que demostraban que las advertencias contra la superpoblación de finales de los sesenta eran puro alarmismo. No por simple casualidad resultaron ser ideológicamente útiles a los activistas que querían que la Iglesia cambiara su doctrina moral. Como señalé en 2008:

La teoría de la superpoblación está tan desacreditada científicamente, que este mismo año, el historiador de la Universidad de Columbia Matthew Connelly ha podido publicar Fatal Misconception: The Struggle to Control World Population y recibir una crítica favorable en Publishers Weekly: todo en beneficio de la que probablemente sea la mejor refutación de los argumentos antinatalistas que, según confiaban algunos, socavarían las enseñanzas de la Iglesia. Lo que es una ratificación tanto más satisfactoria, cuanto que Connelly pone interés en dejar constancia de su hostilidad personal a la Iglesia católica... "Fatal Misconception" es una prueba incontestable de que el circo de la superpoblación, que se utilizó para intimidar al Vaticano en nombre de la ciencia, fue desde el principio un error grotesco.

EPIDEMIA DE SOLEDAD

La pasada década ha dejado las cosas claras. No es solo que la "superpoblación" sea una quimera ideológica que se tambalea, sino que se ha verificado *lo contrario*. Un gran número de personas, especialmente en Occidente, cada vez más gris y estéril, están sufriendo lo que los especialistas en esas sociedades afligidas denominan la *epidemia* de soledad.

Este fenómeno no toma por sorpresa al Papa Francisco, que en una entrevista con el diario *La Repubblica* en 2013 dijo que la *soledad de los mayores* constituía uno de los peores *males* del mundo actual. Cincuenta años después de la píldora –y, sin duda, a causa de ella– se está extendiendo la soledad por los países del planeta que disfrutaban de una mejor situación económica.

A finales del año pasado, *The New York Times* publicó una desgarradora historia sobre la carestía de nacimientos:

4.000 muertes en soledad en una semana... Cada año, japoneses ancianos mueren sin que nadie lo sepa y sus vecinos se dan cuenta después únicamente por el olor.

La primera vez que ocurrió, o al menos la primera que atrajo la atención del país, el cadáver de un hombre de 69 años que vivía cerca de la señora Ito llevaba tres años tendido en el suelo, sin que nadie se hubiera percatado de su ausencia. Su alquiler y sus recibos se abonaban automáticamente con cargo a su cuenta bancaria. Finalmente en 2000, cuando se agotaron sus ahorros, las autoridades fueron al apartamento y encontraron su esqueleto junto a la cocina –su carne había sido pasto de gusanos e insectos–, a unos pocos metros de sus vecinos de al lado.

El artículo prosigue: *El extremo aislamiento de los ancianos japoneses es tan común que ha hecho nacer toda una industria especializada en limpiar los apartamentos donde se encuentran restos en estado de descomposición.* Según otro reportaje reciente, publicado por *The Independent*, las empresas de limpieza están en auge y las compañías de seguros ofrecen pólizas para cubrir a los caseros en el caso de que algún *solitario* fallezca en su propiedad.

Japón es solo uno de los países que se enfrentan al cambio demográfico pospíldora. *La soledad se está convirtiendo en un fenómeno común en Francia*, señalaba *Le Figaro* hace unos años. El artículo, que citaba un estudio sobre la nueva soledad publicado por la Fondation de France, menciona la causa principal de ese fenómeno: *la ruptura familiar*, especialmente el divorcio. También un estudio sobre *Predictores sociodemográficos de soledad entre adultos en Portugal* coincidía en que el divorcio aumenta la probabilidad de la soledad, aunque no se planteaba si tener hijos podía mejorar la situación. Por extraño que parezca, se pueden leer muchos estudios sobre la soledad sin encontrar referencia alguna a los hijos, una omisión sorprendente que dice mucho de nuestra época.

SIN HIJOS

La cultura secular se está percatando de ello. En Suecia, un documental de 2015, *La teoría sueca del amor*, cuestionaba el predominio del ideal de *independencia* en el país. Parece más maldición que dicha cuando hoy la mitad de los suecos viven solos. Como señalaba un reportaje:

Un hombre se encuentra solo en su piso. Lleva muerto allí tres semanas: no se dan cuenta de su desaparición hasta que aparece un olor nauseabundo en los pasillos de la comunidad. Cuando las autoridades suecas estudian el caso, descubren que el difunto no tenía familiares cercanos ni amigos. Con toda probabilidad, llevaba años viviendo solo, y pasaba horas sentado sin compañía frente al televisor u ordenador. Después de un tiempo, se llega a saber que tenía una hermana, pero no pueden localizarla... Resulta que tenía mucho dinero en el banco. Pero ¿de qué sirve eso si no se tiene a nadie con quien compartir?

Y ocurre lo mismo en Alemania. En un artículo publicado en *Der Spiegel*, titulado *Solos a millones: Una crisis de aislamiento amenaza a los ancianos alemanes*, el Centro de Gerontología de ese país informa:

Más del 20% de los alemanes mayores de 70 años están en relación habitual con una sola persona o con ninguna. Uno de cada cuatro recibe visitas de amigos o conocidos menos de una vez al mes, y casi uno de cada diez, nunca. Muchas personas mayores no tienen a nadie que se dirija a ellos por su nombre de pila o les pregunte cómo están.

Tal pobreza humana es la que abunda en las sociedades inundadas de riqueza material. Tampoco supieron prever esto quienes en 1968 argumentaban a favor o en contra de la *Humanae vitae*. Sin embargo, lo que indudablemente vincula estas trágicas situaciones es la revolución sexual, que por la década de los setenta iba a todo gas en los países occidentales, aumentando las tasas de divorcio, reduciendo los índices de nupcialidad y vaciando cunas. No hace falta ser demógrafo para relacionar estos fenómenos; nos basta la realidad que está ante nuestros ojos. Como resumió agudamente una víctima en *Der Spiegel*:

Aparte de los pájaros, ya casi nadie visita a esta anciana. Erna J. tiene el pelo blanco y un aparato ortopédico negro en sus piernas; como muchas personas de su edad, está sufriendo una soledad extrema. Nació poco después de la II Guerra Mundial y se mudó a este apartamento hace cincuenta años. Diez años después, murió su marido. Ha sobrevivido a sus hermanos y cuñadas. Su marido no quería tener hijos: “Debería haberle insistido” –dice esta exco-cinera–. “Si lo hubiera hecho, tal vez hoy no estaría tan sola”.

IGLESIAS EN DECADENCIA

Otra realidad sobre la que reflexionar es histórica, y merece la pena recordarla ahora que en algunos ámbitos aún arde una llama de esperanza en que la Iglesia católica cesará en su intransigente insistencia sobre los puntos supuestamente retrógrados de su doctrina. Las Iglesias que se han acomodado a la revolución sexual se han derrumbado desde dentro. Así lo señalaba un titular en *The Guardian* en 2016, en vísperas de la celebración de una polémica *Conferencia de Lambeth*, en la que los anglicanos de África se mostraron en contra, una vez más, de cambiar la doctrina moral: *El cisma anglicano sobre la sexualidad marca el fin de una Iglesia global*.

Todo el mundo se habría sorprendido si en 1930 se hubiese dicho que la batalla doctrinal sobre el sexo iba a fracturar la comunión anglicana; que las diferentes facciones del anglicanismo se embarcarían en una batalla legal, además de doctrinal, sobre iglesias y jurisdicciones; que la separación entre Norte y Sur, episcopalianos y anglicanos, África y Europa, causaría divisiones y subdivisiones a escala mundial, además de dolor y tristeza.

En 1998, John Shelby Spong, obispo de Newark (Nueva Jersey), uno de los líderes de la Iglesia episcopaliana que instó a abrazar la revolución sexual, publicó un ensayo titulado *Why Christianity Must Change or Die*, en el que insistía aún más en el desmantelamiento de la tradición. El cristianismo al que él se refería en efecto cambió, como él y otros deseaban. Pero ahora esa versión *modernizada* por la que lucharon está agonizando. Según David Goodhew, editor de *Growth and Decline in the Anglican Communion: 1980 to Present* (2016), las investigaciones de Jeremy Bonner sobre la Iglesia episcopaliana muestran lo siguiente:

En torno al año 2000 se produjo un importante declive... la asistencia al culto dominical disminuyó casi un tercio entre 2000 y 2015... El índice de bautismos se ha reducido casi a la mitad en treinta años... Pero los datos más dramáticos son los relativos al matrimonio... En 2015, el número de matrimonios celebrados en la Iglesia episcopaliana fue menos de la cuarta parte que en 1980.

Estos tristes hechos de historia religiosa hablan por sí solos a favor de la visión profética de Pablo VI. Precisamente por hacer justo lo que quienes criticaban la *Humanae vitae* querían que hiciese la Iglesia católica, es decir, admitir excepciones a las normas que la gente encuentra difíciles, el anglicanismo se ha precipitado al desastre. Cualquiera que exija hoy que Roma se encamine por la misma senda que se tomó en Lambeth, debería primero explicar por qué el futuro del catolicismo iba a ser diferente. Como ha advertido David Goodhew en un artículo publicado en Internet con el título *Facing Episcopal Church Decline: "Si creemos que la fe cristiana es la buena nueva, deberíamos procurar su expansión y preocuparnos por su retroceso"*.

LA ENCÍCLICA INCOMBUSTIBLE

"Los manuscritos no arden". En *El maestro y Margarita*, de Mijaíl Bulgákov, una gran obra de la literatura del siglo XX, un autor desesperado que vive bajo la opresión soviética trata de quemar su propia obra inédita, solo para darse cuenta, ya en el desenlace redentor, de que es imposible. Bulgákov supo ver con el alma lo que nunca presenciarían sus ojos. Su mismo libro, demasiado peligroso para publicarlo bajo el comunismo, no aparecería hasta casi treinta años después de la muerte del novelista, acaecida en 1940, para convertirse en un fenómeno literario mundial, como sigue siendo hasta el día de hoy.

"Los manuscritos no arden" se convirtió en un inmortal grito de guerra para defender la naturaleza indomable de la verdad. La verdad, artística o no, puede que sea indeseable, inconveniente, molesta, ridiculizada en los ambientes de buen tono, o aun hostigada, reprimida, forzada a la clandestinidad. Pero eso no la hace nada distinto de lo que es: la verdad.

En estos momentos de vigilia, dentro y fuera de la Iglesia, una comunidad mundial reconoce la verdad de la *Humanae vitae* y las enseñanzas relacionadas, por impopulares o duras que sean. Son los más recientes de una sucesión de peregrinos que se prolonga dos mil años hacia atrás. Se han sacrificado, y siguen sacrificándose, para permanecer donde están, e incluso han renunciado a la buena fama en un mundo que se burla de ellos.

Estos católicos –de cuna, conversos o reconvertidos–, compañeros de viaje no católicos, clérigos y laicos, cuentan con el consuelo de una última realidad, quizá la más importante de todas. En medio de las ansiedades del momento, por grandes que sean las dificultades o extendidas que estén, las pruebas empíricas que no paran de acumularse siguen dando la razón a la encíclica de Pablo VI. La *Humanae vitae* no arde.

MARY EBERSTADT*

*Publicado en VivaChile.org 9.6.2018 (originalmente en *Aceprenta*, www.aceprenta.com).

HUMANAE VITAE Y VERITATIS SPLENDOR COMO EXPOSICIONES DEL DERECHO NATURAL, CONTRASTADAS CON LA IRRACIONALIDAD DE SU RECHAZO

Las encíclicas *Humanae vitae* y *Veritatis splendor*, respectivamente de los papas Paulo VI y Juan Pablo II, constituyeron un poderoso relampaguear del Espíritu Santo en medio de un mundo muy oscurecido por la mentira y el pecado. Uno de los rasgos más importantes de estas dos encíclicas tomadas en conjunto es que constituyen una proclamación de la existencia de una disciplina intelectual con la que puede reducirse a sus principios el campo de la ética. Recogen, así, las diversas tradiciones cuyas raíces se remontan a la invención de la ciencia por Tales y pasan por el desarrollo de la filosofía moral por parte de los filósofos clásicos y los juristas romanos, y de la teología moral por parte de los sabios rabínicos de Alejandría y por los Padres y Doctores de la Iglesia. Renuevan asimismo en nuestros días, por tanto, una de las perennes misiones de la Iglesia de Jesucristo, “enseñar a todas las gentes”.

Humanae vitae confirmó la doctrina tradicional sobre la sexualidad en el matrimonio (es ilícita la esterilización temporal o permanente, es ilícito el aborto), proclamando que es un enseñanza de Derecho natural; *Veritatis splendor* formuló las bases de la teología moral y su lugar en los organismos de la vida cristiana y de la sabiduría teológica. Pero Juan Pablo II se dio a la tarea, también, de responder a los teólogos que habían mostrado su desacuerdo con la moral católica, especialmente a raíz de la publicación de *Humanae vitae*. Señaló que las principales cuestiones son las siguientes: (a) si hay una verdad sobre el bien; (b) si el intelecto [la conciencia] y la voluntad [la libertad] tienen que conformarse a un orden que, por venir de Dios, ellos no crean, y esto precisamente para alcanzar el fin que persiguen (la vida eterna, la felicidad) y la verdadera libertad (“la verdad os hará libres”); y (c) si hay tipos de acciones que, a causa de su especie [“objeto”] son siempre malas y, por tanto, incompatibles con el bien humano aun si el agente tiene “buena intención” o calcula que la suma total de consecuencias de su acción será buena.

La oposición a estas tesis centrales de las encíclicas podría clasificarse en cuatro grandes grupos según las categorías filosóficas que, quieran o no, necesariamente usan los teólogos. Es decir, puede ser Kantiana, utilitarista (consecuencialista, proporcionalista), weberiana (la llamada “ética de la responsabilidad”) o anómica (marxista, nietzscheano-freudiana, heideggeriana, cabalística). Mostrar la irracionalidad de las tesis centrales de estas escuelas sería, por ello, muy iluminador. Pero no hay espacio para ello en un artículo como el presente. He de limitarme a estudiar las críticas más impotentes de dos de los disidentes que han planteado los problemas más difíciles: Richard McCormick y Víctor Manuel Fernández. Deberemos dejar de lado, por falta de tiempo y espacio a Walter Kasper.

Juan Pablo II enseña que los teólogos proporcionalistas se han apartado de la verdad porque enseñan que algunas acciones moralmente malas por su objeto o especie pueden llegar a ser buenas a causa de sus consecuencias y de la intención

del agente. Richard McCormick responde que ningún teólogo sostiene esa tesis. Según él, los teólogos proporcionalistas lo que dicen es que para establecer si una acción es buena o mala por su objeto primero hay que hacer uso del principio proporcionalista: preguntarse si se causan disvalores premorales y, en caso afirmativo, si se causan “por una razón proporcionada”. Así, el bien del matrimonio podría exigir el uso de la esterilización o de la masturbación; o un peligro inminente podría justificar el decir una falsedad a alguien que pide una información a la que no tiene derecho; o una persona en extrema necesidad podría tomar un bien ajeno, aun si el dueño poco razonablemente se negara a dárselo¹.

La respuesta de McCormick es astuta, porque mezcla la verdad y el error. Los dos últimos casos han sido considerados por moralistas católicos, que han establecido que en algunas circunstancias extremas (un oficial de las SS pregunta si tienes judíos escondidos en la buhardilla, por ejemplo), el objeto puede cambiar. Pero el análisis difiere mucho del que hace McCormick. De lo que se trata no es de hacer un cálculo de las consecuencias, para ver si son proporcionadas, sino de analizar la estructura de la acción en la situación, para determinar su objeto. Por ejemplo: a causa del destino universal de los bienes, cualquier título diferente de propiedad cede ante la necesidad extrema de quien moriría de hambre a menos que tomara el bien que toma. En ese caso, el bien no es ajeno. No hay hurto, en realidad, por tanto. Pero no porque, si no tomara el bien, moriría (y el seguir viviendo es una consecuencia que justifica violar el bien “premoral” de la propiedad ajena), sino por la razón apuntada².

El fondo del asunto se halla en la concepción del “objeto” y de la verdad sobre el bien. Una persona que va a actuar tiene que reflexionar sobre la naturaleza de las cosas sobre las que va a recaer su acción, sobre los bienes que están implicados en ellas y sobre la proporción de todo eso a su propia naturaleza como agente. No tiene que reflexionar sobre las “consecuencias”, aunque sí sobre todas las circunstancias relevantes. Si, por ejemplo, un terrorista me pide que mate de modo directo a un inocente para que él no mate a otros tres, diez, cien o mil, yo nunca podré matar al inocente, sin que importe cuántos amenace el terrorista con matar (otra cosa sería matar *indirectamente* a un inocente). Por la necesidad de respetar la naturaleza sobre la que va a recaer la acción y la proporción al agente, la ética de la templanza se basa en el respeto a la estructura de la naturaleza y la corporalidad humanas y de su teleología intrínseca, como vio ya Platón en el *Fedro* y en las *Leyes*. No puedo, por tanto, entrar en una relación conyugal de la que excluya artificialmente el fin de la procreación. –No se trata de “biologicismo”, como replicaría McCormick–. Ya el papa Pío XII lo había aclarado muy bien: sí puedo someter a una operación a una mujer que tiene un cáncer en el útero, y extraerle el útero si es necesario, aunque de ello se siga la esterilidad, porque en ese caso lo que busco no es la esterilidad, sino la supresión del cáncer.

Se palpa, entonces, que McCormick postula una concepción nueva del “objeto moral”. Y, por tanto, se palpa que Juan Pablo II tenía toda la razón cuando carac-

¹Cfr. “*Veritatis Splendor and Moral Theology*”, pp. 9-10, in *America* (October 30, 1993, Vol. 169 N° 13), pp. 8-11.

²El otro caso es demasiado complicado para tratarlo en un artículo de este tipo.

terizó el error de los proporcionalistas: proponen como legítimas acciones que, según la concepción clásica del objeto, son malas.

Víctor Manuel Fernández, por su parte, lo que hace es tomar textos de la tradición, sobre todo de santo Tomás, san Buenaventura, la Biblia y el propio Benedicto XVI, para usar fragmentos en una construcción artificiosa que torna plausible: (a) la oposición entre la misericordia y la justicia; (b) la postulación de que la misericordia es la virtud más alta sin ninguna cualificación; (c) la distinción radical entre la “ética de la ley” y la “ética del amor” y la identificación de la primera con la justicia y de la segunda con la misericordia; (d) la postulación de que aun la ética de la ley admite formulaciones diversas según las circunstancias del agente, que harían legítimos en algunas situaciones actos que en otras serían ilegítimos; (e) que, en todo caso, aunque algunos actos vayan contra la justicia, podrían ser actos de misericordia y de amor; (f) que algunos de esos actos injustos podrían ser inimputables según varios documentos eclesíásticos interpretados de manera “libre” (arbitraria, en realidad) y (g) que la misericordia consiste en acciones exteriores por las que se hace bien a otros en el sentido de que se les da placer y bienestar. Con estas bases, Fernández sostiene que el amor y la misericordia pueden exigir a una esposa usar los anticonceptivos; o que las relaciones homosexuales o prematrimoniales, o con preservativo, podrían no ser imputables y, en todo caso, aunque vayan contra determinadas formulaciones de la ley, podrían constituir lo que Dios exige a una persona en sus circunstancias concretas. Mostremos dos formulaciones de Fernández, para que el lector pueda palpar su estilo: “No se propone así una doble moral o una ‘moral de situación’, ya que no se niega la permanencia, más allá de toda circunstancia, de una moral objetiva (que implica el rechazo de actos intrínsecamente malos), la cual debe ser siempre propuesta como el ideal de una plenitud *integral* de bien moral” (p. 160). Y, sobre la esposa que usa anticonceptivos: “No hay que olvidar que una decisión objetivamente correcta, en el marco de una determinada etapa de la historia personal, podría implicar un verdadero retroceso egocéntrico en un camino personal de crecimiento” (p. 151)³.

Es difícil concebir una subversión más completa del cristianismo y de los textos comentados por Fernández. Aunque los “teólogos” anómicos son los más irracionales, son también los más peligrosos. –Porque su completo desprecio de la racionalidad les permite manipular fuentes a su antojo y presentar lo que dicen no como una “construcción racional”, sino como un “saber de salvación, liberación y misericordia”–. Pero, unos y otros, anómicos, proporcionalistas (y kantianos, podríamos añadir) tienen en común el rechazo al orden real establecido por Dios que la razón humana debe conseguir por medio del empleo adecuado de los principios de la ética o de la teología moral. Los anómicos y kantianos rechazan todo orden que no decida el propio sujeto autónomo (o la autoridad que tenga el poder) y los proporcionalistas quieren construir un orden por medio de un cálculo de consecuencias, en lugar de descubrir ese orden. Unos y otros amenazan con poner las bases ya sea para una tiranía que pueda imponer su poder sin que la moleste la verdad, o ya sea para *Un mundo feliz*,

³“La dimensión trinitaria de la moral. II. Profundización del aspecto ético a la luz de ‘Deus caritas est’”, in *Revista de teología*, XLIII/89, pp. 133-163.

al estilo de Aldous Huxley. Como decía Juan Pablo II, citando al Salvador, solo la verdad puede hacernos libres.

CARLOS CASANOVA GUERRA*

TODOS LOS TEMORES EXPRESADOS POR PABLO VI SE HAN CUMPLIDO. LA ANTICONCEPCIÓN ES PARTE DE LA CULTURA DE LA MUERTE

Mons. Vitus Huonder, obispo de Chur (Suiza), ha resaltado la condición profética de la encíclica *Humanae vitae*, en cuanto a la “desestabilización del matrimonio y la familia” como resultado del uso masivo de anticonceptivos y de separar la sexualidad de la procreación sin respetar el orden de la creación.

El obispo, de 75 años de edad, asegura que el texto es profético “porque todos los temores expresados por Pablo VI se han cumplido”. El Papa, con razón, estaba especialmente preocupado por la “desestabilización del matrimonio y la familia” como resultado del uso masivo de anticonceptivos y la “separación de la sexualidad de la procreación”.

Mons Huonder menciona las preocupaciones del Papa Montini: “*los hombres ya no respetarían a las mujeres como personas, sino que las verían en gran medida como objetos para su propia realización*”; también aumentaría el peligro de la *intrusión gubernamental en la libertad de los padres, y el uso de la anticoncepción como una “herramienta de presión con respecto a las políticas de población [restrictivas]*”.

El obispo concluye: “Todas estas predicciones del Papa han tenido lugar”.

La “separación de la sexualidad de la procreación” ha llevado, a los ojos de este prelado suizo, *no solo a una sexualidad sin procreación, sino también a una procreación sin sexualidad*, por la cual “las tecnologías reproductivas están descartando innumerables embriones. Destruyen la vida de los niños en la primera fase de su vida”.

El obispo Huonder agrega: “*La anticoncepción es parte de la cultura de la muerte sobre la que habló una y otra vez el Papa Juan Pablo II*”. Por lo tanto, ve la necesidad de “mostrar, haciendo referencia a la encíclica *Humanae vitae*, cómo la Iglesia ve el orden de la creación”.

*Este artículo fue publicado en italiano por el número 134 (junio 2018) de la revista *Radici Cristiane*, pp. 28-30, y es un resumen de la ponencia presentada en el primer Congreso organizado por la Academia Juan Pablo II por la Vida y la Familia, que tuvo lugar en Roma el 21 de mayo de 2018, cuyo título fue “La vida humana, la familia y el esplendor de la verdad: dones de Dios. A los 50 años de *Humanae vitae* y los 25 años de *Veritatis splendor*”. La dicha ponencia fue publicada como artículo académico en *Aemaet*, BD. 1, NR. 1 (2018), Pp. 56-61 (<http://www.aemaet.de/index.php/aemaet/article/download/50/pdf>).

El prelado suizo advierte que *el libertinaje sexual ya en la juventud impide su maduración personal*. “La desestabilización de los matrimonios y, con ella, de las familias se ha incrementado fuertemente”, agrega, y dice que, como consecuencia, aparece “el miedo a la unión y la incapacidad de tomar compromisos obligatorios”.

Con respecto a la muerte del feto en el útero, el obispo Huonder aclara que *los abortos no se pueden combatir de manera efectiva con la ayuda de anticonceptivos* y agregó que “el límite entre el aborto y la anticoncepción se ha vuelto fluido. Algunos anticonceptivos también tienen el efecto de un aborto temprano [y por lo tanto son abortivos]”.

Además, el obispo Huonder advierte que los efectos de esta mentalidad y práctica anticonceptiva en Europa han llevado a una situación demográfica drástica: “*La situación demográfica es, entretanto, una cuestión de gran preocupación. Los europeos ya no logran el reemplazo generacional. Se han convertido en sociedades moribundas*”.

En cuanto a la *planificación familiar natural* que, bajo ciertas condiciones, está permitida por la Iglesia, el obispo Huonder insiste en que, *para ser permisible, debe haber razones justificadas*. También la planificación familiar natural puede ser objeto de abuso por una mentalidad anticonceptiva. “Este asunto tiene mucho que ver con la autodisciplina y el carácter” . Al final de su guía pastoral, el obispo Huonder dice:

“¡Queridos hermanos y hermanas! El espíritu cristiano solo puede desarrollarse en las familias si, en el matrimonio y la familia, aprendemos nuevamente a respetar plenamente el orden de la creación. Tomemos en serio la verdad que contiene la encíclica *Humanae vitae*. Eso será una bendición para las parejas casadas y las familias, para la Iglesia y para nuestra sociedad”*.

CARTA PASTORAL CON MOTIVO DEL 50º ANIVERSARIO DE LA ENCÍCLICA *HUMANAЕ VITAE* DE LOS OBISPOS DE ASTANA/KAZAJISTAN

¡Alabado sea Jesucristo! ¡Queridos hermanos y hermanas en Cristo! El presente año está marcado por el memorable evento del 50º aniversario de la encíclica *Humanae vitae*, con la cual el beato Pablo VI ha confirmado la doctrina del Magisterio constante de la Iglesia con respecto a la trasmisión de la vida humana. Los obispos y los ordinarios del Kazajistán quieren aprovechar la ocasión propicia para honrar la memoria y la perenne importancia de esta encíclica.

Durante la última reunión de todos nuestros sacerdotes y hermanas religiosas en Almaty se han efectuado amplios debates sobre el tema de la preparación de los jóvenes al sacramento del matrimonio. Se presentó la propuesta de transmitir a los jóvenes las verdades más importantes del Magisterio de la Iglesia relativas

*Publicado *InfoCatólica* 4.7.2018.

al matrimonio cristiano y a la santidad de la vida humana desde el momento de su concepción.

Proclamamos con la voz del Magisterio de la Iglesia como la podemos percibir en la encíclica *Humanae vitae* y en otros documentos de los Pontífices Romanos, las siguientes verdades exigentes del “yugo suave y de la carga liviana” (Mt 11, 30) de Cristo:

- “La Iglesia, sin embargo, al exigir que los hombres observen las normas de la ley natural interpretada por su constante doctrina, enseña que *cualquier acto matrimonial debe quedar abierto a la transmisión de la vida*” (Pablo VI, Encíclica *Humanae vitae*, 11).
- “Hay que *excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado*, aunque sea por razones terapéuticas. Hay que excluir igualmente, como el Magisterio de la Iglesia ha declarado muchas veces, *la esterilización directa, perpetua o temporal*, tanto del hombre como de la mujer; queda además excluida toda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga, como fin o como medio, hacer imposible la procreación. Tampoco se pueden invocar como razones válidas, para justificar los actos conyugales intencionalmente infecundos, el mal menor o el hecho de que tales actos constituirían un todo con los actos fecundos anteriores o que seguirán después y que por tanto compartirían la única e idéntica bondad moral. En verdad, si es lícito alguna vez tolerar un mal moral menor a fin de evitar un mal mayor o de promover un bien más grande, *no es lícito, ni aun por razones gravísimas, hacer el mal para conseguir el bien, es decir, hacer objeto de un acto positivo de voluntad lo que es intrínsecamente desordenado* y por lo mismo indigno de la persona humana, aunque con ello se quisiese salvaguardar o promover el bien individual, familiar o social. *Es por tanto un error pensar que un acto conyugal, hecho voluntariamente infecundo, y por esto intrínsecamente deshonesto, pueda ser cohonestado por el conjunto de una vida conyugal fecunda*” (Pablo VI, Encíclica *Humanae vitae*, 14).
- “*Cuando, mediante la contracepción, los esposos quitan a la práctica de su sexualidad conyugal la potencial capacidad procreativa, ellos se arrogan un poder que solo pertenece a Dios: el poder de decidir en última instancia la venida a la existencia de una persona humana. Ellos se arrogan el atributo de ser no los cooperadores del poder creativo de Dios, sino los depositarios últimos de la vida naciente humana. En esta perspectiva, la contracepción debe ser considerada objetivamente, tan profundamente ilícita que no puede nunca, por ninguna razón, ser justificada. Pensar o decir lo contrario, equivale a suponer que en la vida humana puedan presentarse situaciones en que es lícito no reconocer a Dios como Dios*” (Juan Pablo II, *Discurso a los sacerdotes participantes en un seminario de estudio sobre “La Procreación responsable”, 17 de septiembre de 1983*).
- “*Muchos piensan que la enseñanza cristiana, aunque verdadera, no es viable, al menos en determinadas circunstancias. Como la Tradición de la Iglesia ha enseñado siempre, Dios no nos manda nada que sea imposible, sino que*

cada mandamiento también lleva aparejada la gracia que ayuda a la libertad humana a cumplirlo. La oración constante, el recurso frecuente a los sacramentos y el ejercicio de la castidad conyugal son necesarios. [...] Hoy más que nunca, el hombre está de nuevo empezando a sentir la necesidad de la verdad y de la recta razón en su experiencia diaria. *Estad siempre preparados para decir sin ambages, la verdad sobre lo bueno y lo malo con respecto al hombre y a la familia*" (Juan Pablo II, *Discurso a los participantes en la reunión de estudio sobre la procreación responsable*, 5 de junio de 1987).

- "La carta encíclica *Humanae vitae* constituye un significativo gesto de valentía al reafirmar la continuidad de la doctrina y de la tradición de la Iglesia. [...] Esa doctrina no solo sigue manifestando inmutable su verdad; también revela la clarividencia con la que se afrontó el problema. [...] *Lo que era ayer, sigue siéndolo también hoy. La verdad expresada en la Humanae vitae no cambia*; más aún, precisamente a la luz de los nuevos descubrimientos científicos, su doctrina se hace más actual e impulsa a reflexionar sobre el valor intrínseco que posee" (Benedicto XVI, *Discurso a los participantes en un Congreso Internacional en el 40mo aniversario de la encíclica "Humanae vitae"*, 10 de mayo de 2008).
- "La encíclica *Humanae vitae* está inspirada en la intocable doctrina bíblica y evangélica que convalida las normas de la ley natural y los dictados insuprimibles de la conciencia sobre el respeto de la vida, cuya transmisión ha sido confiada a la paternidad y a la maternidad responsables. *Aquel documento resulta hoy de nueva y más urgente actualidad por las heridas que las legislaciones públicas han causado a la santidad indisoluble del vínculo matrimonial y a la intangibilidad de la vida humana desde el seno materno*. [...] Ante los peligros que hemos delineado y frente a dolorosas defecciones de carácter eclesial o social, nos sentimos impulsados, al igual que Pedro, a acudir a Él como a una única salvación y a gritar: "Señor, ¿a quién iríamos? Tú tienes palabras de vida eterna" (Jn 6, 68)" (Pablo VI, *Homilía*, 29 de junio de 1978).

Toda la historia humana ha dado suficientes pruebas del hecho que *el verdadero progreso de la sociedad depende en gran medida de las familias numerosas*. Eso es aún más válido para la vida de la Iglesia. El Papa Francisco nos recuerda esta verdad: "Da consuelo y esperanza ver a muchas familias numerosas que acogen a los hijos como un auténtico don de Dios. Ellos saben que cada hijo es una bendición" (Papa Francisco, *Audiencia general*, 21 de enero de 2015).

Que las siguientes palabras de san Juan Pablo II, el Papa de la familia, sean luz, fortaleza, consolación y alegre coraje para las parejas casadas católicas y para los varones y mujeres jóvenes que se preparan para la vida del matrimonio y de la familia cristiana.

"Tenemos una singular confirmación de que el camino de santidad recorrido juntos, como matrimonio, es posible, hermoso y extraordinariamente fecundo, y es fundamental para el bien de la familia, de la Iglesia y de la sociedad. Esto impulsa a invocar al Señor, para que sean cada vez más numerosos los matrimonios capaces de reflejar, con la santidad de su vida, el "misterio grande" del amor conyugal, que tiene su origen en la creación y se realiza en la unión de Cristo con la Iglesia (cf. *Ef 5, 22-33*). Como todo camino de santificación, también el

vuestro es difícil. Sabemos cuántas familias sienten en estos casos la tentación del desaliento. Pienso, en particular, en los que viven el drama de la separación; pienso en los que deben afrontar la enfermedad y en los que sufren la muerte prematura del cónyuge o de un hijo. También en estas situaciones se puede dar un gran testimonio de fidelidad en el amor, que llega a ser más significativo aún gracias a la purificación en el crisol del dolor. *Amadísimos esposos, que jamás os venza el desaliento: la gracia del sacramento os sostiene y ayuda a elevar continuamente los brazos al cielo, como Moisés*, de quien ha hablado la primera lectura (cf. Ex 17, 11-12). La Iglesia os acompaña y ayuda con su oración, sobre todo en los momentos de dificultad. Al mismo tiempo, pido a todas las familias que *a su vez sostengan los brazos de la Iglesia*, para que no falte jamás a su misión de interceder, consolar, guiar y alentar” (Juan Pablo II, *Homilía para la beatificación de los Siervos de Dios Luigi Beltrame Quattrocchi y Maria Corsini*, 21 de octubre de 2001).

“Que la Virgen María, como es Madre de la Iglesia, sea también Madre de la “Iglesia doméstica”, y, gracias a su ayuda materna, cada familia cristiana pueda llegar a ser verdaderamente una “pequeña Iglesia”, en la que se refleje y reviva el misterio de la Iglesia de Cristo. *Sea ella, Esclava del Señor, ejemplo de acogida humilde y generosa de la voluntad de Dios; sea ella, Madre Dolorosa a los pies de la Cruz, la que alivie los sufrimientos y enjague las lágrimas de cuantos sufren por las dificultades de sus familias*. Que Cristo Señor, Rey del universo, Rey de las familias, esté presente como en Caná, en cada hogar cristiano para dar luz, alegría, serenidad y fortaleza” (Juan Pablo II, Exhortación Apostólica *Familiaris consortio*, 86).

Astana, 13 de mayo de 2018, Memoria de la Santísima Virgen María de Fátima

Vuestros Obispos y Ordinarios:

† *José Luis Mumbiela Sierra*, Obispo de la diócesis de la Santísima Trinidad en Almaty y Presidente de la Conferencia de los Obispos Católicos de Kazajstán.

† *Tomash Peta*, Arzobispo Metropolitano del arquidiócesis de María Santísima en Astana

† *Adelio Dell’Oro*, Obispo de Karaganda.

+ *Athanasius Schneider*, Obispo Auxiliar del archidiócesis de María Santísima en Astana.

Sac. *Dariusz Buras*, Administrador Apostólico de Atyrau.

Reverendísimo Protopresbítero Mitrado *Vasyl Hovera*, Delegado de la Congregación para las Iglesias Orientales para los fieles greco-católicos de Kazajstán y Asia Central.

Astana, 13 de mayo de 2018, memoria de la Santísima Virgen María de Fátima*

*Publicado en *Infocast* 15.5.2018.

EN EL REINO UNIDO: CIENTOS DE SACERDOTES BRITÁNICOS FIRMAN UNA DECLARACIÓN RESPALDANDO A LA *HUMANAE VITAE*

“Esto marca un momento importante para la Iglesia en este país”, dijo un sacerdote.

Cerca de 500 sacerdotes británicos han respaldado una declaración en apoyo de la enseñanza de *Humanae vitae*.

El clero de todo el país firmó el documento cuando se aproxima el 50º aniversario de la encíclica. La *Humanae vitae* afirmó las enseñanzas cristianas tradicionales sobre la familia y la sexualidad, y reiteró la total oposición de la Iglesia a la anticoncepción artificial.

En la declaración, el clero afirma:

En el momento de la publicación de *Humanae vitae*, muchos rechazaron su mensaje y sus advertencias. Muchos encontraron la enseñanza de que el uso de la anticoncepción era en todos los casos “intrínsecamente desordenada”, difícil de aceptar y difícil de proclamar. Cincuenta años después se ha desarrollado tanto en nuestra sociedad que ha ido en detrimento de la vida y el amor humanos. Muchos han llegado a apreciar nuevamente la sabiduría de las enseñanzas de la Iglesia.

Como sacerdotes, deseamos afirmar en este 50 aniversario de *Humanae vitae* la noble visión del amor procreativo, como la Iglesia Católica siempre lo ha enseñado y entendido. Creemos que una “ecología humana” adecuada, un redescubrimiento del camino de la naturaleza y el respeto por la dignidad humana es esencial para el futuro de nuestra gente, tanto católicos como no católicos. Proponemos descubrir nuevamente el mensaje de *Humanae vitae*, no solo en fidelidad al Evangelio, sino como clave para la sanación y el verdadero desarrollo de nuestra sociedad.

Los organizadores notaron que el gran número de signatarios representa un cambio significativo a favor de las enseñanzas de la encíclica. “En 1968, muy pocos sacerdotes hablaron con confianza sobre esta enseñanza y muchos disintieron”, dijeron.

Un sacerdote comentó: “Es difícil conseguir que 100 sacerdotes, del tamaño de una diócesis promedio, hagan algo juntos, pero obtener 500 es muy significativo”.

“Esperamos que la Iglesia aquí ahora reconozca la importancia de *Humanae vitae* y la ponga a la vanguardia de nuestras estrategias pastorales y evangelización. Esto marca un momento importante para la Iglesia en este país”*.

*Sigue la lista completa de signatarios. Publicado en *Infocat* el 16.6.2018.

(NR) Debe recordarse que en Chile también incluso en la jerarquía de la Iglesia hubo voces que se opusieron a esta Encíclica. El propio Cardenal Silva Henríquez, a la sazón arzobispo de Santiago, coonestó la política anticonceptiva del gobierno del presidente Frei Montalva y la democracia cristiana (1965) y después se atrevió a protestar en contra de esta Encíclica enviando un cable al Vaticano para que se postergara su aplicación, lo que llevó al propio nuncio de Su Santidad Pablo VI, monseñor Carlo Martini, a representarle su actitud, que pretendía enmendarle la plana al mismo Papa. Este, meses después, lo reprendería

TODOS LOS MALES DE LOS QUE ADVIRTIÓ SE HAN CUMPLIDO

Mons. Keenan: solo los ideólogos no reconocen que Pablo VI tenía razón con la *Humanae vitae*.

Mons. John Keenan, obispo de Paisley, Escocia, ha concedido una entrevista al National Catholic Register con motivo del 50 aniversario de la encíclica *Humanae vitae*.

(NCR/*Gaudium Press*) Explica el obispo que el papa Montini preveía el terrible impacto que la contracepción traería a nivel personal y cultural, en cuatro campos:

“Infidelidad [conyugal] y decadencia moral; pérdida de respeto por las mujeres; abuso de poder –incluyendo los poderes industriales en el mundo en desarrollo– y ansia de las personas por un dominio ilimitado sobre sus propios cuerpos”.

Y añade:

“Ahora vivimos en ese mundo contraceptivo, que es al mismo tiempo la casa del aumento creciente de divorcios, abortos, padres solteros y enfermedades venéreas fuera de control; es un mundo de #MeToo, en el cual las mujeres se sienten más presionadas y menos valoradas que antes; una realidad global de la esterilización forzada de innumerables mujeres en África y abortos forzados en China, que ha entrado en una crisis de subpoblación, seguido de cerca por Europa occidental, que enfrenta su propia crisis de orientación sexual o identidad de género y suicidios, no menos entre los jóvenes, en una proporción casi epidémica. *Se mire como se mire, es difícil no ver, sobre el terreno, cómo la anticoncepción ha empeorado a la sociedad y la ha puesto en crisis*. Son solo los ideólogos quienes no admitirán ninguna evidencia de lo contrario, que creen que así es como se ven la libertad y el progreso”.

Dadas las consecuencias globales catastróficas señaladas por el obispo escocés, él mismo *invita a aquellos que “eran escépticos o tímidos dentro de la Iglesia en apoyar la Humanae vitae en los tiempos pasados”, a “darle un total respaldo hoy, a la luz de los últimos 50 años de amarga experiencia”**

personalmente diciéndole respecto de su actitud: “ha sido como si me clavaras una espada en el corazón” (lo refiere el mismo cardenal Silva en sus *Memorias* (2 vols.) vol. 2, 135). Del mismo modo, la *Revista Mensaje* (publicación de los jesuitas) se unía a esas críticas (vid. su Nº 172, septiembre 1968) en su propio Editorial (Una encíclica discutida); incluso la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica de Chile también la criticaba a través de una carta pública suscrita por 18 profesores de ella (vid. dicho Nº 172 cit.).

*Publicado en *Infocat* el 24.7.2018.

S. S. PÍO XII
SOYEZ LES BIENVENUES*
DISCURSO SOBRE LOS ERRORES
DE LA MORAL DE SITUACIÓN
Viernes 18 de abril de 1952

1. Bien venidas seáis, amadas hijas de la Federación Mundial de las Juventudes Femeninas Católicas. Os saludamos con el mismo placer, con la misma alegría y con el mismo afecto con que hace cinco años os recibimos en Castelgandolfo con ocasión de la gran Asamblea Internacional de las Mujeres Católicas.

Los estímulos y sabias directivas que os proporcionó aquel Congreso, lo mismo que las palabras que Nos os dirigimos entonces (*Discorsi e Radiomessaggi* 9, 221-223), no han quedado, en verdad, sin fruto. Conocemos los esfuerzos que en este intervalo habéis desarrollado para realizar los objetivos precisos de los cuales tenáis clara visión. Esto también nos lo prueba la Memoria impresa que, con motivo de preparar este Congreso, nos habéis hecho llegar: *La foi des jeunes. Problème de notre temps*. Sus 32 páginas tienen el peso de un grueso volumen, y nos las hemos examinado con gran atención, porque resume y sintetiza las enseñanzas de numerosas y variadas encuestas sobre el estado de la fe en la juventud católica de Europa, siendo altamente instructivas sus conclusiones.

2. De muchas de las cuestiones tocadas en ella, nos mismos hemos tratarlo en nuestra alocución del 11 de septiembre de 1947, a la que asistíais vosotras, y en muchas otras alocuciones de antes y después. Hoy querríamos aprovechar la oportunidad que nos ofrece esta reunión con vosotras para decir lo que pensamos acerca de cierto fenómeno que se manifiesta algo por todas partes en la vida de la fe de los católicos y que afecta un poco a todos, pero particularmente a la juventud y a sus educadores, del que se encuentran huellas en diversos lugares de vuestra Memoria, como cuando decís: “Confundiendo el cristianismo con un código de preceptos y prohibiciones, los jóvenes tienen la impresión de ahogarse en ese clima de moral imperativa, y no es una ínfima minoría la que echa por la borda el embarazoso fardo” (p. 10).

UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA LEY MORAL

3. Fenómeno este al que podríamos llamar una nueva concepción de la vida moral, pues se trata de una tendencia que se manifiesta en el campo de la moralidad. Ahora bien: en las verdades de la fe se fundan los principios de la moralidad, y vosotras sabéis bien cuán capital importancia tiene para la conser-

*Discurso al Congreso de la Federación Mundial de las Juventudes Femeninas Católicas: AAS 44 (1952) 413ss.

vacación y el desarrollo de la fe el que la conciencia de la joven se forme cuanto antes y se desarrolle según las justas y sanas normas morales. Por ello, la nueva concepción de la moralidad cristiana toca muy directamente al problema de la fe de los jóvenes.

Nos hemos hablado ya de la nueva moral en nuestro *radiomensaje del 23 de marzo* último a los educadores cristianos. Y lo que hoy vamos a tratar no es solo una continuación de lo que entonces dijimos: Nos queremos descubrir los profundos orígenes de esta concepción. Se la podría calificar de existencialismo ético, de actualismo ético, de individualismo ético, entendidos en el sentido restrictivo que vamos a explicar y tal como se les encuentra en lo que con otro nombre se ha llamado *Situationsethik* (moral de situación).

LA "MORAL DE SITUACIÓN". SU SIGNO DISTINTIVO

4. El signo distintivo de esta moral es que no se basa en manera alguna sobre las leyes morales universales, como –por ejemplo– los diez mandamientos, sino sobre las condiciones o circunstancias reales y concretas en las que ha de obrar y según las cuales la conciencia individual tiene que juzgar y elegir. Tal estado de cosas es único y vale una vez para cada acción humana. Luego la decisión de la conciencia –afirman los defensores de esta ética– no puede ser imperada por las ideas, principios y leyes universales.

5. La fe cristiana basa sus exigencias morales en el conocimiento de las verdades esenciales y de sus relaciones; así lo hace San Pablo en la carta a los Romanos (*Rom 1, 19-21*) para la religión en cuanto tal, ya sea esta la cristiana, ya la anterior al cristianismo: a partir de la creación, dice el Apóstol, el hombre entrevé y palpa de algún modo al Creador, su poder eterno y su divinidad, y esto con una evidencia tal que él se sabe y se siente obligado a reconocer a Dios y a darle algún culto, de manera que desdeñar este cultivo o pervertirlo en la idolatría es gravemente culpable, para todos y en todos los tiempos.

6. Esto no es, de ningún modo, lo que afirma la ética de que Nos hablamos. Ella no niega, sin más, los conceptos y los principios morales generales (aunque a veces se acerque mucho a semejante negación), sino que los desplaza del centro al último confín. Puede suceder que la decisión de la conciencia muchas veces esté de acuerdo con ellos. Pero no son, por decirlo así, una colección de premisas, de las que la conciencia saca las consecuencias lógicas en el caso particular, el caso de una vez. ¡De ningún modo! En el centro se encuentra el bien, que es preciso cumplir o conservar en su valor real y concreto; por ejemplo, en el campo de la fe, la relación personal que nos liga a Dios. Si la conciencia seriamente formada estableciera que el abandono de la fe católica y la adhesión a otra "confesión" lleva más cerca de Dios, este paso se encontraría justificado, aun cuando generalmente se le califica de defección en la fe. O también, en el campo de la moralidad, la donación de sí –corporal o espiritual– entre jóvenes.

Aquí la conciencia seriamente formada establecería que por razón de la sincera inclinación mutua están permitidas las intimidades de cuerpo y de sentidos, y estas, aunque admisibles solamente entre esposos, resultarían permitidas. La conciencia abierta de hoy decidiría así, porque ella deduce de la jerarquía de los valores el principio de que los valores de la personalidad, por ser los más altos, podrían servirse de los valores inferiores del cuerpo y de los sentidos o bien descartarlos, según lo sugiera cada situación. Se ha pretendido con insistencia que, precisamente según ese principio, en materia de derechos de los esposos sería necesario, en caso de conflicto, dejar a la conciencia seria y recta de los cónyuges, según las exigencias de las situaciones concretas, la facultad de impedir directamente la realización de los valores biológicos, en favor de los valores de la personalidad.

Los juicios de una conciencia de esta naturaleza, por muy contrarios que a primera vista parezcan a los preceptos divinos, valdrían, sin embargo, delante de Dios; porque, se dice, la conciencia sincera, seriamente formada, es más importante delante de Dios mismo que el precepto y que la ley.

Y, por ello, tal decisión es activa y productiva, no pasiva y receptiva de la decisión de la ley, escrita por Dios en el corazón de cada uno, y menos todavía de la del Decálogo, que el dedo de Dios ha escrito en tablas de piedra, dejando a la autoridad humana el promulgarlo y el conservarlo.

LA “MORAL NUEVA” EMINENTEMENTE “INDIVIDUAL”

7. La ética nueva (adaptada a las circunstancias), dicen sus autores, es eminentemente individual. En la determinación de la conciencia, cada hombre en particular se encuentra directamente con Dios y ante Él se decide, sin intervención de ninguna ley, de ninguna autoridad, de ninguna comunidad, de ningún culto o confesión, en nada y de ninguna manera. Aquí solo existe el yo del hombre y el Yo de Dios personal; no del Dios de la ley, sino del Dios Padre, con quien el hombre debe unirse con amor filial. Vista así, la decisión de la conciencia es, por lo tanto, un riesgo personal, según el conocimiento y la valoración propios, con plena sinceridad ante Dios. Estas dos cosas, la intención recta y la respuesta sincera, son lo que Dios considera; la acción no le importa. Por ello, la respuesta puede ser la de cambiar la fe católica por otros principios, la de divorciarse, la de interrumpir la gestación, la de rehusar la obediencia a la autoridad competente en la familia, en la Iglesia, en el Estado; y así, en otras cosas.

Todo esto correspondería perfectamente a la condición de mayoría de edad del hombre y, en el orden cristiano, a la relación de filiación, que, según la enseñanza de Cristo, nos hace rezar Padre nuestro...

Esta visión personal ahorra al hombre tener que medir en cada momento si la decisión que se ha de tomar corresponde a los artículos de la ley o a los cánones de normas y reglas abstractas; ella le preserva de la hipocresía de una fidelidad farisaica a las leyes; ella le preserva tanto del escrúpulo patológico como de la ligereza o de la falta de conciencia, porque hace recaer personalmente sobre

el cristiano la responsabilidad total ante Dios. Así hablan los que predicán la moral nueva.

ESTA FUERA DE LA LEY Y DE LOS PRINCIPIOS CATÓLICOS

8. Expuesta así la ética nueva, se halla tan fuera de la ley y de los principios católicos, que hasta un niño que sepa su catecismo lo verá y se dará cuenta y lo percibirá. Por lo tanto, no es difícil advertir cómo el nuevo sistema moral se deriva del existencialismo, que, o hace abstracción de Dios, o simplemente lo niega, y en todo caso abandona al hombre a sí mismo. Tal vez sean las condiciones presentes las que hayan inducido a intentar el trasplantar esta moral nueva al terreno católico, para hacer más llevaderas a los fieles las dificultades de la vida cristiana. De hecho, a millones de ellos se les exigen hoy –en un grado extraordinario– firmeza, paciencia, constancia y espíritu de sacrificio si quieren permanecer íntegros en su fe, bien sea bajo los reveses de la fortuna o bien bajo las seducciones de un ambiente que pone a su alcance todo aquello que forma la aspiración y el deseo de su corazón apasionado. Pero semejante tentativa nunca jamás podrá tener éxito.

LAS OBLIGACIONES FUNDAMENTALES DE LA LEY MORAL

9. Se preguntará de qué modo puede la ley moral, que es universal, bastar e incluso ser obligatoria en un caso particular, el cual, en su situación concreta, es siempre único y de una vez. Ella lo puede y ella lo hace, porque, precisamente a (ilusa de su universalidad), la ley moral comprende necesaria e intencionalmente todos los casos particulares, en los que se verifican sus conceptos. Y en estos casos, muy numerosos, ella lo hace con una lógica tan concluyente, que aun la conciencia del simple fiel percibe inmediatamente y con plena certeza la decisión que se debe tomar.

10. Esto vale especialmente para las obligaciones negativas de la ley moral, para las que exigen un no hacer un dejar de lado. Pero no para estas solas. Las obligaciones fundamentales de la ley moral están basadas en la esencia, en la naturaleza del hombre y en sus relaciones esenciales, y valen, por consiguiente, en todas partes donde se encuentre el hombre; las obligaciones fundamentales de la ley cristiana, por lo mismo que sobrepasan a las de la ley natural, están basadas sobre la esencia del orden sobrenatural constituido por el divino Redentor. De las relaciones esenciales entre el hombre y Dios, entre hombre y hombre, entre los cónyuges, entre padres e hijos; de las relaciones esenciales en la comunidad, en la familia, en la Iglesia, en el Estado, resulta, entre otras cosas, que el odio a Dios, la blasfemia, la idolatría, la defección de la verdadera fe, la negación de la fe, el perjurio, el homicidio, el falso testimonio, la calumnia, el adulterio y la fornicación, el abuso del matrimonio, el pecado solitario, el robo y la rapiña, la

sustracción de lo que es necesario a la vida, la defraudación del salario justo (cf. *Sant* 5,4), el acaparamiento de los víveres de primera necesidad y el aumento injustificado de los precios, la bancarrota fraudulenta, las injustas maniobras de especulación, todo ello está gravemente prohibido por el Legislador divino. No hay motivo para dudar. Cualquiera que sea la situación del individuo, no hay más remedio que obedecer.

11. Por lo demás, a la ética de situación oponemos Nos tres consideraciones o máximas. La primera: Concedemos que Dios quiere ante todo y siempre la intención recta; pero esta no basta. Él quiere, además, la obra buena. La segunda: No está permitido hacer el mal para que resulte un bien (cf. *Rom* 3,8). Pero esta ética obra –tal vez sin darse cuenta de ello– según el principio de que “el bien santifica los medios”. La tercera: Puede haber situaciones en las cuales el hombre –y en especial el cristiano– no pueda ignorar que debe sacrificarlo todo, aun la misma vida, por salvar su alma. Todos los mártires nos lo recuerdan. Y son muy numerosos, también en nuestro tiempo. Pero la madre de los Macabeos y sus hijos, las santas Perpetua y Felicitas –no obstante sus recién nacidos–, María Goretti y otros miles, hombres y mujeres, que venera la Iglesia, ¿habrían, por consiguiente, contra la situación, incurrido inútilmente –y hasta equivocándose– en la muerte sangrienta? Ciertamente que no; y ellos, con su sangre, son los testigos más elocuentes de la verdad contra la nueva moral.

EL PROBLEMA DE LA FORMACIÓN DE LAS CONCIENCIAS

12. Donde no hay normas absolutamente obligatorias, independientes de toda circunstancia o eventualidad, la situación de una vez en su unicidad requiere, es verdad, un atento examen para decidir cuáles son las normas que se han de aplicar y en qué manera. La moral católica ha tratado siempre y ampliamente este problema de la formación de la propia conciencia con el examen previo de las circunstancias del caso que se ha de resolver. Todo lo que ella enseña ofrece una ayuda preciosa para las determinaciones de la conciencia tanto teóricas como prácticas. Baste citar la exposición, no superada, de Santo Tomás sobre la virtud cardinal de la prudencia y las virtudes con ella relacionadas (*Sum. Theol.* II-II q. 47-57). Su tratado revela un sentido en la actividad personal y de la realización, que contiene todo cuanto hay de justo y de positivo en la ética según la situación, pero evitando todas sus confusiones y desviaciones. Bastará, por lo tanto, al moralista moderno continuar en la misma línea si quiere profundizar nuevos problemas.

La educación cristiana de la conciencia está muy lejos de despreciar la personalidad, ni aun la de la joven y del niño, y de matar su iniciativa. Porque toda sana educación tiende a hacer al educador más innecesario poco a poco y al educando más independiente dentro de los justos límites. Y esto vale también en la educación de la conciencia por Dios y la Iglesia: su objetivo es, como dice el Apóstol (cf. *2 Cor* 13,13), el hombre perfecto, según la medida de la plenitud

de Cristo; por consiguiente, el hombre “mayor”, que tiene también el valor de su responsabilidad.

¡Solamente es necesario que esta madurez se coloque en el plano justo! Jesucristo permanece como Señor, Jefe y Maestro de cada hombre, de toda edad y de todo estado, por medio de su Iglesia, en la cual continúa Él obrando. El cristiano, por su parte, debe asumir el grave y grande cometido de hacer valer en su vida personal, en su vida profesional y en la vida social y pública, en cuanto de él dependa, la verdad, el espíritu y la ley de Cristo. Esto es la moral católica; y ella deja un vasto campo libre a la iniciativa y a la responsabilidad personal del cristiano

LOS PELIGROS PARA LA FE DE LA JUVENTUD

13. He aquí lo que Nos queríamos deciros. Los peligros para la fe de nuestra juventud son hoy extraordinariamente numerosos. Cada uno lo sabía y lo sabe, pero vuestra Memoria es particularmente instructiva a este respecto. Sin embargo, pensamos Nos que pocos de esos peligros son tan grandes y tan graves en consecuencias como los que la moral nueva hace correr a la fe. Los extravíos a que conducen así tales deformaciones como la debilitación de los deberes morales, que se derivan directamente de la fe, terminarían, con el tiempo, por corromper aun la fuente misma. Así muere la fe.

DOS CONCLUSIONES

De todo lo que hemos dicho sobre la fe vamos a sacar dos conclusiones, dos normas que Nos queremos dejaros al terminar, para que orienten y animen toda vuestra acción y toda vuestra vida de cristianas valientes:

Primera: La fe de la juventud debe ser una fe orante. La juventud debe aprender a orar. Que ello sea siempre en la medida y en la forma que corresponden a su edad. Pero siempre teniendo conciencia de que sin la oración no es posible permanecer fiel a la fe.

Segunda: La juventud debe estar orgullosa de su fe y aceptar que le cueste algo. Ha de acostumbrarse desde la primera edad a hacer sacrificios por su fe, a caminar delante de Dios en rectitud de conciencia, a reverenciar lo que Él ordena. Entonces crecerá, como de por sí misma, en el amor de Dios.

ACTUALIDADES

I. EUGENESIA, OTRO ATENTADO EN CONTRA DE LA VIDA HUMANA

El ser humano es la única especie que se mata a sí misma con el aborto y la eutanasia.
Dalmacio Negro

1. EN LA LUCHA CONTRA LA CULTURA DE LA MUERTE. ¿CUÁLES SON LOS CINCO MEJORES ARGUMENTOS CONTRA LA EUTANASIA?

Las sociedades médicas de todo el mundo consideran cambios en su posición sobre la eutanasia, pero varios médicos y especialistas en ética influyentes han publicado conjuntamente sus comentarios.

A medida que las sociedades médicas de todo el mundo consideran cambios en su posición sobre la eutanasia, varios médicos y especialistas en ética influyentes han publicado conjuntamente un comentario en la *Revista de Cuidados Paliativos* que se opone a cualquier cambio de política.

Entre los autores del artículo, titulado "Suicidio asistido por médicos y eutanasia: temas emergentes desde una perspectiva global", están Daniel Sulmasy de la Universidad de Georgetown, que formó parte de la Comisión para el Estudio de Cuestiones Bioéticas del presidente Obama, Margaret Somerville, académica jurídica y uno de los más acérrimos opositores a la legalización de la eutanasia en Canadá, y el influyente especialista en cuidados paliativos Lukas Radbruch.

Los autores resumen lo que consideran las cinco razones más fuertes para oponerse a la eutanasia. Incluyen:

- 1) *Pendientes resbaladizas*: los autores afirman que "a pesar de las salvaguardas para la eutanasia en los Países Bajos y Bélgica, hay datos de que las salvaguardas son ineficaces y violadas ... Permitir la eutanasia voluntaria ha llevado a la eutanasia no voluntaria".
- 2) *Falta de autodeterminación*: los autores señalan que muchas expresiones de un deseo de muerte no significan que un paciente desee la eutanasia o el suicidio asistido; "Como las solicitudes individuales para la eutanasia son a menudo lábiles, de origen complejo y están sujetas a las cambiantes prioridades del individuo, tales solicitudes requieren atención cuidadosa y repetitiva".
- 3) *Cuidados paliativos inadecuados*: El conocimiento holístico de los cuidados paliativos, afirman, es la obligación ética más urgente de las jurisdicciones en todo el mundo en lugar de legalizar PAS-E.
- 4) *Profesionalismo médico*: los médicos que colaboran en PAS-E, argumentan los autores, amenazan la integridad moral de la profesión médica.
- 5) *Diferencia entre medios y fines*: la presión por PAS-E confunde el problema del sufrimiento con la vida de la persona: "debemos matar el dolor y el sufrimiento, no a la persona con dolor y sufrimiento".

Casualmente, una visión completamente diferente de la eutanasia surge de un artículo reciente en la *Tijdschrift voor Geneeskunde* (*Revista de medicina belga*). JL Bernheim, investigador del End-of-life Care Research Group, niega rotundamente que los críticos de la eutanasia belga sepan de lo que están hablando. Él divide las críticas en pragmáticas (factuales) y esencialistas (morales y legales).

Respecto a las primeras, Bernheim niega que hubo o hay una “pendiente resbaladiza” o que los pacientes vulnerables no están protegidos adecuadamente. En cuanto a las segundas, argumenta que la eutanasia es un complemento genuinamente compasivo de los cuidados al final de la vida. Es interesante ver cuán diferente se ve la eutanasia dentro de las fronteras de Bélgica. Desafortunadamente, el artículo está disponible solo en holandés en este momento*.

2. LA EUTANASIA ¿ES JUSTIFICABLE?

No hay argumentos para poder afirmar que la eutanasia está justificada *per se*, por mucho que legislen los parlamentos o se inventen los médicos como justificación.

Una de las preguntas que se suelen hacer actualmente es la siguiente: “¿Se puede justificar la eutanasia? ¿Es justa? Y a renglón seguido se añade: Si el paciente quiere acelerar su muerte ¿por qué se le va a impedir? ¿Es libre de hacerlo!”. Son los mismos razonamientos, aunque con matices distintos, de aquellos argumentos que se enarbolan respecto al aborto.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la eutanasia como aquella *acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente*. La eutanasia se puede realizar por *acción directa*: proporcionando una inyección letal al enfermo o por *acción indirecta*: no proporcionando el soporte básico para su supervivencia. En ambos casos, la finalidad es la misma: terminar con una vida enferma. Esta acción sobre el enfermo, con la intención de segarle la vida, se llamaba, se llama y objetivamente se llamará *homicidio*.

La dignidad de la vida humana es importantísima y nadie tiene derecho de lesionarla y menos de maltratarla. El hecho de nacer y el de morir es un derecho que todos tenemos. No se puede considerar dignos o indignos según las circunstancias aleatorias cuando vengan dadas por el interés personal o social. *El ser humano es excepcionalmente digno tanto si nace, vive o muere*. Legalizar la eutanasia demuestra que se busca una falsa razón que contradice la lógica y el sentido común, es una derrota a la auténtica y más profunda racionalidad.

“Por tanto, una acción o una omisión que, de suyo o en la intención, provoca la muerte para suprimir el dolor, constituye un homicidio gravemente contrario a la dignidad de la persona y al respeto del Dios vivo, su Creador. El error de juicio en el que se puede haber caído de buena fe no cambia la naturaleza de este acto homicida, que se ha de rechazar y excluir siempre” (*Catecismo de la Iglesia Católica*, N° 2277).

La eutanasia no se ha de confundir con la sedación terminal. Sigue afirmando el Catecismo de la Iglesia Católica que aunque la muerte se considere inminente, los

*Publicado en *Infocat*, 24.6.2018.

cuidados ordinarios debidos a una persona enferma no pueden ser legítimamente interrumpidos. *El uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme a la dignidad humana si la muerte no es pretendida, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como inevitable.*

Los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad desinteresada. Por esta razón deben considerarse legítimos. La sedación terminal es correcta únicamente cuando se busca mitigar el sufrimiento del enfermo y no cuando la finalidad es acelerarle la muerte. Si la finalidad es acelerar su muerte se trata de eutanasia activa.

Conviene desenmascarar con mucha precisión las razones por las que se quiere colorear de compasión al enfermo terminal utilizando como arma la eutanasia. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la recomendación 1418, aprobada el 25 de junio de 1999, pide que se garantice el acceso de los enfermos terminales a las curas paliativas y recuerda que la eutanasia, incluso si es voluntaria, contraviene el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que afirma que “la muerte no se puede infligir intencionadamente a nadie”. Lo mismo viene a decir la Organización Mundial de la Salud (OMS) en Ginebra en el año 1990. Considera que *con el desarrollo de los métodos modernos de tratamiento paliativo, no es necesaria la legalización de la eutanasia.*

Una sociedad que es respetuosa con la vida desde los inicios, ya en el seno materno, y respetuosa a la hora de la muerte sin anticiparla, es una sociedad humana; lo contrario es inhumano. Nunca se puede justificar la eutanasia por más vueltas que se dé.

MONSEÑOR FRANCISCO PÉREZ GONZÁLEZ*

3. POR QUÉ ME OPONGO A LA EUTANASIA

La palabra “eutanasia” viene del griego y significa “buena muerte”. Sin embargo, su significado real hace referencia a la práctica que consiste en provocar directamente la muerte. Aplicar la eutanasia es contribuir a un suicidio y esto no significa compasión, sino que más bien es colaborar con un crimen.

Pedro Sánchez tiene prisa por radicalizarse, máxime cuando él, antes que nadie, sabe muy bien que, si no se radicaliza, puede perder el apoyo del partido Podemos de Pablo Iglesias, así como de los diferentes grupos separatistas.

Por esa razón, con tal de no perder unos apoyos, cuya falta podría desembocar en una moción de censura, es que trata de sacar los restos de Franco del Valle de los Caídos, así como de que cuanto antes se apruebe una ley que despenalice la eutanasia.

Actualmente depende del apoyo de lectores como tú para seguir defendiendo la cultura de la vida, la familia y las libertades.

*Obispo de Pamplona. Publicado en *Infocat*, 23.7.2018-

Atendiendo a sus raíces etimológicas mediante procedimientos médicos a enfermos terminales con el fin de librarlos a ellos de sufrimientos y a los demás de la carga que supone cuidarlos.

Existen dos clases de eutanasia:

- * La *genésica* que elimina a enfermos y tarados.
- * La *económica* que suprime a viejos, inválidos y dementes.

La eutanasia es otra de las manifestaciones de una cultura de la muerte que, en pleno siglo XXI, parece imposible detenerla. Aquí lo curioso es que quienes la promueven lo hacen con una etiqueta de buena apariencia como es la de ayudar a morir a quien no desea seguir sufriendo.

Lo malo de esto es que, una vez puestos en la pendiente, se va resbalando y cayendo cada vez más bajo hasta llegar a casos aterradoros como podría ser, valga el ejemplo, el caso de un matrimonio joven que pide eliminar a la abuela porque necesita su cama. O también el que ¡algo grotesco! Un hijo desnaturalizado pida a los médicos que aceleren la muerte de su padre para que el funeral pueda celebrarse antes de las vacaciones.

Quienes defienden la eutanasia sostienen que es preferible matar al enfermo para que deje de sufrir, especialmente si es el mismo enfermo quien lo pide. Ni duda cabe que mucho contribuyó a difundir esta mentalidad aquella película titulada “Mar adentro”, protagonizada por Javier Bardem donde se presentaba el caso de un enfermo tetrapléjico que, con plena conciencia, exigía que le matasen.

Es aquí donde la frase *Para que deje de sufrir* hace que nos preguntemos: ¿Quién dejará de sufrir? ¿El enfermo o quienes le cuidan? Es aquí donde se encuentra el meollo de la cuestión porque muchos de quienes, retorciéndose de dolor en su lecho, piden la muerte, lo que en realidad están pidiendo es ser mejor atendidos y –de ser posible– tener ayuda para seguir viviendo.

En muchos casos, pedir la muerte, lo que en realidad significa es una petición de ayuda, comprensión y –por supuesto– cariño.

Resumiendo: Lo que en realidad quiere el enfermo es dejar de sufrir.

El deseo de dejar de sufrir es algo muy comprensible y –dados los nuevos descubrimientos– actualmente no hay sufrimientos insoportables dada la terapia antidolorosa de que hoy dispone la Medicina. Esos dolores que torturan al enfermo pueden ser mitigados por medios lícitos como pudieran serlo los analgésicos.

Aplicar la eutanasia, aunque el enfermo lo pida, es contribuir a un suicidio y esto no significa compasión, sino que más bien es colaborar con un crimen. Una supuesta compasión que puede enmascararse con el deseo de quitarse de encima tanto *una molesta carga* como la ambición de heredarle.

Ahora bien, si se llega a legalizar que un enfermo pueda pedir la muerte... ¿Por qué no va a tener el mismo derecho alguien sano cansado de vivir, quien haya sufrido una decepción amorosa o quien sea víctima de una quiebra económica?

Definitivamente y como al principio dijimos, a menos que ocurra algo extraordinario, la cultura de la muerte parece imparable. Holanda es el país donde se nos muestra el extremo más patético a donde ha llegado la eutanasia.

Según informes recibidos, se ha dado el caso de que, en 1995, se aplicó la eutanasia a más de veinticinco mil personas; sin embargo, lo peor de todo es que en catorce mil de esos casos se aplicó sin conocimiento y –por supuesto– consentimiento del paciente. Esto ha provocado que más de cien mil personas lleven consigo un documento con el cual expresan su oposición a la eutanasia.

Hace algunos años, unos turistas holandeses hicieron la siguiente declaración al periodista Carlos Carrasco: *Dentro de unos años nos vendremos a morir en España porque en Holanda nos matan* (Semana ALBA, 22 al 28 de enero de 2005).

¡Pobres holandeses! Si acaso la eutanasia se legaliza en España... ¿Qué irá a ser de ellos?

Aunque disponga de una mayoría suficiente en el Congreso, el partido gobernante jamás debe legalizar un crimen. La misión de los diputados consiste en legislar con el fin de resolver los problemas que aquejan a la sociedad y cuya solución pide con insistencia la opinión pública.

En estos momentos, la legalización de la eutanasia no es un problema que aqueje a los españoles ni mucho menos la está pidiendo a gritos la mayoría de los ciudadanos. Y aunque, debido a la *deshumanización de la sociedad*, la opinión pública pidiera su legalización, el Estado tampoco podría hacerlo.

Y no podría hacerlo porque el Estado no puede darse a sí mismo el derecho de legalizarla por la razón elemental de que la vida de un inocente es un bien que supera el poder de disposición tanto del individuo como del Estado.

Concluimos diciendo que morir con dignidad no es contribuir a un suicidio ya que quienes a él contribuyen se convierten en asesinos. Morir con dignidad no es morir sin dolores sino más bien aceptando la muerte donde y *cuando Dios lo disponga*.

Y es que, aunque algunos se resistan a reconocerlo, no hay muerte más digna ni más dichosa que la que se acepta en estado de gracia y en paz con Dios después de haber hecho una buena confesión de haber recibido la absolución sacramental.

Por todo eso y mucho más es que me opongo a la eutanasia.

NEMESIO RODRÍGUEZ LOIS*

4. POLÍTICOS Y EUTANASIA

Jesucristo llama hijos del diablo a quienes no creen en Él, son homicidas y no hay verdad en ellos (cf. *Jn* 8, 39-44). ¿Les suena alguien que cumpla las tres condiciones?

El Parlamento español acaba de aprobar, por una muy amplia mayoría (todos menos el PP y UPN), el inicio de *tramitación del Proyecto de Ley que concluirá con la legalización de la eutanasia*. ¿Qué pensar de ello?

El *Catecismo de la Iglesia Católica* nos dice sobre ella: “es moralmente inaceptable... es un acto homicida, que se ha de rechazar y excluir siempre” (Nº 2277)

*Abogado, historiador y periodista. Editorialista de *El Heraldo* de México (1973-2003). Colaborador de varias revistas mexicanas y españolas. Corresponsal en México de la revista *Iglesia-Mundo* (1981-1994). Autor de “La cruzada que forjó una patria” (1976); “Forjadores de México” (1983); “Los mitos del Bicentenario” (2010) e “Isabel la Católica”. Su legado para México (2013).

y “la eutanasia voluntaria, cualesquiera que sean sus formas y motivos, constituye un homicidio. Es gravemente contraria a la dignidad de la persona humana y al respeto del Dios vivo, su Creador” (Nº 2324). Para mí el problema está en que “donde ya no se adora a Dios, donde Él ya no es reconocido como el Señor de la vida y de la muerte, otros usurpan su lugar y ponen en peligro la dignidad humana” (YouCat Nº 353). Esto lo entendí cuando en cierta ocasión una mujer me dijo: “soy sin religión, pero como el ser humano necesita creer en algo, yo en lo que creo es en los horóscopos”. No pude por menos de pensar que cambiar Jesucristo por los horóscopos, no es precisamente una opción afortunada. Y es que, *como decía Chesterton, cuando se deja de creer en Dios, enseñuida se cree en cualquier cosa.*

Pero la falta de sentido común y, con frecuencia, como consecuencia la presencia de la maldad, no es solo a nivel individual, sino también colectivo. *Así vemos cómo en nuestra Sociedad la ideología relativista no distingue el Bien del Mal, la Verdad de la Mentira, a la que llamamos postverdad y nos quedamos tan anchos; lo que ayer era malo, hoy puede ser bueno y al revés.* Al fin y al cabo no hay ningún Ser Supremo por encima del hombre y quien determina lo que ha de hacerse es el Poder. Ya en las tentaciones de Jesucristo una de ellas es la del Poder (Mt 4,8-9; Lc 4,5-8), tentación que actualmente se expresa cuando se lo busca a través del Partido y estamos dispuestos a obedecerle incluso cuando nos pide algo inmoral que va contra la conciencia y el sentido común, como sucede actualmente y no una vez sino muchas.

Recordemos la Ley del aborto, que convierte en derecho lo que, indudablemente, como nos dice la Ciencia y las ecografías, lo que se mata son seres humanos; las leyes de ideología de género, que se oponen directamente al sentido común diciéndonos que soy yo el que decide libremente si quiero ser varón o mujer, la pretensión de destruir el matrimonio y la familia, sin olvidar las aberraciones morales de fomentar el todo vale y la promiscuidad como si ello no tuviese consecuencias en el plano afectivo e incluso de la salud.

De momento lo último es la legalización en fechas próximas de la eutanasia. En este punto es necesario recordar que, como dicen en un reciente documento, nuestros Obispos de la Subcomisión de Familia y Vida y de la Comisión Permanente “nadie es dueño absoluto de la vida. No existe un derecho a disponer arbitrariamente de la propia vida. Por otro lado, no es posible entender la eutanasia y el suicidio asistido como algo que se refiera exclusivamente a la autonomía del individuo, ya que tales acciones implican la participación de otros, en este caso, del personal sanitario. Ya el juramento hipocrático afirma: *no daré ninguna droga letal a nadie, aunque me la pidan, ni sugeriré un tal uso.* La eutanasia es ajena al ejercicio de la Medicina y a las profesiones sanitarias, que siempre se rigen por el axioma de “curar, al menos aliviar y siempre acompañar y consolar”. El artículo 36.3 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial española afirma que “el médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste”.

Aunque la eutanasia en sí es ya un homicidio, la situación se agrava si tenemos en cuenta que en los países donde ya es legal, con frecuencia se practica, como es el caso holandés, con personas que no la desean e incluso están en contra de ella. *El decirnos que va a estar sujeta a controles estrictísimos, es una milonga que no se la cree nadie,* y menos teniendo en cuenta los precedentes. Donde se aprueba la eutanasia, la vida de las personas mayores en los hospitales corre serio peligro.

Aquí en España puede pasarnos, mejor dicho, nos va a pasar lo mismo. *Si voy a un hospital de la Seguridad Social, quiero estar seguro que se va a intentar curarme, no matarme. Si esta ley se aprueba y con la tendencia que hay al deslizamiento estoy seguro que, en poco tiempo, estaremos como en Holanda.* Y no tengo ninguna gana de tener que llevar en mi cartera, como tantos ancianos holandeses, un documento que diga que en caso de enfermedad, no me lleven a un hospital. Personalmente lucharé con todas mis fuerzas contra la eutanasia y no tendré reparo en llamar presuntos criminales a todos los políticos que voten a favor de la eutanasia, porque aunque ellos digan que no es lo que pretenden, de hecho están favoreciendo objetivamente y dando facilidades a mi asesinato y al de los demás ancianos.

Por cierto, Jesucristo llama hijos del diablo a quienes no creen en Él, son homicidas y no hay verdad en ellos (cf. *Juan 8, 39-44*) ¿Les suena alguien que cumpla las tres condiciones?

PEDRO TREVIJANO E.*

5. COMPASIÓN EUTANÁSICA

Allá por 1939, el Tercer Reich desarrolló un plan para el asesinato de enfermos incurables denominado 'Aktion T4'. Varias decenas de miles de alemanes aquejados de enfermedades terminales hallaron así una 'muerte misericordiosa'. Aunque este programa de eutanasia de Hitler ha sido calificado erróneamente como 'prueba piloto' para los campos de exterminio masivo, lo cierto es que fue concebido como un recurso compasivo; pues los jefes nazis consideraban que una vida estragada por el dolor no merecía la pena ser vivida. Para perpetrar estas eutanasias no se solicitaba el consentimiento del enfermo, sino que bastaba con que un 'examen médico crítico' dictaminara que el paciente padecía una enfermedad incurable (y hay que señalar que casi todos los médicos alemanes se adhirieron con entusiasmo a este plan eutanásico). Pero, en lo demás, era un plan que estaba guiado por presupuestos muy similares a los que la sensibilidad contemporánea admite tan tranquila.

Así, por ejemplo, la expresión 'vidas indignas de ser vividas', que el régimen nazi convirtió en muletilla justificadora de sus desmanes eutanásicos, guarda una inquietante proximidad semántica a nuestro 'derecho a una muerte digna'. Hemos aceptado que los padecimientos tornan indigna nuestra vida; cuando lo cierto es que el dolor, la decadencia, el sufrimiento, el menoscabo paulatino de nuestras facultades también forman parte de la vida (y parte tan constitutiva que una vida que no incorporase tales experiencias no merecería, en puridad, el calificativo de humana). Aunque desde algunas tribunas se nos pretenda imbuir la creencia de que la vida es un infinito páramo de bonanzas, lo cierto es que, si hay una circunstancia por encima de cualquier otra que enaltece la vida, es el sufrimiento (como prueba el hecho de que la mayor parte de las más altas creaciones artísticas se hayan producido bajo su influencia). Llamar 'muerte digna' a

*Publicado en *Infocat*, 2.7.2018.

la que uno se administra para evitar el dolor es, en realidad, una expresión muy taimadamente paradójica; y es también una expresión que contribuye a desanimar a quienes, padeciendo alguna enfermedad dolorosa, desean sin embargo seguir viviendo (que es, por otro lado, lo que desea el enfermo que no ha sido infestado por la desesperación). Vemos, pues, que una expresión de apariencia compasiva encubre, en realidad, un meollo de cruel impiedad que desalienta a los enfermos.

Del mismo modo que el plan 'Aktion T4' consideraba que ciertas vidas eran indignas de ser vividas, la sensibilidad contemporánea considera que debe evitarse la 'prolongación innecesaria' de una vida maltrecha. Pero ¿cuáles son los criterios que se esgrimen para determinar que la prolongación de una vida es 'innecesaria'? ¿No acabarán siendo los que convengan a la sensibilidad contemporánea? ¿No podría ocurrir que una sociedad que ya no quiere cuidar de sus viejos en familia y los amontona en residencias de ancianos recurra a la eutanasia para liberarse 'piadosamente' de un problema? ¿No podría ocurrir también que la eutanasia facilite las picarescas de herederos ansiosos, o de gobernantes que desean cuadrar los presupuestos públicos? La única diferencia entre el plan 'Aktion T4' del Tercer Reich y la eutanasia que hoy se pretende imponer legalmente es el consentimiento del paciente. Pero, en realidad, el consentimiento del paciente es casi siempre dudoso. Un enfermo ofuscado por el sufrimiento puede prestar hoy un consentimiento que no prestaría mañana, como sabemos por muchos suicidas frustrados que luego se han arrepentido de una decisión afortunadamente fallida que adoptaron en circunstancias de enajenación pasajera. Y se plantearán muchos casos en los que el paciente no podrá ratificar el consentimiento que prestó en un pomposo 'testamento vital' firmado en otro tiempo. ¿Quiénes lo suplirán entonces? ¿Sus familiares, que en muchos casos tendrán también cegada la capacidad de discernimiento, incapaces de soportar la postración del ser querido (o, por el contrario, deseosos de quitárselo de encima, para no tener que sufrirlo más o ahorrarse el pago de la residencia)? ¿O tal vez los médicos cada vez más agobiados por las circunstancias penosas en que desarrollan su trabajo, cada vez más acuciados por la necesidad de dejar camas libres en los hospitales? ¿O, en último extremo, el Estado asfixiado por la insostenibilidad creciente de las pensiones?

Con razón nos advertía Cicerón que, entre todas las formas de pervertir el Derecho, la más alevosa es la que se envuelve con argumentos compasivos.

JUAN MANUEL DE PRADA*

6. DECLARACIÓN DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA: NO EXISTE UN DERECHO A DISPONER ARBITRARIAMENTE DE LA PROPIA VIDA

La Subcomisión Episcopal de Familia y Vida de la Conferencia Episcopal Española ha publicado una nota condenando las iniciativas legales para despenalizar la eutanasia.

*Publicado en *Portaluz*, 14.7.2018.

Los obispos recuerdan que el mandamiento “no matarás” afecta no solo a las acciones sobre el prójimo sino a la propia vida, por lo que la Iglesia siempre ha sostenido que la eutanasia es una grave violación de la ley de Dios.

Se da además la circunstancia de que en la eutanasia no solo interviene la persona que quiere morir, sino el personal médico que le ayuda a poner fin a su vida. En ese sentido, recuerdan que el juramento hipocrático incluye esta cláusula: “no daré ninguna droga letal a nadie, aunque me la pidan, ni sugeriré un tal uso”.

Los prelados abogan por mejorar los cuidados paliativos, sobre los cuales no hay una legislación nacional.

Nota de la Subcomisión Episcopal de Familia y Vida de la Conferencia Episcopal Española ante las iniciativas legislativas sobre la eutanasia y el suicidio asistido:

1. *El mandamiento “no matarás” se encuentra en el fundamento de toda ética verdaderamente humana y, de modo particular, en la tradición cristiana. “Explícitamente, el precepto “no matarás” tiene un fuerte contenido negativo: indica el límite que nunca puede ser transgredido. Implícitamente, sin embargo, conduce a una actitud positiva de respeto absoluto por la vida, ayudando a promoverla y a progresar por el camino del amor que se da, acoge y sirve” (Evangelium Vitae, 54).*
2. *La eutanasia y el suicidio asistido son presentados hoy por algunos como respuestas viables y aceptables al problema del dolor y del sufrimiento. Como afirma Benedicto XVI, “es cierto que debemos hacer todo lo posible para superar el sufrimiento, pero extirparlo del mundo por completo no está en nuestras manos, simplemente porque no podemos desprendernos de nuestra limitación, y porque ninguno de nosotros es capaz de eliminar el poder del mal, de la culpa, que –lo vemos– es una fuente continua de sufrimiento” (Spe Salvi, 3).*
3. *Ante las diversas iniciativas legislativas presentadas en el Congreso de los Diputados sobre la eutanasia y el suicidio asistido, debemos recordar que la eutanasia en sentido verdadero y propio se debe entender como una acción u omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor. La Iglesia siempre ha considerado la eutanasia como un mal moral y un atentado a la dignidad de la persona. San Juan Pablo II afirmaba que “de acuerdo con el Magisterio de mis predecesores y en comunión con los obispos de la Iglesia católica, confirmo que la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios, en cuanto eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una persona humana” (Evangelium Vitae, 65).*
4. *La proposición de ley defiende una absolutización del principio de autonomía y de la pura subjetividad como criterios fundamentales de la decisión. A este respecto, es necesario señalar que nadie es dueño absoluto de la vida. No existe un derecho a disponer arbitrariamente de la propia vida. Las decisiones terapéuticas tienen su raíz en los conocimientos de la Medicina basada en la evidencia.*
5. *Por otro lado, no es posible entender la eutanasia y el suicidio asistido como algo que se refiera exclusivamente a la autonomía del individuo, ya que tales acciones implican la participación de otros, en este caso, del personal*

sanitario. Ya el juramento hipocrático afirma: “no daré ninguna droga letal a nadie, aunque me la pidan, ni sugeriré un tal uso”. La eutanasia es ajena al ejercicio de la Medicina y a las profesiones sanitarias, que siempre se rigen por el axioma de “curar, al menos aliviar y siempre acompañar y consolar”. El artículo 36.3 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial española afirma que “el médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste”. A este respecto, el Papa Francisco afirma: “no siempre se puede garantizar la curación de la enfermedad, a la persona que vive debemos y podemos cuidarla siempre: sin acortar su vida nosotros mismos, pero también sin ensañarnos inútilmente contra su muerte. En esta línea se mueve la medicina paliativa que reviste también una gran importancia en ámbito cultural, esforzándose por combatir todo lo que hace la muerte más angustiada y llena de sufrimiento, es decir, el dolor y la soledad” (*Mensaje del Papa Francisco al Presidente de la Academia Pontificia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la “World Medical Association”, Roma, noviembre 2017*).

6. También es necesario reconocer que *la eutanasia y el suicidio asistido conciernen al conjunto de la sociedad y sus instituciones*. En el pensamiento que subyace a la proposición de ley, el ser humano aparece como aislado de los demás, y la sociedad no es considerada como un tejido de interacciones humanas, sino como mero ámbito en el que existe una libertad absoluta de los individuos encerrados en sí mismos sin ninguna referencia a los otros. *Ante esta concepción, es necesario resaltar que el ser humano es un ser con los otros y para los otros. Este es el fundamento último de la sociedad*. Y en este contexto, el Estado tiene la obligación de proteger la vida de todos los ciudadanos.
7. *Lo que realmente demandan los enfermos y sus familias es la ayuda para asumir los problemas y las dificultades personales y familiares que se suelen presentar en los últimos momentos de la vida. El tratamiento del dolor y el abordaje del sufrimiento, el control de efectos secundarios y colaterales, la mejora de la calidad de vida y de la autonomía del paciente, la ayuda a las familias en estas situaciones, el morir en compañía de los seres queridos, con la asistencia espiritual y sacramental, y otros muchos aspectos importantes, son los elementos reiteradamente demandados. Y estos elementos son precisamente los que configuran lo que conocemos como cuidados paliativos. Es llamativo que se quiera proponer una ley de eutanasia cuando no se ha legislado a nivel estatal sobre la instauración de los cuidados paliativos, así como la necesaria formación reglada de esta disciplina de altísimo valor científico y ético en el ámbito universitario y sanitario. Son precisamente estos cuidados los que son demandados ampliamente por la sociedad y por los profesionales sanitarios en particular.*
8. *Todo ser humano es un don que refleja el rostro de Dios y que merece acogida, protección, respeto y amor. “Cada vez que lo hicisteis con uno de estos mis hermanos más pequeños, conmigo lo hicisteis” (Mt 25, 40). Es lo que el Papa Francisco ha denominado “el gran protocolo” (Gaudete et exultate, 95).*

En este mes de mayo nos acogemos al cuidado materno de la Virgen María, salud de los enfermos.

Madrid, 21 de mayo de 2018

† MARIO ICETA GABICAGOGEASCOA, obispo de Bilbao y presidente
† FRANCISCO GIL HELLÍN, arzobispo emérito de Burgos
† JUAN ANTONIO REIG PLA, obispo de Alcalá de Henares
† JOSÉ MAZUELOS PÉREZ, obispo de Asidonia-Jerez
† JUAN ANTONIO AZNÁREZ COBO, obispo auxiliar de Pamplona y Tudela*

7. REFLEXIÓN SOBRE LAS LEYES DE INGENIERÍA SOCIAL

Mons. Braulio Rodríguez, arzobispo de Toledo y Primado de España, reflexiona en su carta semanal sobre la eutanasia y otros proyectos de ley. Cree que el poder sabe que “ya están las masas humanas lo suficientemente drogadas, para solo pedir pan y circo”.

(*InfoCatólica*). El Primado de España cree que la batalla por la verdad en la arena política está perdida, porque en la misma solo está en juego el poder y el marketing. Aun así, la Iglesia “no puede renunciar a servir a la razón y al amor”.

CARTA DEL ARZOBISPO DE TOLEDO, MONS. BRAULIO RODRÍGUEZ

“Es probablemente *muy ingenuo esperar que en un debate político se pueda introducir una razonable medida de razón*”. Son palabras de un obispo amigo mío. Creo que son palabras muy ciertas. Sin embargo, en radio y televisión crecen este tipo de debates. ¿Y qué pretenden, aparte de llenar tiempo y espacio? Hay una parte de mi persona, tal vez la más crítica y negativa, que me dice: *Nada hay en esos debates salvo juegos, poder y marketing*. De manera que, aunque parezca exagerado, concuerdo con mi amigo que, en realidad, el debate político ya no existe.

Pero, en esa reflexión sobre los “debates”, *es también verdad que la Iglesia no puede renunciar a servir a la razón y al amor* a la realidad en tantas cuestiones que se debaten no a fondo, porque están cargadas de ideología y no se busca lo que verdaderamente interesa al ser humano. ¿Ponemos un ejemplo? *La introducción de un proyecto de ley sobre la eutanasia en el Parlamento, de rabiosa actualidad. Según mi amigo obispo, ésta pertenece a ese tiempo de cuestiones “virales”, donde, como en las guerras, la primera víctima es la verdad. La verdad, y la razón como vía de acceso a ella.*

Se presenta dicha ley como un derecho más del ser humano. Interesante, ¿verdad? Pero ¿es así realmente? Yo no me lo creo. El proyecto de ley está lanzado justo antes del verano, *utilizando en su retórica falsamente negativa motivos tan poderosos como el ahorro en gastos médicos y de seguridad social*. Pero no quisiera que en mis palabras se reflejara solo una valoración moral negativa de este proyecto de ley.

*Publicado en *Infocat*, 21.5.2018.

Como en otras cuestiones, por ejemplo, la ideología de género, el nacionalismo y otras, lo que se hace es desalentar a las personas que quieran recurrir a la inteligencia para entender las razones de dicho proyecto de ley. Me explico: para justificar la eutanasia, también desde hace mucho tiempo, se pone en marcha todos los recursos del poder: desde el cine y la televisión y todos los demás aparatos de la propaganda. No ha sido colocada en el Parlamento este proyecto de ley por casualidad; se ha escogido el momento. Ya están las masas humanas lo suficientemente drogadas, para solo pedir pan y circo. Tal vez ya no seamos capaces de ver y apreciar una vida sana y bella, razonable, capaz de justificar adecuadamente los sacrificios del amor, cuando la persona amada está enferma. Ya sabemos cómo se han introducido en España otros “nuevos derechos”, en el pasado reciente.

*Mi amigo obispo dice que, de entrada, da él la batalla política y cultural por perdida, al menos, a corto y a medio plazo, entre otras cosas porque él no está en la batalla política de los partidos. Y le entiendo porque yo también pienso que la vida humana no cotiza en bolsa, por lo menos desde la Primera Guerra Mundial; y que estamos en un mundo que tolera sin rechistar la destrucción de Libia, de Siria e Irak o de grandes partes de África. Pero luego nos sorprendemos de la muerte de refugiados en el Mediterráneo, con mucho emotivismo, pero sin hacer los gobiernos nada por solucionar el problema *in situ*, en los lugares donde uno se muere de hambre y hace cualquier cosa para salir de allí. Quienes son capaces de “tan heroicas hazañas”, tal vez tienen poder como para ganar todavía muchas batallas, como la de la eutanasia. Yo espero que no ganen la guerra, porque esta la gana quien ama. Y aprobar una ley de la eutanasia no es amar al ser humano y el misterio de su vida.*

Pero hay que decir que esa visión del ser humano, que está detrás del proyecto de ley, es burguesa por los cuatros costados, que ha hecho del “bienestar”, del confort el dios definitivo. Tal vez es duro oír que la política de promoción de la eutanasia es un modo de reducir los costos de la Seguridad Social. Pero es verdad. Además, la política que fomenta la eutanasia es una política capitalista, utilitaria, la sostengan grupos políticos de centro, de izquierda o de derecha. Es capitalismo sin más. Y dejo claro que no soy partidario del encarnizamiento terapéutico, pero sí de los cuidados paliativos.

† BRAULIO RODRÍGUEZ PLAZA* **

*Arzobispo de Toledo, Primado de España. Publicado en *Infocat*, 18.7.2018.

**Valga señalar como noticias una Victoria pro-vida.

Juez rechaza la demanda de Nueva York contra activistas pro-vida

La demanda federal, presentada en junio de 2017, acusó a los consejeros pro-vida que ofrecen información sobre las alternativas que afirman la vida de las mujeres vinculadas al aborto, con “un patrón semanal de actividad amenazante, obstructiva y violenta”.

Una juez federal en Nueva York ha dado una victoria para los abogados de la Sociedad Thomas More, y un grupo de pacíficos defensores de la vida en una demanda de hostigamiento sin fundamento presentada en su contra por el ex Nuevo Fiscal General Eric Schneiderman.

Un Memorando y una Orden emitida el 20 de julio de 2018 por la Jueza de Distrito de los Estados Unidos Carol Bagley Amon en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos. Distrito Este de Nueva York ha denegado una solicitud de un mandato judicial por parte del estado en *People versus Griep et al.*

La demanda federal, presentada en junio de 2017, acusó a los consejeros pro-vida que ofrecen información sobre las alternativas a las mujeres que consideran el aborto, con “un patrón semanal de actividad amenazante, obstructiva y violenta”. Los cargos fueron presentados a pesar de *falta de pruebas* de alguna de las supuestas amenazas o acoso que la acusación había afirmado ocurrieron fuera de la instalación de aborto de Choices Medical Clinic en Jamaica, Queens.

El ex Fiscal General Schneiderman justificó sus reclamos en virtud de la Ley federal de acceso a las entradas a la clínica, o Ley FACE. Schneiderman *había solicitado un mandato judicial preliminar y permanente, daños compensatorios y sanciones monetarias* adicionales contra los defensores de la vida.

El asesor especial de Thomas More Society, Martin Cannon, quien representó a diez consejeros de banquetas que son miembros de Church @ TheRock en Brooklyn, Nueva York, explicó los problemas con el caso de Schneiderman. “La Ley FACE específicamente exime de sus prohibiciones a la defensa protegida por la Constitución. La jueza de distrito de los Estados Unidos, Carol Bagley Amon, estuvo de acuerdo. Después de un juicio de tres semanas sobre la orden judicial preliminar, emitió una opinión de 103 páginas, rechazando sistemáticamente la credibilidad de los testigos del estado, los méritos de los argumentos del estado y la solicitud de la medida cautelar en sí misma”.

Kenneth Griep, pastor principal de Church @TheRock y uno de los acusados en la demanda, declaró: “*Agradecemos al Señor* que nuestro trabajo de defensa de vida aconsejando a las mujeres que consideran el aborto fuera confirmado en una corte federal. Como cristianos que buscan honrar a Jesús, como Él, *continuaremos ofreciendo compasión a aquellos que ven el aborto como la única forma de salir de un embarazo inesperado.* Dijimos desde el principio que los cargos en nuestra contra no tenían fundamento y eran una ofensa a la Primera Enmienda. Agradecemos la opinión reflexiva y detallada de la corte que reivindica nuestros derechos. Hablo en nombre de todos los consejeros de acera pro-vida de Church @ TheRock cuando digo que también estamos agradecidos por la magnífica y comprometida representación que hemos recibido de los abogados de la Sociedad Thomas More” (Publicado en *Infocat*, 22.7.2018).

LUEGO DE UN ACALORADO DEBATE ES RECHAZADA LA EUTANASIA POR FINLANDIA

El Parlamento finlandés votó 128 votos a favor y 60 en contra de una iniciativa sobre el tema a principios de este mes.

Un intento de legalizar la eutanasia ha sido rotundamente derrotado en Finlandia.

El Parlamento finlandés votó *128 votos a favor y 60 en contra* de una iniciativa sobre el tema a principios de este mes. Pero los legisladores acordaron llevar a cabo una investigación exhaustiva sobre la *atención al final de la vida*.

La medida habría permitido la eutanasia para las personas que sufren de una “enfermedad fatal incurable”, con la muerte “probable que ocurra en el futuro cercano”.

También rechazada en la isla de Guernsey.

La semana pasada el suicidio asistido también *fue rechazado en los estados de Guernsey*. Los diputados en la isla votaron en contra de buscar la legalización de la práctica, luego de un apasionado debate de tres días.

Sin embargo, una oferta para investigar “*medidas necesarias para mejorar la calidad de vida y los resultados de salud para todos los isleños hacia el final de sus vidas*” fue aprobada por 37-1 (Publicado en *Infocat*, 2.6.2018).

También según un estudio belga en Flandes el 10% de los pacientes con cáncer han sido muertos por eutanasia, algunos sin consentimiento

El estudio, publicado en *The British Journal of Cancer*, se basó en un cuestionario enviado a los médicos flamencos que habían certificado una muestra representativa de todas las muertes en Flandes.

Una encuesta de decisiones sobre el final de la vida entre pacientes de Flandes con cáncer ha encontrado que más de una de cada 10 muertes (10,4%) fueron por eutanasia o por suicidio asistido por parte de un médico.

El estudio, publicado en *The British Journal of Cancer*, se basó en un cuestionario enviado a los médicos flamencos que habían certificado una muestra representativa de todas las muertes en Flandes. Se preguntó a los médicos si, en el caso de una muerte no repentina o inesperada, habían: 1) retirado o retirado el tratamiento médico que prolongaba la vida, 2) intensificaban el alivio del dolor y / u otros síntomas con medicamentos con la posibilidad de acelerar la muerte; o (3) medicamentos administrados, suministrados o recetados con la intención explícita de acelerar la muerte.

Alta tasa de eutanasia:

El informe dice que “más de una de cada 10 muertes (10,4%) fueron por eutanasia o suicidio asistido por un médico, lo cual es un aumento considerable en el 5,6% de todas las muertes por cáncer registradas en 2007 y sustancialmente más altas que la tasa general de 4,6% grabado en 2013”. También señala que “esta alta tasa de muerte asistida es notoria en todos los grupos de cáncer” (que oscila entre el 8,7% para el cáncer genitourinario y el 12,6% para el respiratorio), y que no difiere significativamente entre los tipos de cáncer.

Asesinato sin consentimiento:

Quizás el aspecto más preocupante del informe es el hallazgo de que “la administración de medicamentos con la intención explícita de acelerar la muerte (actos de acortamiento de la vida) sin la solicitud explícita del paciente ocurrió en el 1,8% (1,0-3,4%) de los casos por muertes por cáncer durante el período estudiado. Los autores descartan la idea de la “pendiente resbaladiza” con respecto a esta evidencia de pacientes asesinados sin consentimiento, diciendo: “no se han encontrado pruebas claras que respalden este temor. En Bélgica y Holanda, donde la eutanasia ha sido legal para muchos años, la proporción de muertes en las que se utilizaron medicamentos sin una solicitud explícita del paciente no ha aumentado desde la legalización”.

¿Que esta pasando?:

También sugieren que muchos casos de actos de acortamiento de la vida realizados sin el consentimiento del paciente pueden realizarse por medio de la administración de opioides para el tratamiento del dolor y los síntomas, en lugar de la eutanasia deliberada, a pesar de la referencia a la intención explícita de acelerar la muerte. “La práctica de usar drogas que ponen fin a la vida sin solicitud explícita del paciente puede en realidad ser más similar al alivio intensificado del dolor con un “doble efecto” que a la terminación no voluntaria de la vida”. Sin embargo, esto es, en el mejor de los casos, confuso, cuando *el estudio tenía una categoría separada para los medicamentos para el dolor de los que aceleraban la muerte*. Además, los autores continúan diciendo que “la toma de decisiones [en todas las decisiones de acortamiento de la vida] se llevó a cabo *sin la participación del paciente en casi el 20% de los casos*”. Admiten que esto no es ético, y dicen que “de acuerdo con el principio ético de la autonomía del paciente, todas las decisiones que posiblemente acortan la vida deben discutirse con el paciente, a menos que él o ella haya dicho explícitamente lo contrario” (Publicado en *Infocat*, 14.4.2018).

II. VIDA Y LIBERTAD RELIGIOSA

1. EL AÑO PASADO SOBREVIVIERON 13 BEBÉS. DINAMARCA ALARDEÓ QUE MATÓ AL 98% DE LOS BEBÉS CON SÍNDROME DE DOWN EN ABORTOS

En 2014, el gobierno danés informó que el 98 por ciento de los bebés por nacer que dieron positivo para el síndrome de Down fueron abortados.

Más familias eligieron la vida para sus bebés por nacer con síndrome de Down el año pasado en Dinamarca, ya que los defensores pro-vida *aumentaron la conciencia* sobre la difícil situación de los bebés por nacer con discapacidad.

En los últimos años, los líderes daneses han promocionado el hecho de que *casi todos los bebés por nacer diagnosticados con síndrome de Down en su país fueron abortados*.

Sin embargo, una mayor conciencia sobre el aborto y su enfoque discriminatorio hacia los niños con discapacidades puede estar cambiando los corazones y las mentes.

Olav Bjørn Petersen, médico del Hospital Universitario de Aarhus en Dinamarca, dijo a BT Metro que los equipos médicos están *adoptando un enfoque más positivo* cuando aconsejan a los padres de bebés por nacer con síndrome de Down. Él dijo que a menudo se anima a los padres a que visiten a las familias de niños con síndrome de Down antes de tomar una decisión final sobre el aborto.

“Es difícil decir algo preciso al respecto sin haber hablado con las familias involucradas, pero por alguna razón tenemos una cooperación más estrecha con la asociación nacional para SD [Síndrome Landsforeningen Downs] en los últimos cuatro años”, dijo Petersen.

Grete Fält-Hansen, la subdirectora del Landsforeningen Downs Syndrom, estuvo de acuerdo y dijo al medio de comunicación: “Antes, vimos un enfoque unilateral sobre lo que los niños se arriesgarían a sufrir, como problemas cardíacos. Pero hoy hay un enfoque más matizado y, sobre todo, una actualización de la información que se proporciona a las parejas embarazadas”.

CONTEXTO DE LA SITUACIÓN

En Dinamarca, *los abortos son legales por cualquier motivo hasta las 12 semanas*, pero los bebés por nacer diagnosticados con trastornos físicos o mentales graves pueden ser abortados *más allá de la marca de 12 semanas*.

Cerca de Islandia, casi el 100 por ciento de los bebés por nacer con síndrome de Down son abortados. CBS informa que la tasa en Francia fue del 77% en 2015, 90% en el Reino Unido y 67% en los Estados Unidos entre 1995 y 2011. Algunos ponen la tasa tan alta como 90% en los Estados Unidos, pero es difícil determinar el número exacto porque el gobierno de los Estados Unidos no mantiene estadísticas detalladas sobre el aborto.

Esta *discriminación masiva* contra bebés por nacer con discapacidades ha llevado a algunos estados de los Estados Unidos a aprobar leyes que prohíben los

abortos en bebés por nacer con discapacidades. Ohio, Indiana y Dakota del Norte también prohíben abortar bebés por nacer basados únicamente en el diagnóstico de síndrome de Down. Sin embargo, Planned Parenthood está desafiando estas leyes en la corte.

Los padres cuyos bebés aún no han nacido y que tienen síndrome de Down u otras discapacidades con frecuencia informan que *se sienten presionados para abortar*. En 2016, una carta de una madre de Florida a su médico se volvió viral después de que expuso cómo el médico la presionó para abortar a su hija no nata con síndrome de Down. Courtney Baker dijo que quería que su antiguo doctor viera lo valiosa que es la vida de su hija.

La investigación publicada en la Revista de la Asociación Médica Estadounidense sugiere que muchas mujeres no reciben asesoramiento adecuado sobre las pruebas prenatales para el síndrome de Down y otros trastornos*.

2. EL GOBIERNO BRITÁNICO PERMITIRÁ LUCIR SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL TRABAJO

La Ministra de Igualdad del Reino Unido ha anunciado que habrá una nueva normativa gubernamental por la que se permitirá a los trabajadores llevar símbolos religiosos en su trabajo.

Doce años después de que el caso de *Nadia Eweida* llamara la atención de la opinión pública mundial por haber sido despedida de la aerolínea British Airways por llevar al cuello una cruz que se negó a cubrir con su uniforme, la Ministra de Igualdad del Reino Unido, Victoria Atkins anunció que publicará una nueva norma gubernamental que admitirá el derecho de los trabajadores a llevar símbolos religiosos que no interfieran con su trabajo.

El anuncio fue providencialmente realizado el pasado 13 de mayo, cuando la Iglesia Católica conmemoraba la fiesta de Nuestra Señora de Fátima. Según informó National Catholic Register, la regulación dirá textualmente: “Los empleadores deberían ser flexibles y no establecer códigos de vestuario que prohíban símbolos religiosos que no interfieren con el trabajo de un empleado”.

A pesar de parecer una materia sencilla, y de acuerdo a la realidad de muchos países, un asunto de sentido común, en realidad Eweida perdió en Inglaterra la batalla jurídica que emprendió en su momento en contra de la aerolínea. En 2008, un tribunal de empleos negó su solicitud de demanda por discriminación religiosa, posición que fue ratificada por una Corte de Apelaciones en 2010. La Corte Suprema de Reino Unido no quiso estudiar el caso y solo la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo decidió a su favor en enero de 2013. Se requirieron cinco años para que su caso permita un cambio normativo en Inglaterra.

*Publicado en *Infocat*, 11.8.2018. Se debe señalar que en Islandia se matan antes de nacer a todos los niños que presentan este síndrome.

“La cruz de la señora Eweida era discreta y no podría haber hecho un detrimento de su apariencia profesional”, estableció la Corte europea. “No había evidencia de que el llevar otros objetos de vestimenta religiosa previamente autorizados como los turbantes y las hijabs por otros empleados haya tenido ningún impacto negativo sobre la marca o imagen de British Airways”. La sentencia del tribunal europeo impuso una indemnización de dos mil euros por los daños ocasionados a Eweida y además una retribución de treinta mil euros por los costos legales.

El caso de Nadia Eweida fue financiado a través de la ONG Alliance Defending Freedom International, que destacó el éxito ante la Corte europea a través de su consejero legal, Paul Coleman: “Esto es verdaderamente histórico ya que es la primera vez que el Reino Unido ha perdido un caso de libertad religiosa ante una Corte Europea de Derechos Humanos. Estamos complacidos de que la Corte haya reconocido que los empleados no deben ser discriminados sobre la base de su fe cristiana”*.

*Publicado en *Infocat*, 21.6.2018. Por su interés se da noticia del fallo del Tribunal de Estrasburgo:

El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo ha fallado a favor de una empleada cristiana de British Airways a quien la compañía le prohibió llevar un crucifijo en el cuello en su puesto de trabajo en el aeropuerto londinense de Heathrow porque perjudicaba a la imagen de marca de la aerolínea. El Tribunal europeo sentencia que se violó el derecho a la libertad de religión de la empleada británica.

Los magistrados entienden que los tribunales británicos no respetaron un “justo equilibrio entre, por un lado, el deseo de la demandante de manifestar su fe y poder comunicársela a los demás, y, por otro lado, el deseo de su empleador de conducir una imagen de marca precisa”.

La sentencia destaca que otros empleados de British Airways “recibieron autorización para llevar vestimentas religiosas” como turbantes o velos “sin ningún efecto negativo sobre la imagen de marca y la reputación de esa compañía”.

El Reino Unido deberá indemnizar a la demandante Nadia Eweida, de 61 años, con 2.000 euros por daños morales y 30.000 euros por los costes del proceso al entender que existió una violación del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referente a la libertad de religión.

Eweida había librado desde 2006 una batalla legal contra la aerolínea, que llegó a ofrecerle un nuevo cargo en el que no tenía que ir uniformada y podía llevar la cruz, y que en 2009 modificó su reglamento para permitir que sus empleados lucieran ese tipo de símbolos.

La mujer rechazó, sin embargo, el ofrecimiento, así como la oferta de 11.500 euros por parte de la compañía para resolver el pleito al margen de los tribunales (Publicado el 15.1.2013 en *Infocat*)

III. RECTIFICANDO LA HISTORIA

1. LA HISTORIA INVISIBLE DE ESTADOS UNIDOS

La primera ciudad fundada en territorio de lo que hoy es EE.UU. es San Juan de los Caballeros en 1598, no Jamestown en Virginia en 1607, que es lo que se estudia en los libros de texto.

Aquel año Juan de Oñate, un mexicano de origen vasco –en aquellos tiempos los vascos no tenían que nacer en las Vascongadas sino donde les daba la gana– organizó una expedición hacia el norte de México. Le hubiera dado un aire de perlesía al corajudo Oñate si alguien le hubiera explicado que cuatro siglos después un grupo de paisanos suyos llegaría a estar tan absolutamente desvasquizado que querrían dejar de ser españoles, tras haber poblado Las Merindades e inventado el castellano a fuerza de hablar empleando solo cinco vocales. La perlesía se hubiera agravado considerablemente si Oñate, cuyo liberalismo geográfico le llevó no solo a nacer en México sino a morir en Sevilla, se enterara de que esos que dicen llamarse vascos pero solo son nacionalistas de vía estrecha –es un pleonismo, solo admiten la vía estrecha– han concebido unos pasaportes que dividen a la gente en vascos de primera y de segunda. A Oñate le toca ser de segunda para estos aventajados discípulos del racista Arana, y no digamos el problema con los ocho apellidos que hubiera tenido su esposa, doña Isabel de Tolosa Cortés de Moctezuma. Ni qué decir tiene que Oñate era de primera en todo y los que hayan nacido mentalmente en segunda –la endogamia, para las neuronas, es muy mala– hacen bien en no igualarse con él.

Cuando las Trece Colonias se independizan abarcan 162.000 kilómetros cuadrados. En 1948 EE.UU. tiene 9 millones de kilómetros cuadrados. De ellos, 2 millones han sido antes territorio español, concretamente novohispano, o sea, mexicano. Si a esto sumamos la Luisiana, Florida, etc., resulta que más de un tercio del territorio estadounidense tiene un pasado español.

Cuando comienza la expansión de las Trece Colonias se impone la idea de que el blanco protestante, el WASP (*White Anglo-Saxon Protestant*) conquista territorios vírgenes, regiones en las que habitan únicamente pieles rojas y que estos son unos seres salvajes, meramente depredadores. El western contribuye poderosamente a ello. Esta imagen –porque es una imagen– de las familias en sus carretas ha prevalecido y anulado todas las demás, pues para eso se fabricó, para oponerse a otra imagen, también construida con empeño, de duros conquistadores españoles que, violando indias y azuzando perros, destrozan primorosos edenés indígenas.

Pero en más de un tercio del territorio conquistado por EE.UU. no era desconocido el hombre blanco. Había llegado antes, había fundado ciudades y, en general, iba integrando a las poblaciones indígenas, sin aniquilarlas y sin confinarlas en reservas, auténticos campos de concentración donde murieron por millares. Sí, hubo un genocidio indígena pero no ocurrió en Hispanoamérica sino en Usamérica.

La historia hispano-mestiza, la que habla español en EE.UU. y no por emigración, no ha tenido derecho a la visibilidad. Su presencia en los libros de texto es inexistente o ridícula. Y esto tiene un motivo: los siglos hispanos de más de diez

estados, un territorio gigantesco, contradicen o directamente invalidan la versión WASP de la creación de EE.UU. Desde Bernardo de Gálvez, que encabezó el desfile con que se celebró la independencia junto a Washington, a las columnas del dólar que son las de Hércules, que son las del escudo de España, EE.UU. lleva en sus cimientos una parte no pequeña del extinto Imperio español.

Los Reyes de España van a visitar San Antonio (Texas) y Nueva Orleans (Luisiana) con motivos de los 300 años de la fundación de estas ciudades. Es una muy buena noticia. Porque es de justicia sacar del olvido lo que ha sido sepultado por la desidia de los hijos de ese Imperio a un lado y otro del Atlántico y por un hundimiento que fue, por encima de todo, moral.

La ciudad de San Antonio creció a partir de las misiones franciscanas fundadas por fray Antonio de Olivares (Moguer, 1630-Querétaro, 1722) en tiempos del virrey Baltasar de Zúñiga y Guzmán (Béjar, 1658-Madrid, 1727). En 1716 el virrey Zúñiga aprueba la construcción que no comenzará hasta 1718. La estructura de la misión es compleja. Por una parte está la Misión de San Antonio de Valero (El Álamo), y el Presidio (destacamento militar) de San Antonio de Bexar (Béjar), y por otra, el puente que tiene que conectar ambos y finalmente la gran acequia Madre de Valero, que es un canal de riego para la agricultura. Cuando fray Antonio de Olivares intenta convencer al virrey para que autorice la construcción, le explica que hay que mandar familias expertas en artes útiles e industrias *“para enseñar a los indios todo lo que se debe exigir para que sean útiles y ciudadanos capaces”* (Adina de Zabala, *History and Legends of the Alamo and Other Missions in and around San Antonio*, San Antonio (Texas), 1917). Como se ve el plan inmediato era no aniquilar a los indios o llevarlos a una reserva para que allí acabaran sus días sin hacer ruido a base de desesperación y malos alimentos.

En este asentamiento se acogieron las tribus jamrame, payaya y pamaya. En la década de los 30 del siglo XVIII llegó a tener 900 habitantes, de los cuales 600 eran indios. Tras una devastadora epidemia de viruela, la población se recuperó con la incorporación de 500 indios, casi todos coahuiltecos, que huían de los apaches, que a su vez huían de los comanches. Hoy San Antonio tiene más de 1.300.000 habitantes y es la séptima ciudad más poblada de EE.UU. y la segunda de Texas.

Distinta es la historia de Nueva Orleans, que fue fundada por franceses en 1718 con el nombre de La Nouvelle-Orléans. En 1763, por el Tratado de París, Francia cedió el territorio de la Luisiana al Imperio español y esta se convierte en una provincia de la capitanía general de Cuba. La ciudad tiene en este momento poco más de 2000 habitantes, que en tiempos del gobernador O'Reilly, unos diez años después, se habían duplicado, fundamentalmente con migración procedente del Caribe español. Después vino Bernardo de Gálvez, que se casó allí con una criolla francesa, Felicité de Saint Maxent. La administración española cuidó mucho sus relaciones con la población de origen francés y a la ciudad en sí. Tras dos incendios devastadores en 1788 y 1794, el Cabildo impuso por ley la construcción en ladrillo y no en madera, y así floreció una ciudad nueva, espectacularmente hermosa que puede visitarse todavía. Se levantaron también en este tiempo la Plaza de Armas, la catedral, el edificio del Cabildo, el presbiterio y hermosas viviendas con airosas balconadas. Los españoles y su secular manía constructiva: un clásico. El llamado Barrio francés se levantó bajo administración española.

La Luisiana fue vendida por Napoleón a EE.UU. por 23 millones de dólares en 1803, cuando el corso decidió romper unilateralmente el acuerdo vigente. El Imperio español, ya moribundo, no reaccionó. Hubiera supuesto declarar la guerra a Napoleón y a EE.UU. al mismo tiempo. Lo que entonces era la Luisiana no es el estado que hoy lleva ese nombre. Incluía además Arkansas, Misuri, Kansas, Minnesota, Nebraska, Iowa y Oklahoma, casi toda Dakota del Sur, y partes de Dakota del Norte, Nuevo México, Montana, Wyoming y Colorado. En total, unos 2.150.000 kilómetros cuadrados.

Hoy la bellísima Nueva Orleans intenta recuperarse de la destrucción que provocó el huracán Katrina que arrasó la ciudad en 2005 y la hizo perder casi la mitad de sus habitantes. Emigraron y no han vuelto la población de origen hispano que mantenía el idioma desde el siglo XVIII.

El Imperio español no es de España, ni antes ni ahora. Recuperar la memoria y el legado de ese Imperio es casi una tarea universal, también estadounidense. Ningún poder constituido ha dejado más lugares declarados Patrimonio de la Humanidad en el ancho mundo. La presencia de los Reyes de España en estos lugares debería servir para esto.

MARÍA ELVIRA ROCA*

IV. DEFENSA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. DEFENSA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con respecto a la curiosa imputación de ser el T.C. un órgano “contramayoritario”, esta expresión resulta absurda. Ella significa ir contra la mayoría; y el T.C. es designado por dos órganos que representan a la mayoría –el P. de la R. y el Congreso– y por un tercero ajeno al juego de mayorías y minorías.

El Excmo. Tribunal Constitucional (T.C.) ha venido siendo objeto de agudas críticas por su diseño institucional; por su hipotética politización; por ser “contramayoritario”; y por frenar –sin respaldo electoral– la función del Poder Legislativo a través del control preventivo de constitucionalidad. Sin embargo, sus apasionados objetores no logran percatarse de que ninguna de ellas es responsabilidad del T.C. sino de los mismos congresales que lo critican.

ANALICEMOS CADA UNA DE ESTAS OBJECIONES

El diseño original del T.C. en los dos proyectos que convergieron en la reforma constitucional de 2005 –el de la Concertación y el de la Alianza por Chile– establecía un Tribunal de nueve miembros, cada uno con un voto igualitario cuyo

*Publicado en *VivaChile* org. el 23.6.2018, originalmente por *El Mundo*, www.elmundo.es

número impar descartaba el voto dirimente del Presidente en caso de empate entre dos posiciones contrapuestas.

Sus nueve miembros eran elegidos, por iguales partes, por el Presidente de la República (P. de la R.), por el Senado y por la Corte Suprema. Durante su tramitación se despertó la ambición de la Cámara de Diputados, que reclamó el derecho a elegir a dos de sus miembros. Después de una ardua discusión, se acordó que al Congreso le corresponderían cuatro cupos, dos de los cuales serían elegidos libremente por el Senado y los otros dos también los elegiría el Senado, pero a propuesta de la Cámara de Diputados. Así pues, tanto el número *par* de sus miembros como la necesidad del *voto dirimente* de su Presidente en caso de empate, son la consecuencia de la decisión soberana del legislativo al aprobar la *Ley Orgánica Constitucional (LOC.) N° 20.050*. Por lo que este diseño no puede imputarse al T.C. sino a sus autores.

En cuanto a la supuesta politización del T.C. habría previamente que demostrar lo indemostrable: que los Ministros del T.C., al fundar sus sentencias preferirían anteponer sus tendencias ideológicas sobre los claros principios y normas de nuestra Constitución.

Esta hipótesis malévola también se vuelve contra los órganos políticos que los designaron –el P. de la R. y el Congreso– pues la mayoría de los integrantes del T.C. (7 de 10) habrían sido elegidos por sus inclinaciones políticas antes que por su honesta y probada sumisión al mandato de la Constitución. Ahora bien, cabe preguntarse si esa irresponsabilidad recae en los elegidos o en quienes los designaron.

La respuesta es que, en la delicada materia de la eventual politización del T.C., la responsabilidad no recaería en sus miembros sino en los autores de su Ley Orgánica, quienes diseñaron un sistema de elecciones separadas por cada órgano designante en vez de la elección de cada uno de sus miembros, compartida por todos ellos.

En el sistema vigente, cada Ministro del T.C. elegido solo cuenta con la confianza del órgano que lo eligió. Pero carece del respaldo de los demás órganos ajenos a su elección. Resulta así que el P. de la R., que tiene la potestad exclusiva de designar a su arbitrio a tres integrantes del T.C., tendría que ser muy poco sagaz para elegir a tres opositores a sus ideas y a sus posición política en lugar de asegurarse tres votos que le garanticen adhesión a su programa político y a sus proyectos legislativos.

Otra falla del sistema consiste en la total ausencia del T.C. en su propia composición, de la que debiera ser su principal protagonista. Así ocurre con la intervención de la Corte Suprema en la designación de sus miembros (Art. 78, inc. 3° - CPR). Tanto el T.C. como la Corte Suprema son tribunales autónomos e independientes en sus respectivas jurisdicciones; por lo que no se divisa la razón por la cual uno de ellos deba intervenir en la composición del otro.

En los círculos de estudio de la Reforma Constitucional de 2005, propuse, a modo de ejemplo de una designación compartida, el siguiente: a) el T.C. propone al P. de la R., para la designación de cada uno de sus miembros, una quina de candidatos; b) El P. de la R. designa a uno de ellos; y c) el Congreso Nacional, por la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio, confirma o rechaza al candidato propuesto y –en este último caso– deberá el T.C. completar la quina, reemplazando al rechazado, y el P. de la R. deberá proceder a una nueva designación.

De esta manera, cada miembro del T.C. contaría con el respaldo de los tres órganos interesados en su elección y no solo con uno de ellos, como actualmente ocurre. Esta aprobación tripartita –además– contribuiría a eliminar el riesgo de politización del T.C.¹.

Con respecto a la curiosa imputación de ser el T.C. un órgano “contramayoritario”, esta expresión resulta absurda. Ella significa ir contra la mayoría; y el T.C. es designado por dos órganos que representan a la mayoría –el P. de la R. y el Congreso– y por un tercero ajeno al juego de mayorías y minorías. Quienes usan este término impropio no se percatan de que en Chile todos los órganos de control son *extramayoritarios* pues tienen una función de especialidad técnica, ajena a la lucha política entre mayorías y minorías. Lo es la Contraloría (C.G.R.) cuya función más relevante es fiscalizar la legalidad de los actos de la Administración, incluyendo al P. de la R. Lo es el Tribunal Calificador de Elecciones que controla la regularidad de las elecciones del P. de la R., la de los congresales y la de los plebiscitos. Y lo es –en su más alto nivel– el T.C. cuya función esencial es el control de constitucionalidad de las leyes, tanto en su nacimiento como en su aplicación, sin perjuicio del resto de sus 16 atribuciones. Lo es, finalmente, en cierto modo, la justicia ordinaria pues controla la correcta aplicación de las leyes civiles, penales y administrativas al conocer todos los asuntos judiciales que se promueven en el territorio chileno con la sola excepción de aquellas que la Constitución y las leyes atribuyen a tribunales especiales (Art. 76 - CPR. y 5° COT).

Dios nos libre del día en que el T.C., los Magistrados de la Justicia Ordinaria, los miembros del TRICEL, o el Contralor General de la República deban ser elegidos en campañas políticas (Santiago, 16 abril 2018).

De todo lo cual se colige lo impropio de la expresión “contramayoritario” y la absurda pretensión de creer que en una república democrática solo son legítimas las autoridades elegidas por la mayoría (Art. 5° - CPR).

Finalmente, examinemos objetivamente la contradicción de aceptar el control de constitucionalidad posterior a la entrada en vigencia de la ley y rechazar el control preventivo de su constitucionalidad.

Ambas formas de control obedecen a un mismo principio y a una misma finalidad: asegurar que las leyes que se dicten guarden coherencia con los principios que orientan y las normas que integran la Constitución.

El control preventivo está contemplado en el inciso 1° ordinal 3° del Art. 93 CPR. y sus restrictivos requisitos, en los incisos 4°, 5° y 6° del mismo artículo.

Estos requisitos *impiden que el T.C. actúe de oficio*; y así, el respectivo requerimiento *solo puede formularse* por el P. de la R., por cualquiera de las Cámaras legislativas o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio (inc. 4°).

Basta esta connotación para concluir que el T.C. no es el responsable de utilizar el control preventivo de constitucionalidad sino que lo son –en exclusiva– los dos órganos que concurren al ejercicio de la función legislativa.

Pero, además, el inc. 5° obliga al T.C. a resolver el requerimiento *dentro del plazo de diez días* contados desde que lo reciba, plazo prorrogable, hasta otros 10 días solo por motivos graves y calificados.

¹Ver: “El Nuevo Tribunal Constitucional”, en *Reforma Constitucional*, Coord. F. Zúñiga U., LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, 645.

Y el inc. 6° prescribe que “El requerimiento *no suspenderá* la tramitación del proyecto”, excepto –claro está– la parte impugnada, pero solo hasta la expiración del breve plazo anteriormente previsto.

Dada la lentitud habitual con la que el Congreso despacha las leyes, resulta una cuestión bizantina hacer de estos breves plazos un escándalo. Pero lo que resulta absurdo –por decirlo de un modo amable– es culpar al T.C. de frenar el curso de la legislación por obra del control preventivo de constitucionalidad, en circunstancias que *los únicos llamados a promoverlos* son el P. de la R., las Cámaras legislativas o una parte de ellas.

En este ataque obsesivo al Tribunal Constitucional, se olvida lo esencial: el control preventivo fue ideado para evitar que, al final del largo proceso de formación de la ley, alguno o varios de sus preceptos sean declarados inconstitucionales por su disconformidad con la Constitución Política de la República, infringiendo así el principio de su supremacía (Art. 6° - CPR.). El control preventivo de constitucionalidad evita este riesgo y resuelve oportunamente las dudas que se susciten en dicho proceso.

Es verdad que el T.C. puede adolecer de deficiencias en su diseño, en el sistema de elección de sus miembros o en alguno de sus procedimientos. Pero resulta injusto y cobarde el agresivo ataque del que ha sido víctima.

Injusto, porque ninguna de las imputaciones que se le han hecho son de cargo suyo sino de quienes las originaron. Cobarde, porque el T.C. no puede descender a la palestra a defenderse ni a contraatacar a sus detractores.

Y tanto la nobleza de su pasividad como la trascendencia de sus funciones merecen nuestro respeto.

2. UNA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL SIN FUNDAMENTO

Lo que la Excma. Corte debió atender fue el derecho humanitario que favorece a tales condenados, no para reducir ni eliminar el castigo, ni para borrar lo deshonroso de su condena sino para modificar su forma de cumplimiento en consideración a su edad, a enfermedades incurables y al cumplimiento de los demás requisitos que la ley establece.

Personeros políticos y Asociaciones defensoras de los DD.HH. de las víctimas de la Dictadura, anuncian una acusación constitucional contra Ministros de la E. Corte Suprema por haber otorgado beneficios carcelarios a condenados por crímenes de lesa humanidad. Aquí se revisa la naturaleza de tales beneficios y la improcedencia de la acusación que solo procede “por notable abandono de deberes” y no por el estricto cumplimiento de la ley.

Desde hace días el ambiente judicial se ha visto enrarecido por la amenaza de una acusación constitucional anunciada por personeros políticos y asociaciones defensoras de los DD.HH. en contra de varios Ministros de la Excma. Corte Suprema por haber otorgado la libertad condicional vigilada a personas condenadas por crímenes de lesa humanidad.

Es entendible que las familias de las víctimas de tales delitos expresen su molestia al ver que así se desvanece el efecto punitivo del cumplimiento de la pena. Mi propia familia fue afectada por el impune asesinato, en 1984, de nuestra hija Alicia Ríos Crocco, dolor que aún no logramos superar. Pero no somos insensibles

al sufrimiento de presos de edad avanzada que sufren enfermedades incurables y que requieren del cuidado familiar para, al menos, morir dignamente. Una cosa es la justicia; y otra, el afán de venganza.

Pues resulta incomprensible que algunos congresales y dirigentes de partidos políticos no entiendan que los condenados por estos delitos también son personas provistas de dignidad y de derechos humanitarios otorgados por la ley; y que, una vez acreditados los requisitos de admisibilidad que la misma ley exige, los jueces tienen la obligación de reconocer.

También resulta curioso que personas de indiscutible capacidad jurídica –como el Rector y Profesor don Carlos Peña– al referirse a la actuación de los Ministros afectados, sostenga que *Lo que el fallo de la Corte Suprema revela es una cierta desatención acerca de la índole de la violación a los derechos humanos (El Mercurio, 5-VIII-18. D-5)*. La Corte ya atendió debidamente la gravedad de semejante violación; y por eso castigó, en su oportunidad, a los condenados. Pero ahora, lo que la Excm. Corte debió atender fue el derecho humanitario que favorece a tales condenados, no para reducir ni eliminar el castigo, ni para borrar lo deshonoroso de su condena sino para modificar su forma de cumplimiento en consideración a su edad, a enfermedades incurables y al cumplimiento de los demás requisitos que la ley establece. Porque esa es la función esencial de los tribunales: dar cumplimiento a la ley. Y es eso lo que han hecho en ambas circunstancias.

Veamos ahora la procedencia de la acusación contra los magistrados referidos.

Del Art. 52, N° 2, letra c) de la Constitución (CPR.) se desprende que la acusación solo procede *por notable abandono de deberes*.

Este enunciado tan amplio se condensa en el Art. 53-CPR. cuando dispone que *El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa*.

Así, el *notable abandono de deberes* de los magistrados descritos tiene que hallarse contenido en alguna de estas tres actuaciones imputables. Y en ninguna de ellas se puede *revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones*, por prohibirlo el Art. 76 CPR. Además, en todos estos casos, los magistrados actuaron en aplicación correcta de la ley. Lo que no calza con el *notable abandono de deberes*.

El recordado maestro don Alejandro Silva Bascuñán al tratar esta materia en el Tomo VI de su *Tratado de Derecho Constitucional* anota que: *Debe apreciar el Senado, o más bien cada uno de sus miembros, leal y honradamente, en conciencia, según su leal saber y entender, la solidez de la acusación, debiendo corresponder la decisión, por lo tanto, al concepto íntimo que se haya formado en cuanto a su seriedad y fundamento*. Y luego concluye: *Nada nos parece, entonces, más ajeno al propósito del constituyente que una declaración de culpabilidad o de inocencia se formule como simple reflejo de los acuerdos de las directivas partidistas* (pág. 197).

El mismo autor recuerda en su obra citada que *En 1868 el diputado Vicente Sanfuentes dedujo acusación contra don Manuel Montt y otros tres Ministros de la Corte Suprema, y la Cámara, al acogerla, afirmó el criterio de la mayoría de la Comisión informante, en orden a que “todo acto que imponga responsabilidad personal a los magistrados de los tribunales superiores implica necesariamente notable abandono de deberes”*.

Este criterio, como veremos, es absolutamente erróneo.

El Informe de minoría, de Domingo Arteaga Alemparte, estimaba “dudoso, por lo menos, que en dicha expresión (...) puedan comprenderse todos los delitos y crímenes de que el mismo magistrado puede hacerse reo. De un juez que infringe maliciosamente la ley o que estampa, a sabiendas, falsos considerandos en sus sentencias, se dice en nuestro idioma que ha cometido el delito de prevaricación, o de torcida administración de justicia, al paso de que pueda decirse con razón de otro juez que ha incurrido en notable abandono de sus deberes, aunque no haya llegado a convertirse en prevaricador. Creo, pues, muy cuestionable que ... nuestra Carta Fundamental haya querido someter a la jurisdicción del Senado a los magistrados superiores del orden judicial por todos los delitos y crímenes que puedan cometer. Si tal hubiere sido la mente del legislador no se concibe por qué no lo habría expresado claramente como podía hacerlo”.

En el discurso de Domingo Santa María se formuló en la misma oportunidad una distinción que se hizo tradicional: “las leyes han trazado a los tribunales un procedimiento diario, constante, uniforme para el ejercicio de ciertas funciones ... Pero, juntamente con estas funciones, los tribunales tienen otra tarea más grave y delicada, cual es aplicar la ley y dirimir, mediante esta aplicación, las contiendas judiciales que ante ellos se ventilan... En una palabra, un tribunal puede prevaricar”:

Pues bien, según el Sr. Santa María, la Constitución no habría querido permitir al Senado, compuesto por personas legas, desnudas de conocimientos jurídicos, que investigue la falsa o recta aplicación de la ley para descubrir la dañada y punible intención.

Es de señalar que estas opiniones, en la misma línea del análisis que aquí se hace, quedaron contenidas en un extenso y enjundioso Informe que 82 abogados del Cuerpo de Abogados de la época entregaron a don Domingo Arteaga para su Informe final.

El Profesor Jorge Huneeus en su clásica obra *La Constitución ante el Congreso* transcribe este Informe en el Anexo del Tomo I de su obra. El resumen del resultado es que *El Senado no declaró la culpabilidad y, en la resolución de 10 de mayo de 1869, estimó que los magistrados cumplen estrictamente su deber cuando en las causas sometidas a su conocimiento y decisión aplican las leyes según su leal saber y entender pues no compete al Senado juzgar acerca de la genuina aplicación de las leyes que hagan los tribunales* (A. Silva Bascuñán, Ob. cit., págs. 164-165).

Resulta curioso comprobar que siglo y medio después, en Chile vuelvan a repetirse objeciones que ya fueron rechazadas en el siglo antepasado.

También se ha comentado, pensando en las víctimas de las actuaciones abusivas por las cuales sus autores fueron condenados, que la acusación se debería fundar en el Art. 5° de la Constitución que establece que *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

Pero se olvida que los magistrados de la Excm. Corte, al condenar a los militares imputados, lo hicieron en consideración de los derechos humanos de sus víctimas; y ahora –sin modificar la condena sino solo su forma de cumplirla– atendiendo a las condiciones ominosas de salud en que viven algunos de ellos, han decidido concederles el beneficio de la libertad condicional vigilada, en

estricto cumplimiento de la ley que lo autoriza, precisamente por respeto a sus derechos humanos.

Últimamente, el Colegio de Abogados de Santiago ha emitido una declaración que precisa los requisitos indispensables para que proceda una acusación constitucional; y, si ellos no concurren, o si la acusación se funda en una discrepancia en la interpretación de la ley, el eventual libelo acusatorio *afectaría el regular funcionamiento de nuestro Estado de Derecho y la debida separación de poderes y, en particular, la independencia judicial.*

También se ha dicho que en algunos partidos de la oposición, desconfiando del resultado de la acusación, se ha planteado la idea de hacer una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, se olvida que dicha Comisión –que también debe velar por los derechos humanitarios de los condenados– por esta misma razón, también podría rechazar dicha presentación.

Finalmente, cabe advertir que una acción constitucional no es ni una mera opinión ni es un voto respecto de los cuales el Art. 61 - CPR. predica la inviolabilidad de los congresales.

Al recaer la acusación en eventuales delitos, infracciones o abusos de poder, si la acusación se rechaza por falta de méritos, no solo los acusados habrán sufrido el perjuicio cierto de la suspensión en sus funciones *desde el momento en que la Cámara declare que ha lugar a la acusación* (Art. 52 CPR.), sino también el desmedro de su honra por imputaciones falsas o injuriosas, las que pueden provocar las responsabilidades civiles y penales de sus acusadores.

Quisiera terminar recordando el sabio consejo republicano de un socialista que, ostentando el más alto cargo del Estado, sentenció: *Hay que dejar que las instituciones funcionen.*

LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ*

*Profesor de derecho constitucional, emérito, Universidad de Valparaíso.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

(16.5.2018)

Soto Abarca, Adriana c/Dirección de Previsión
de Carabineros y Gendarmería de Chile
(Recurso de protección - Rol 34.218-2017)

Santiago, dieciséis de mayo de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, previa eliminación de sus fundamentos octavo a undécimo:

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que en autos comparece Adriana Viviana Soto Abarca, contador público y auditor, quien desempeñaba funciones en la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, y solicita se declare arbitraria e ilegal la Resolución N° 177 de 25 de julio de 2016, de esa institución, la que citando el Dictamen N° 42.701 de 9 de junio de 2016 de la Contraloría General de la República y la Ley N° 19.200 de 1993, le aplica a su pensión de retiro un límite de 60 Unidades de Fomento, determinándose una pensión de \$ 1.724.505 (un millón, setecientos veinticuatro mil, quinientos cinco pesos), monto bastante inferior al que le fue informado previamente.

Señala, en síntesis, que ingresó a prestar servicios en la planta profesional de la recurrida bajo el grado 18° de la Escala Única de Sueldos, el 15 de diciembre de 1994, funciones que desempeñó hasta el 20 de mayo de 2016, bajo el grado 8°, fecha en que renunció a contar del 1 de junio de 2016. Sin embargo, precisa que previo a su renuncia fue informada por la recurrida mediante un borrador de su liquidación que el monto de la pensión que le correspondería percibir ascendería a \$ 2.282.187 (dos millones, doscientos ochenta y dos mil, ciento ochenta y siete pesos).

Indica que la resolución recurrida menciona una serie de cuerpos legales y jurisprudencia administrativa que sería aplicable a los funcionarios de Dipreca, atribuyéndose la recurrida funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, que hacen procedente una acción cautelar de orden constitucional.

Expone que el personal de planta de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, contemplado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1990, del Ministerio de Defensa Nacional, en lo previsional, se encuentra adscrito al Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1968, del Ministerio del Interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 1, letra g) de la Ley N° 18.458 que establece el régimen previsional

para el personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad. Añade que a ese personal le resulta aplicable en el ámbito previsional, lo establecido en la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros N° 18.961, que en su artículo 58 establece que:

“La pensión de retiro se computará sobre la base del 100% de la última remuneración imponible de actividad en razón de una treinta ava parte por cada año de servicio”.

Refiere que tal regla de cálculo es concordante con lo señalado en el artículo 94 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1968, que establece en lo pertinente que:

“La pensión de retiro se computará sobre la base del 100% de la última remuneración imponible, de actividad en razón de una treinta ava parte por cada año de servicio”.

Afirma que, la Ley N° 19.200 de 18 de enero de 1993, en razón de la cual la recurrida pretende aplicar el tope de 60 Unidades de Fomento a los funcionarios de Dipreca, no reviste el carácter de orgánica constitucional, por lo que no puede modificar o derogar normas orgánicas constitucionales, como las antes mencionadas de las que se desprende que no procede aplicar tal límite.

Explica que de la normativa contenida en el artículo 25 de la Ley N° 15.386 y el artículo 5 del Decreto Ley N° 3501, con relación al Decreto Ley N° 3500, se desprende que el tope imponible no se aplica al personal regido por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1° y N° 2 de 1968, idea que se desprende de la historia fidedigna de diversas leyes que son aplicadas a la materia y afirma que éste ha sido el criterio de la Contraloría General de la República en diversos dictámenes.

Sostiene que el acto de la recurrida vulnera las garantías constitucionales del artículo 19 N° 2, N° 3 inciso 5° y N° 24 del texto constitucional, por lo que solicita que se oficie a la recurrida para que efectúe el recálculo de la pensión de retiro, en los términos establecidos en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1968, en concordancia con la Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile y la Ley N° 18.458, fijándola en la suma de \$ 2.439.234 (dos millones, cuatrocientos treinta y nueve mil, doscientos treinta y cuatro pesos), más reajustes e intereses. Asimismo, solicita que se ordene a la Contraloría General de la República, tomar razón de la resolución que recalcula la pensión de retiro de su representada y cualquier otra medida que se estime pertinente adoptar, con costas.

.....

SEXO: Que a la luz de lo expuesto, queda claro que la controversia de autos se circunscribe a determinar si en el caso de marras la Dirección de Previsión de Carabineros ha incurrido en un acto arbitrario e ilegal al dictar la resolución recurrida, y en su caso, determinar la legalidad de aplicar a la pensión de retiro de la recurrente el tope imponible de 60 Unidades de Fomento que contempla el artículo 5 del Decreto Ley N° 3501.

SÉPTIMO: Que previo al análisis del acto recurrido y teniendo presente el gran número de leyes aplicables, es preciso sintetizar las principales normas jurídicas que son pertinentes a la materia de autos, como asimismo, las interpretaciones que al respecto ha sostenido la Contraloría General de la República sobre la materia:

I. LEGISLACIÓN APLICABLE AL CONFLICTO PLANTEADO

a) Ley N° 19.195 de 13 de enero de 1993, en su artículo 1, adscribe al personal de Gendarmería de Chile al régimen previsional y de término de carrera de Carabineros de Chile;

b) La Ley N° 19.200 de 18 de enero de 1993, establece nuevas normas sobre otorgamiento de pensiones a los trabajadores que indica y el artículo 6 señala en su inciso 1°:

“A contar del primer día del mes subsiguiente al de la publicación de esta ley, las remuneraciones y bonificaciones de los funcionarios de la Dirección General de Deportes y Recreación sujetos a la Escala Única de Sueldos del artículo 1° del decreto ley N° 249, de 1974, que revistan la calidad de imponentes de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, serán imponentes para pensiones y salud con las excepciones contempladas en el inciso primero del artículo 9° de la ley N° 18.675. Las respectivas remuneraciones estarán sujetas al límite de imponentibilidad establecido en el artículo 5° del decreto ley N° 3.501, de 1980”.

En su inciso 4°, indica que:

“Lo dispuesto en este artículo será también aplicable a los funcionarios regidos por los sistemas de remuneraciones de la ley N° 15.076 o de aquellos mencionados en el artículo 9° de la Ley N° 18.675, que sean imponentes de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional o de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile.”

c) La Ley N° 18.675 de 19 de enero de 1993, en su artículo 9 se refiere, entre otras, a las entidades regidas por el artículo 1 del Decreto Ley N° 249, que fija la Escala Única de Sueldos, estableciendo que las remuneraciones imponentes y no imponentes sobre las que deberán cotizar para pensiones, no podrán exceder los límites establecidos en el artículo 5 del Decreto Ley N° 3501.

d) El Decreto Ley N° 249 del 5 de enero de 1974, que fija la Escala Única de Sueldos en su artículo 1 menciona como entidades sujetas a ese texto legal a la Dirección de Previsión de Carabineros y Gendarmería de Chile.

e) La Ley N° 15.386 de 11 de diciembre de 1963, modificada el 29 de julio de 1998, sobre revalorización de pensiones, establece en su artículo 25 inciso 1° y final que:

“A contar desde la vigencia de la presente ley ninguna persona podrá jubilar ni obtener pensiones con una renta superior a ocho sueldos vitales escala a) del departamento de Santiago”.

“Lo dispuesto en este artículo no regirá respecto de los personales a quienes se aplican los decretos con fuerza de Ley N° 1 y 2, de 1968, de los Ministerios de Defensa Nacional y de Interior, respectivamente, y sus modificaciones y aclaraciones”.

f) La Ley Orgánica de Carabineros N° 18.961 de 7 de marzo de 1990, en su artículo 58 inciso 1° señala que:

“La pensión de retiro se computará sobre la base del 100 % de la última remuneración imponible de actividad en razón de una treinta ava parte por cada año de servicio”.

g) La Ley N° 18.458 del 1 de junio de 2014, establece el régimen previsional del personal de la defensa nacional que indica, señalando en su artículo 1 letra g) que:

“A partir de la fecha de publicación de esta ley, los regímenes previsionales y de desahucio contemplado en el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Guerra; en el decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio del Interior, ambos de 1968 y en el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Investigaciones de 1980, solo se aplicarán al personal, que a continuación se indica:

g) Personal de las Plantas de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile. El régimen de desahucio de este personal se regirá exclusivamente por las normas contenidas en el decreto ley N° 2.049, de 1977”.

En el artículo 4 transitorio indica que:

“Los actuales imponentes de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, según corresponda, no incluidos en el artículo 1° permanente, continuarán afectos a los regímenes previsionales y de desahucio contemplados en sus respectivos estatutos y, en consecuencia, afiliados a los organismos de Previsión antes citados”.

h) El Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1968, que establece el Estatuto del Personal de Carabineros de Chile en su última versión de 3 de enero de 1992, establece en su artículo 94 incisos 1° y 2° que:

“La pensión de retiro del personal se computará sobre la base del último empleo o plaza de actividad que desempeñe el interesado.

La pensión del interesado se fijará a razón de una treinta ava parte del sueldo y demás remuneraciones o asignaciones de que gocen sus similares en servicio activo, y sobre las cuales se hagan imposiciones a la Caja de Previsión de Carabineros de Chile, por cada año de servicio. La fracción de

año correspondiente a cada mes completo se computará a razón de un doceavo de treinta avo y la fracción superior a seis meses se computará como un año completo. El cómputo total no podrá exceder, en ningún caso, de treinta años. Su monto se reajustará en todo momento, en relación con los sueldos del personal en actividad y demás remuneraciones computables, siempre que el interesado acredite, a lo menos, veinticinco años de servicios computables para el retiro”.

i) El Decreto Ley N° 3500 del 13 de noviembre de 1980, que fija el nuevo régimen de pensiones, establece en su artículo 96 que:

“El personal afecto a los regímenes de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile continuará sujeto a los mismos, y a la legislación que le es actualmente aplicable, en tanto no se dicte la ley a que se refiere el inciso siguiente.

Una comisión, designada por el Presidente de la República y presidida por el Ministro de Defensa Nacional, deberá proponer, dentro del plazo de ciento ochenta días, un proyecto de ley destinado a determinar qué personal, del mencionado en el inciso anterior, podrá incorporarse al Sistema de Pensiones contemplado en esta ley, fijando las modalidades a que deberá sujetarse tal incorporación y las normas que permitan coordinar dicho Sistema de Pensiones con el régimen que le es actualmente aplicable”.

j) El Decreto Ley N° 3501 de 30 de julio de 1997, que fija nuevo sistema de cotizaciones previsionales señala en su artículo 5 inciso 1 que:

“A contar de la fecha de vigencia de esta ley estará exenta de las imposiciones la parte de las remuneraciones que exceda de 60 Unidades de Fomento del último día del mes anterior”.

II. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA SOBRE LA MATERIA

a) En un primer criterio contenido, entre otros, en los Dictámenes N° 32.547 de 1995 y N° 9448 de 1998, que se mantiene hasta abril de 2016, la Contraloría General de la República tomó razón de las resoluciones de Dipreca y Gendarmería de Chile que concedían pensiones, sin aplicar el límite imponible del artículo 5 del Decreto Ley N° 3501.

b) A partir de los oficios N° 29.422, N° 30.136, N° 30.351, N° 30.474, N° 31.186 y Dictamen N° 42.701 todos de 2016 la Contraloría General de la República cambia el criterio sostenido en los dictámenes anteriores, estableciendo que debe aplicarse para el cálculo de las pensiones de los funcionarios de Dipreca y de Gendarmería de Chile, el límite establecido en el artículo 5 del Decreto Ley N° 3501, por considerar pertinente a este caso lo dispuesto en el artículo 6 inciso penúltimo de la Ley N° 19.200, de 12 de agosto de 1993.

OCTAVO: Que, precisamente, en relación con la cuestión debatida, lo primero que ha de dilucidarse es que siendo la materia discutida de carácter previsional, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 10.336, corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República la facultad de fijar el sentido y alcance de las normas que versen sobre la materia.

En ejercicio de dicha facultad, el Contralor General de República, en su oportunidad, emitió el dictamen N° 42.701 de 2016, que determinó el correcto sentido y alcance de las normas contenidas en el artículo 6 inciso 4 de la Ley N° 19.200 y en el artículo 9 de la Ley N° 18.675, que, en síntesis, hacen aplicables, el tope de 60 UF a las pensiones de retiro del personal de Dipreca y de Gendarmería de Chile, respecto de funcionarios afectos a la Escala Única de Sueldos del Decreto Ley N° 249 de 1973.

NOVENO: Que para los efectos de resolver el presente recurso y sin perjuicio de otras acciones que pueda interponer el actor, debe señalarse que la Dirección de Previsión de Carabineros al dictar la Resolución N° 177 de 25 de julio de 2016 que concede la pensión de retiro de la actora y ajustar el tope imponible a los límites establecidos en el artículo 5 del Decreto Ley N° 3501, ha seguido las instrucciones que sobre la materia ha determinado el órgano contralor, contenidas en el Dictamen N° 42.701 de 9 de junio de 2016, por lo que debe concluirse que la referida Dirección ha obrado en la especie dentro de las facultades legales que le han sido conferidas, por una parte fijando el contenido y extensión de las normas previsionales aplicables al caso concreto, conforme su interpretación y los lineamientos que al respecto le han sido impartidos por la Contraloría General de la República.

DÉCIMO: Que, por lo demás y en relación a las garantías que se estiman conculcadas, y específicamente respecto de la supuesta vulneración del derecho de propiedad, no se vislumbra por estos sentenciadores que exista respecto de la recurrente un derecho de propiedad como lo pretende, en relación a la concesión de los beneficios previsionales que impetra, puesto que no existió un acto administrativo final que determinara, en este caso, la procedencia de los beneficios previsionales que impetra, ya que tal como lo reconoce la recurrente, previo a su renuncia, se le informó una simulación del monto de su pensión de retiro. Así las cosas, la simulación a la que alude no pudo generar la titularidad de un derecho indubitado de propiedad a su respecto, sino una mera expectativa, que en definitiva no se concretó.

UNDÉCIMO: Que así las cosas, en ausencia de un acto que pueda ser catalogado como arbitrario o ilegal, presupuesto básico de la acción ejercida, no cabe sino desecharla, lo que lleva a confirmar el rechazo de la acción incoada, como lo hizo la sentencia que se revisa, por los motivos aquí anotados, sin perjuicio de otros derechos que pudieran asistirle a la parte recurrente.

De conformidad, asimismo, con lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se

confirma la sentencia apelada de seis de junio de dos mil diecisiete, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se previene que la Ministra señora Egnem concurre a la confirmatoria, teniendo únicamente en consideración que la presente vía cautelar de urgencia no es la idónea para dilucidar lo concerniente al monto de la pensión de retiro de la parte actora, y particularmente, si resulta o no aplicable el tope de 60 UF previsto por el artículo 5° del DL 3.501, conflicto éste que requiere de un proceso declarativo tal como aquél en el que permanentemente se sus-tancian ante los tribunales pertinentes pretensiones como la incoada en estos antecedentes.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Valderrama y la prevención de su autora.

Rol N° 34.218-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sr. Manuel Valderrama R.

COMENTARIO

La Corte Suprema se ha expedido en cinco fallos rechazando recursos de protección deducidos por exfuncionarios y organizaciones gremiales de Gendarmería de Chile en contra de una Resolución N° 177/2016, de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile (Dipreca), que asume un dictamen de la Contraloría General de la República (N° 42.701/2016) que hace aplicable el tope de 60 UF a las pensiones de retiro del personal de Dipreca y Gendarmería citados, respecto de funcionarios regidos por el DL 249, de 1973, sobre Escala Única de Sueldos, que sería el caso de los recurrentes.

Sin entrar en detalles que exceden nuestra intención aquí, nos parece útil resaltar tres aspectos de estos fallos de la tercera sala, constitucional, que inciden en el rol que transcribimos y en los roles 34.220, 35.257, 40.306 y 40.751, todos de 2017 y sobre el mismo tema.

1. Llama la atención que el fallo supremo estima que la entidad recurrida no ha incurrido en un acto ilegal o arbitrario porque habría simplemente seguido un Dictamen contralor sobre el tema, que le resulta obligatorio desde que toca a la Contraloría fijar el sentido y alcance de las normas previsionales, según lo dispuesto por el artículo 6°, inciso 1° de la Ley N° 10.336, orgánica constitucional del organismo contralor. Lamentablemente, el fallo no advierte que esa obligatoriedad se refiere a que la Contraloría “interpreta” el Derecho *para* su aplicación *por* la Administración del Estado, pero ello *no significa de modo alguno*

que en Chile alguien afectado por ese Dictamen (que es un acto administrativo, propiamente tal) no pueda impugnar su juridicidad (artículo 9/10 Ley N° 18.575, de Bases de la Administración del Estado) ni que no exista un tribunal que no pueda conocer de la controversia que plantea el afectado tanto por ese Dictamen como por la Resolución administrativa que hace aplicación de él (artículo 73/76 de la Constitución).

Eso era precisamente lo que debía conocer la Corte Suprema –en la apelación de la sentencia del tribunal *a quo* que rechazara la protección deducida– ya que se impugnaba una resolución cuyo fundamento era contrario a derecho según los recurrentes. Es conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto entiende muy certeramente que la “fundamentación” es requisito esencial de la validez de los actos administrativos en Chile¹, pero aquí, curiosamente, en estos casos, no ha estimado relevante entrar en este aspecto, debiendo haberlo hecho porque en ello incidía el *quid* de la controversia. Ha preferido estudiar la Resolución en su aspecto puramente normativo, formal prescindiendo del fondo, ya que lo dictaminado por la Contraloría habría estado fuera de su competencia proteccional. Es como si hubiera reconocido que al pronunciarse el Ente Contralor habría ejercido una especie de “jurisdicción”, no controvertible por el Tribunal Supremo (al modo como si existiera “cosa juzgada”).

No advierte el fallo supremo que la Contraloría en esa función que le otorga dicho artículo 6° inciso 1°, *no es una jurisdicción*, ni ha emitido ese Dictamen a través de un debido proceso justo y racional y contradictorio (artículo 19 N° 3, inciso 6° de la Constitución), como debería haberlo hecho si fuera tal jurisdicción. No siendo, entonces, una jurisdicción, todos sus actos, sin excepción alguna, pueden ser impugnados ante los tribunales de justicia, desde que en Chile no hay autoridad alguna, y menos administrativa, que tenga inmunidad ante ellos (artículos 73/76 y 19 N° 2 inciso 1° de la Constitución); ello sería un privilegio enteramente inconstitucional y significaría nada menos que habrían autoridades que estarían *por sobre el Derecho y no bajo el Derecho*, lo que no ocurre ni siquiera respecto del propio Presidente de la República (artículos 6°, 7°, 24 y 27 inciso final de la Constitución).

En otros términos, la impugnación que los recurrentes hacían de la Resolución de Dipreca incidía precisamente en el Dictamen referido, decisión contralora que cambiaba la jurisprudencia anteriormente vigente desde hacía casi veinte años, en Dictamen 32.547/1995 y reiterado en 1998 por Dictamen 9.448, y aplicables hasta este Dictamen 42.701 de 9.6.2016), que modificaba lo que había tenido una práctica de años².

En este aspecto aparece de interés señalar que la propia Contraloría incuriría en una contradicción porque, si se recuerda, ante la demanda de un grupo de funcionarios de la Dirección de Aeronáutica Civil ante la justicia para que

¹Vid. en este mismo volumen 41 nuestro *La fundamentación del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno*, 87-107.

²Antes y dentro del mismo año 2016, la Contraloría había emitido los dictámenes 29.422, 30.136, 30.351, 30.474 y 31.186; debe señalarse que el dictamen 42.701 referido debió ser “aclarado” por dictamen 50.751, también de 2016.

en una acción declarativa de mera certeza, esta se pronunciara acerca de qué ley debía ser aplicada a sus situaciones previsionales (lo que es muy propia de esta acción)³, la Contraloría planteó con “bombos y platillos” una contienda de competencia ante el Senado (artículo 53 N° 3 de la Constitución), desconociendo así la plenitud jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, principio constitucional fundamental en un Estado que se pretende de Derecho. Y en esa contienda se afirmaba que solo a ella le competía tal decisión, fundada en el referido artículo 6° inciso 1° de su Ley N° 10.336, cuyo texto dice a la letra que “Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre... pensiones de retiro, jubilaciones, montepío... y con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”. Se recordará que el Senado, después de largo tiempo y con los informes de la misma Contraloría y de la Corte Suprema, decidió en favor de la posición contralora y que se trataría de una materia ajena a la decisión de los tribunales de justicia (sic!)⁴.

Aparece obvio, que corresponde pronunciarse sobre esas materias, como dice dicho artículo 6°, pero ello es *dentro y para la Administración*, pero jamás ello puede conculcar lo que la propia Constitución, ya desde 1833 (artículo 108), ha establecido en cuanto a que compete “exclusivamente” a los tribunales de justicia “conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado” (artículo 73/76 inciso 1°, frase primera) y más aún cuando hay derechos de las personas concernidos en el tema, quienes tienen solo en los tribunales de justicia un verdadero juez, independiente e imparcial y que conoce la controversia en un debido proceso legal, contradictorio, justo y racional, en una doble instancia e incluso con casaciones (forma y fondo) ante la Corte Suprema, nada de lo cual sucede con la Contraloría General de la República, con la emisión de sus dictámenes, ajenos a todo debido procedimiento y decididos según su leal saber y entender y en que ella misma es parte de la Administración del Estado (artículo 1° de la Ley N° 18.575).

Que la Contraloría no es jurisdicción y, por lo tanto, no puede pretender, sin violar ostensiblemente la Constitución, que sus Dictámenes sean inimpugnables basada en que tiene competencia exclusiva en las materias de remuneraciones de los empleados públicos, es algo que no cabe discutir por lo evidente que es. Afirmar tal pretensión choca frontalmente con algo que es inconcuso como es que si tal fuera sus dictámenes tendrían fuerza de “cosa juzgada”, así de simple, pero entonces ¿cómo se explica que la misma Contraloría tuviera la posibilidad de volver sobre sus propios actos/dictámenes a través de la llamada “reconsideración” dejando sin efecto jurisprudencia anterior, o sea sus actos anteriores, sin ningún procedimiento para ello sino a su guisa, por su sola voluntad y sin intervención de ninguna otra autoridad ni siquiera de los afectados por ese cambio de

³Vid. nuestro *La acción declarativa de mera certeza frente a la Administración del Estado*, en *Ius Publicum* 38/ 2017, 95-114, con análisis de jurisprudencia del tema.

⁴Vid. el informe de la Corte Suprema que es un excelente estudio sobre la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia, redactado por su presidente de aquel momento, el Ministro Sergio Muñoz Gajardo.

criterio? Pero la misma Contraloría se ha encargado de confesar recientemente, por Dictamen 13.701, de 4.6.2018, que no es jurisdicción y por tanto, sus actos son impugnables ante los tribunales de justicia, como lo señala expresamente en su párrafo o inciso 6°, cuyo texto merece transcribirse íntegro: “Por otra parte, tampoco es procedente atribuir a este Ente Contralor un carácter jurisdiccional por el hecho que la Carta Fundamental y la Ley N° 10.336 le hayan concedido funciones interpretativas de normas de carácter administrativo, que se ejerce a través de la emisión de dictámenes jurídicos, respecto de los servicios sometidos a su fiscalización, toda vez que juzgar e interpretar no son sinónimos, siendo *menester resaltar que dicha potestad dictaminante no sustituye en modo alguno la actividad jurisdiccional que compete a los tribunales de justicia*, tal como se ha sostenido en el dictamen N° 82.297, de 2014 (cursivas nuestras). Como dice el refrán jurídico tan antiguo, “a confesión de parte relevo de prueba”.

2. Otro tema que incide en este caso es lo que plantea el cambio de criterio que Contraloría hace a través de la “reconsideración”, *motu proprio*, de sus propias decisiones/dictámenes, modificando su jurisprudencia (constituida sobre la base de “precedentes”⁵. Sabido es que la Ley N° 10.336 (artículo 6°) le ha entregado la función de “interpretar” y “aplicar” las leyes y reglamentos que rigen a los servicios públicos sometidos a su fiscalización y en lo referente a pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y materias que se relacionan con el Estatuto Administrativo. Como solemos enseñar este tema del modo más pedagógico indicamos que la *Contraloría dice el Derecho aplicable a la Administración del Estado y que debe ser aplicado por esta*, o sea por los organismos que la integran. Pero ese Derecho, que tiene siempre su fuente en la Constitución y en las normas dictadas en su conformidad (artículo 6° inciso 1°) y que “interpreta la Contraloría para la Administración del Estado, carece de carácter de inerrancia o impecabilidad o aún de incontrovertible, puesto que siempre puede ser errada dicha interpretación o aplicación y siempre puede ser impugnada por toda persona que pueda ser afectado por ellas en su interpretación y/o aplicación, incluso por los propios funcionarios públicos en la medida que se prive, perturbe, desconozca o amenace sus derechos en tanto funcionarios.

En este aspecto, el fallo supremo muy certeramente conoce sin inconveniente alguno la pretensión protectoria de los afectados a través de la acción de amparo general que es el llamado recurso de protección (artículo 20 de la Constitución). Ciertamente que siendo una acción consagrada de rango constitucional y en amparo de derechos fundamentales que se estiman agraviados por la autoridad administrativa no cabe pretenderse que no sea competente para conocer y pronunciarse sobre ella un tribunal de la República (Corte de Apelaciones, según la disposición citada). La prevención de uno de los ministros de la sala que conoció del caso (Ministra señora Egnem, que concurre al fallo rechazando la pretensión deducida) no plantea una inmunidad de jurisdicción sino que estima que la protección

⁵Sobre precedentes vid. nuestro *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, N° 2 /1999, 399-403.

no sería la vía procesal idónea para dilucidar el asunto planteado como es si es aplicable o no en el caso concreto el tope de 60 UF que prevé el artículo 5° del DL 3.501, de 1980.

3. Un tercer aspecto digno de interés en este fallo supremo es el referente a que la Resolución de Dipreca que otorgaba pensiones de retiro más allá del tope de 60 UF antes mencionado, había sido “representada” por la Contraloría por no ajustarse a su Dictamen ya referido (que había modificado el criterio y la jurisprudencia contralora anterior) y, por ende, sería “ilegal”. En tal virtud el fallo señala que la recurrente no puede invocar como agraviado su “derecho de propiedad”, por cuanto al ser “representada” por ilegal por la Contraloría no se ha originado ningún derecho para su destinataria, desde que no ha habido ningún acto administrativo final/terminal que le concediera los beneficios previsionales que pretende (considerando 10°). En puridad, el razonamiento exacto es otro: la Resolución citada, antes de ser enviada a la Contraloría para su toma de razón, es simplemente un “proyecto de acto administrativo”, que será tal una vez que complete su procedimiento de elaboración, y propiamente esa Resolución no es más que “acto trámite”, (procedimental o preparatorio como también se le conoce) dentro del procedimiento de su elaboración el cual por ser trámite, no es definitivo; de allí que, por lo tanto, el posible derecho que le otorgaba a su beneficiario “estaba en vía de concretarse” (si pudiera así decirse) en la medida que hubiera sido tomado razón y luego notificado debidamente a su destinataria; solo allí, una vez notificado, nacería como acto administrativo y originaría como efecto propio ese derecho como tal. Pues bien, ello viene a confirmar una vez más lo que planteábamos allá en 1977⁶ en cuanto a que la mera emisión de un decreto o resolución por parte de una autoridad administrativa *no constituía un acto administrativo*, como solía afirmarse por aquel tiempo sosteniéndose que la toma de razón y la notificación o publicación de ese decreto o resolución eran solamente trámites “de eficacia” de un acto administrativo ya existente.

Controvertíamos esa posición, incluso contralora, señalando, entre otros argumentos, por una parte, que sin toma de razón no es posible “aplicar” un decreto o resolución (obviamente que no se trate de aquellos exentos de este trámite), como lo establece el DFL 7912/5.12.1927, artículo 13, ley de Ministerios, aún vigente, sancionándose incluso al funcionario que pretendiera hacerlo, y por otra parte, si fuere tal decreto o resolución “representado” por la Contraloría, no podrá continuar su tramitación, esto es no podrá seguir en esa vía o camino de concreción como acto administrativo, ya que la representación significa que ha sido estimado contrario a Derecho por dicho Ente contralor (sea por inconstitucional, sea por ilegal), devolviéndolo a su autor para que lo enmiende (de

⁶Vid. *El poder normativo de la Contraloría General de la República*, en La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional. 1927-1977. Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1977, 165-189 (ahora en Derecho Administrativo. Temas Fundamentales (3ª edic.). Abeledo-Perrot. Santiago de Chile. 2012, 349-375.

ser posible) o simplemente lo deje sin efecto si carece de la posibilidad de ser corregido, como por ejemplo si carece de competencia para emitirlo, o simplemente no existe el hecho/necesidad pública que satisfacer (prevista en la ley). En resumen, habiendo previsto la ley que un decreto o resolución está afecto al trámite de la toma de razón, vale decir sea examinado por la Contraloría en su conformidad a Derecho, sin tal trámite *no hay acto administrativo*, el cual solo existirá en la medida que se hayan cumplido todas las etapas procedimentales que la ley contempla. Por ello es que solo una vez cumplidas todas ellas, existirá un acto administrativo, que será, además, válido en cuanto se haya adecuado a los requisitos que la Constitución exige al efecto (artículo 7°).

EDUARDO SOTO KLOSS

JUZGADO DE LETRAS DE SANTIAGO

2.4.1864

Corte Suprema

8.6.1864

Valdés con Ferrocarril del Sur

GT N° 1145 [1864], p. 388 (N° 1081)

(Expropiación: legalidad y finalidad/Imperatividad
de los contratos/Indemnización a un privado por
pérdida de ventaja económica futura)

1. SENTENCIA DEL JUZGADO DE LETRAS

Santiago, abril 2 de 1864

VISTOS:

A solicitud de la empresa del ferrocarril del sur se expropiaron diez cuerdas y veinte y tres centésimas de terrenos para formar la estación central, pero con la obligación, a instancias del propietario don Juan Miguel Valdés, que creía excesiva esa cantidad de terreno, de no poderlo destinar a otro objeto que al servicio de las oficinas del ferrocarril y de su estación, sentencia de 12 de mayo de 1857 confirmada el 22 de mayo del mismo año, según las copias de fs. 11 y 12. Por la escritura de f. 1 consta que el 6 de agosto de 1862 vendió la referida empresa para la estación del ferrocarril entre Santiago y Valparaíso treinta mil trescientas noventa y tres varas de ese mismo terreno a ciento sesenta centavos vara. Apoyado en estos antecedentes, ha interpuesto Valdés contra la empresa vendedora la demanda de f. 13, pidiendo que se la obligue a restituírle los terrenos enajenados o bien la diferencia de precio entre el que se pagó por ellos y el obtenido ahora en el contrato de f. 1, y se declare igualmente hallarse obligada a la apertura de dos calles diseñadas en el plano formado con motivo de la expropiación. Alega que la empresa demandada ha violado la condición bajo la, cual consiguió expropiar las diez y veinte y tres centésimas cuerdas de terreno, y ha probado con la enajenación de una parte de él a otra empresa diversa que en realidad extendió su dominio más allá de lo que era indispensable, haciendo por este medio un negocio que solo al exponente pertenecía: que sea cual fuere el aspecto en que se considere la venta forzada que se otorgó a la empresa del ferrocarril del sur,, merecerá siempre la calificación de un contrato bilateral que, según el art. 1489 del Código Civil, lleva envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo estipulado: que consta el segundo extremo de esta demanda alternativa, no puede alegarse que el mayor precio del terreno vendido depende de las obras que se han construido en él; porque ni existen ni han tenido por objeto mejorar ese pedazo de terreno, sino el beneficio de toda la estación y porque, siendo la empresa poseedora de mala fe, desde que denunció ese terreno

sin necesitarlo, ha de colocársela bajo el influjo del art. 901 del Código Civil, y eximirse al exponente de la obligación de alcabala: que, estando de manifiesto el perjuicio causado que resulta de la diferencia de precio, deben aplicarse a la cuestión los arts. 1555 y 1556 del Código Civil; y en fin, que la apertura de las calles trazadas en el plano fue una ventaja tomada muy en cuenta por los peritos tasadores del terreno, y ofrecida a los propietarios expropiados, a quienes asiste un perfecto derecho para reclamar su cumplimiento.

La empresa demandada contesta: que la obligación de rendir fianza que le impuso la sentencia citada por la otra parte, ya se atiende a los términos de la misma, ya a lo dispuesto en el art. 1479 del Código Civil, no debe calificarse de condición resolutoria; pues aunque se le prohibió dedicar los terrenos a otro objeto que el servicio de la empresa, nada se dispuso para el caso en que les diera otra aplicación, ni menos se dijo ni puede deducirse que perdiera el derecho sobre el terreno; que si la obligación indicada mereciera el calificativo dado por el demandante, habría sido inoficiosa la fianza desde el momento que por falta de cumplimiento se resolviera el contrato de compra-venta forzada y se restituyan al vendedor los terrenos: que la expropiación por utilidad pública, una vez declarada por la autoridad competente, produce un título irrevocable de propiedad que no depende de condiciones resolutorias, sin perjuicio de que la misma autoridad exija garantías en favor del expropiado para evitar que la utilidad pública se alegue como pretexto para alcanzar la expropiación. Que la segunda alternativa de la demanda es no menos infundada, porque si la obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios causados, según el art. 1555 del Código Civil nada podría el donante reclamar, porque ninguno se le ha inferido con la enajenación de los terrenos expropiados y es erróneo el concepto de que él pudo hacer con la empresa del ferrocarril del norte el mismo negocio que realizó la del sur; porque la diferencia de precio del terreno no depende de que valieran más en 1862 al tiempo de la expropiación, sino de mejoras efectuadas en él y de varias ventajas concedidas por la empresa vendedora que el demandante jamás pudo ofrecer y que constan de la misma escritura de compraventa y de la tasación practicada por don José Basterrica agregada a f. 18: que tampoco puede alegarse que con ese contrato se ha violado la condición de la sentencia de expropiación, puesto que el terreno vendido se ha aplicado al uso del ferrocarril de Valparaíso, comunicado por este medio con el del sur, con lo cual se ha facilitado el transporte de carga y de pasajeros, allanando así dificultades que habrían perjudicado a ambas empresas y al público, por cuyas consideraciones, y no porque el terreno dejara de necesitarse, se ha hecho la venta de él; y porque esto es, que las autoridades que han intervenido en ella la han considerado estrictamente conforme a la citada sentencia. Que no hay antecedente alguno que haga creer que la empresa se obligó a abrir dos calles, y debe ser absuelta de ésta y demás peticiones de la demanda, con costas.

CONSIDERANDO:

1° que la empresa ha justificado con el testimonio de personas más idóneas que los testigos de la otra parte, que aún no se han construido en su estación central todas las oficinas, galpones y corrales que le son indispensables, y el

ingeniero don Emilio Chevelier detalló en la nota testimoniada a f. 31 vta. y trazó en el plano que levantó: 2° que habiendo todavía mucho terreno enteramente desocupado, e ignorándose si él bastará para las obras que faltan, cosa que no dicen la comisión de ingenieros que informó a f. 85, ni menos los testigos que declararon al tenor del interrogatorio de f. 68, no puede con entera seguridad afirmarse si el terreno enajenado a la empresa del norte era o no innecesario a la del sur: 3° que no habiéndose otorgado a ésta ilimitadamente la expropiación de las diez y veinte y tres centésimas cuabras de terreno que pidió para su estación, sino bajo la condición de no poderlo destinar a otro objeto que su propio servicio, ha violado esa condición de las sentencias testimonias a f. 11 y 12, que limitaron el dominio de lo expropiado: 4° que, atendidos los términos tan explícitos de esas sentencias, que tienen la fuerza de una ley irrevocable para la empresa, no habría podido excusar la infracción de sus disposiciones, ni con una prueba de la cual hubiera resultado patentemente demostrada la necesidad de mucha mayor extensión de terreno que el expropiado; pues aun en este caso siempre habría podido decirse que respecto de las diez y veinte y tres centésimas cuabras no tenía libertad para hacer todo lo que habría podido un verdadero y absoluto dueño, sino que precisamente debía emplearlas en el servicio de su estación, por más que le conviniera enajenarlas a otra empresa: 5° que, habiendo adquirido mayor valor los terrenos inmediatos a la estación no tanto por el transcurso del tiempo como por la importancia que ella misma les ha dado y por las obras y adelantamientos operados en todo ese vecindario, Valdés ha sufrido un verdadero perjuicio obligándosele a aceptar por las treinta mil trescientas noventa y tres varas de terreno el precio que tenían al tiempo de la expropiación y no el que correspondía y tenía derecho legítimo para esperar en 1862, cuando fue vendido a la empresa del norte: 6° que habiendo la misma empresa mejorado el terreno, terraplenándolo y descepándolo, construyendo diques de cal y ladrillo en el canal de San Miguel y una pila de agua potable, como lo ha probado al tenor de su interrogatorio de f. 53, cuyas mejoras han influido en el subido precio que pagó el ferrocarril del norte, según lo manifiesta la tasación de f. 18, no es justo adjudicar a Valdés, a título de infracción de las sentencias de expropiación, el mayor valor que por los medios indicados ha comunicado la empresa del sur al terreno vendido; y 7° que no hay en autos prueba alguna ni de que la empresa demandada se comprometiera a abrir calles laterales, ni de que los ingenieros tasadores tomaran en cuenta esta ventaja para disminuir el valor del terreno expropiado ni el monto de los perjuicios. En mérito de estos fundamentos, y de conformidad con los arts. 1555 y 1556 del Código Civil, declárase: que la empresa demandada debe pagar a don Juan Miguel Valdés por las treinta mil trescientas noventa y tres caras del terreno aludido la diferencia de precio entre aquel que se le pagó al tiempo de la expropiación y el que merecía ese terreno el 6 de agosto de 1862, cuando fue vendido al ferrocarril de Valparaíso, y al efecto las partes nombrarán un perito cada una y un tercero en discordia para que sin ulterior recurso fijen esa diferencia de precio, debiendo dichos peritos considerar el terreno sin las mejoras realizadas en él y que constan por la prueba rendida al tenor de las nueve primeras preguntas del interrogatorio de f. 53. Con arreglo a la Ley 1 tít. 14 part. 3ª, se absuelve a la, empresa del ferrocarril del sur de todo lo demás que se ha pedido en la demanda de f. 13. *Ugarte Zenteno, Rengifo, secretario.*

2. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Santiago, junio 8 de 1864.

VISTOS:

Confírmase la sentencia apelada de 2 de abril último; con declaración que la tasación de los peritos queda sujeta a la aprobación judicial. Devuélvanse, *Montt, Cerda, Palma, Barriga, Reyes, Riesco*.

COMENTARIO

I. Tiene el lector a la vista una de las sentencias chilenas importantes del siglo XIX en materia expropiatoria. Se trata de un expediente que versa sobre los orígenes de la construcción de la Estación Central de Santiago, poco después de que el presidente Manuel Montt hubo promovido la extensión de las vías férreas de nuestro país hacia el sur. Esta especie, decidida en 1864, es una muestra representativa de los conflictos jurídicos que estuvieron asociados al mejoramiento de la infraestructura de transportes en Chile.

II. Conviene recordar que, en sus comienzos, la actividad empresarial de ferrocarriles fue desarrollada por privados; y que, solo a medida que se fue reconociendo por el Estado un interés público en su promoción y expansión, ella fue integrada como un elemento importante en la actividad administrativa¹. No obstante haber sido precedida por otras disposiciones de importancia, la primera ley general chilena sobre ferrocarriles fue promulgada en 1862.

Su artículo primero expresaba que “los ferrocarriles construidos por el Estado o a virtud de concesión o autorización de este, están sujetos a las prescripciones legales relativas a los caminos públicos en todo lo que no contraríen directamente los derechos que al empresario o empresarios que los hubieren construido correspondan, en conformidad a la ley que autorizó la construcción”².

Como puede advertirse, la ley reconocía dos grupos principales de mecanismos técnicos dirigidos a perfeccionar el alcance de la red de ferrocarriles: podía el Estado directamente encargarse de su construcción, o bien contar con la colaboración de particulares mediante técnicas concesionales o autorizatorias.

III. La Compañía del Ferrocarril del Sur, de iniciativa privada, previo desde la ley de 24 de agosto de 1855³ una participación fiscal en su propiedad. Su artículo 1º autorizaba al Presidente de la República para tomar en dicha Compañía “acciones hasta por la cantidad de un millón de pesos”. Esta participación, como era de

¹Respecto del período inicial de su desarrollo, puede consultarse nuestro *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, especialmente 152-157, 544-552 y 644-650.

²BLDG, XXX, p. 199.

³BLDG, XXX, p. 120.

esperarse, iba asociada a ciertas prerrogativas de interés público encaminadas a facilitar la construcción de la obra.

Por una parte, se concedía a la Compañía “el uso de todos los terrenos fiscales o municipales que sean necesarios para la formación del camino y edificios de la empresa” (art. 3°). Por otra, se declaraban “libres de derechos de alcabala los terrenos particulares que la Compañía adquiera para destinarlos al camino y oficinas necesarias”, a más de otras ventajas tributarias (art. 4°). Y, en fin, se declaraban “de utilidad pública los terrenos de particulares que se necesiten para el ferrocarril y sus oficinas, debiendo pagar la Sociedad su valor al precio de tasación de peritos, sin consideración a las ventajas que le dé o haya dado el camino” (art. 5°).

IV. Esta materia expropiatoria relacionada con la prerrogativa del artículo 5° de la ley de 24 de agosto de 1855 es la que permite aproximarse con mayor facilidad a la importancia de la sentencia *Valdés*. Expropiadas, en aplicación de esa disposición, algo más de diez cuadras de terreno para la construcción de la Estación Central de Santiago, parte de la extensión objeto de dicha operación fue enajenada por la Empresa de Ferrocarril del Sur al Ferrocarril del Norte. Esta enajenación hubiera quizás pasado desapercibida, de no ser por un punto práctico relevante: el precio de la enajenación había sido superior al de su adquisición. Con ello se planteó la discusión –de índole jurídico-económica– acerca de si una operación de esta naturaleza era o no conforme a derecho.

V. Sin entrar aún a examinar el punto –muy importante en este caso– de la cláusula que el expropiado había logrado introducir en la enajenación del terreno previo a su aprobación judicial, conviene detenerse en el punto crucial acerca de *si es lícito o no que el Estado –o una empresa ligada a él– ejerza una potestad expropiatoria para obtener un beneficio económico*.

El demandante expropiado expuso, con el objeto de ser restituido en el dominio, o al menos indemnizado de su pérdida, que el expropiante “extendió su dominio más allá de lo que era indispensable, haciendo por este medio un negocio que solo al exponente pertenecía”. La Compañía ferroviaria respondió a esta argumentación que “la expropiación por utilidad pública, una vez declarada por la autoridad competente, produce un título irrevocable de propiedad” (con lo que no procedería una restitución), y que “la diferencia de precio del terreno no depende de que valieran más en 1862 al tiempo de la expropiación, sino de mejoras efectuadas en él y de varias ventajas concedidas por la empresa vendedora que el demandante jamás pudo ofrecer” (con lo que no procedería una indemnización).

La acertada solución de los tribunales dependió en buena parte de una apreciación probatoria bien lograda. Por una parte, se sirvió de la confesión de la Compañía en torno a que “aún no se han construido en su estación central todas las oficinas, galpones y corrales que le son indispensables” (cons. 1°); por otra, de diversas declaraciones que llevaban a concluir que “no puede con entera seguridad afirmarse si el terreno enajenado a la empresa del norte era o no innecesario a la del sur” (cons. 2°). Con ello quedaba demostrado *el carácter a lo menos anómalo de la enajenación*, pues aparecía que los terrenos podían ser necesarios para el éxito del proyecto original.

VI. ¿Por qué, entonces, se habría procedido a esta enajenación de terrenos entre ambas empresas ferroviarias? Y es aquí donde el motivo económico surge para explicar la anomalía. El Juzgado de Letras estimó que “habiendo adquirido mayor valor los terrenos inmediatos a la estación no tanto por el transcurso del tiempo como por la importancia que ella misma les ha dado y por las obras y adelantamientos operados en todo ese vecindario, Valdés ha sufrido un verdadero perjuicio obligándosele a aceptar por las treinta mil trescientas noventa y tres varas de terreno el precio que tenían al tiempo de la expropiación y no el que correspondía y tenía derecho legítimo para esperar en 1862, cuando fue vendido a la empresa del norte” (cons. 5°).

En otras palabras, el tribunal se puso en el caso de que estos terrenos, considerados en definitiva superfinos por la Compañía del Ferrocarril del Sur, jamás hubieran sido expropiados por esta. En tal caso, el predio se hubiera visto beneficiado de los adelantos que sufrió este vecindario de Santiago (a la sazón periférico), y el particular hubiera podido enajenarlo en un precio más favorable que el que le fue pagado.

De dicho incremento, sin embargo, terminó beneficiándose la Compañía. Habiéndose desprendido con tanta facilidad del predio, el tribunal entendió que, al menos en parte, la finalidad de la expropiación no había sido la utilidad pública, sino un provecho propio de la referida empresa, lo que era aún más censurable atendido a que se trataba de terrenos que, según los planos, estaban previstos para instalaciones y dependencias del servicio ferroviario.

En definitiva, o la finalidad de la expropiación había sido torcida, o la finalidad de la enajenación había sido torcida, o ambas; pero no podía entenderse que la Compañía había actuado lícitamente en este caso. Si se hubiera dado el primer caso, la expropiación había sido *directamente* contraria a la utilidad pública. Si se hubiera tratado del segundo, la expropiación lo había sido *indirectamente*, en razón de que, por una actuación de la Compañía, posterior a la expropiación, se había frustrado la utilidad pública de los terrenos.

En síntesis, en cuanto al comportamiento de la Administración puede concluirse que los tribunales entendieron que la *conformidad a derecho de la finalidad* es un requisito de cualquier actuación pública, incluso de aquellas en que –como la expropiación– las potestades públicas muestran un mayor desequilibrio entre las prerrogativas del Estado y las posibilidades de los particulares. Por ello, una expropiación con una finalidad de satisfacción de la utilidad pública directa o indirectamente transgredida, y reemplazada por un afán de obtención de ventajas económicas injustas –para colmo, amparada en la imperatividad unilateral del Estado en estas materias–, es contraria a derecho.

Como se puede advertir, este razonamiento es similar –aunque no totalmente coincidente– al que dio lugar a la acción de retrocesión en materia expropiatoria durante el siglo XX chileno.

VII. Otro ámbito en que lo decidido por nuestra judicatura en esta especie cobra especial relevancia es la *imperatividad de la contratación pública*. Esto no era una novedad en el derecho patrio: una importante sentencia *Portales, Cea y Compañía*, pronunciada en la década de 1820; declaró solemnemente que “es inherente al

honor y gloria de la Nación el religioso cumplimiento de los empeños que a su nombre se contraen"⁴.

La sentencia *Valdés* se inscribe como continuadora de esta sana tradición jurídica chilena. El problema, en este caso, era confrontar la fuerza de la acción expropiatoria con la fuerza del contrato que la había precedido y que le había dado origen. Como se puede advertir de lo expositivo de la sentencia, la empresa estatal argumentaba que "la expropiación por utilidad pública, una vez declarada por la autoridad competente, produce un título irrevocable de propiedad que no depende de condiciones resolutorias". Dicho de otro modo, la Empresa pretendía que se considerara irrelevante en derecho el *íter* por el cual se había llegado a consolidar la situación jurídica, porque su resultado (la expropiación) gozaba de tal fuerza que no podía ser afectada ni aun cuando se hubiera violado las disposiciones que le daban lugar.

No cabe duda de que, ya en esa época, así como en la nuestra, la expropiación se consideraba como una actuación dotada de una fuerza enorme, y que por lo tanto debía concebirse como una situación excepcional frente a la general protección que sobre el dominio otorgaba el ordenamiento jurídico. La Constitución de 1833, vigente en ese entonces, prescribía como una de las disposiciones fundamentales del derecho público de Chile aquella que garantizaba "la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se valore a juicio de hombres buenos"⁵.

Entonces, ¿podía concebirse la actividad expropiatoria como dotada de una fuerza irresistible, colocada fuera de la órbita de la legalidad? *Valdés* viene a responder decididamente por la negativa. Si la expropiación fue el producto de un acuerdo entre la Empresa y un particular, este acuerdo (un contrato) es imperativo y debe ser respetado por las partes celebrantes.

VIII. Es cierto que la sentencia no resuelve directamente operando sobre el tenor de las cláusulas acordadas por las partes, sino que expresa depender de la aprobación de dichas cláusulas por parte de la autoridad judicial. Con ello, aparentemente, la imperatividad contractual se vería substituida por el reconocimiento de la autoridad de la cosa juzgada; y, por lo tanto, esta sentencia no sería útil para apoyar conceptualmente el reconocimiento del rol del *íter* negocial.

Pero una conclusión tal sería errónea, porque desconocería el modo de configuración de la institucionalidad de la época. Como se ha visto, la Constitución de 1833 (siguiendo al artículo 17 de la de 1828), requería de una sentencia judicial para perfeccionar el acto expropiatorio; y la legislación complementaria, dada eminentemente por el decreto ley de expropiaciones de 14 de agosto de 1838, reiteraba la misma regla en su artículo 1°: "la expropiación por causa de utilidad

⁴Tribunal arbitral, 9 de noviembre de 1827 (transcrita en Rengifo, Osvaldo, *Don Manuel Rengifo. Su vida y obra*, Editorial Andrés Bello, Santiago, p. 30).

⁵Constitución Política de la República Chilena (1833), art. 12 N° 5.

pública a que hubiere lugar con arreglo a lo dispuesto en el número 5º artículo 12 de la Constitución, sólo podrá llevarse a efecto por decreto de la autoridad judicial”⁶. En síntesis, insoslayablemente la fuente directa debía ser una sentencia; porque sin sentencia jamás hubiera habido expropiación.

Por lo tanto, lo verdaderamente relevante en esto es que la sentencia *recogió efectivamente* las cláusulas contractuales, incluida aquella que apuntaba al condicionamiento de la enajenación al efectivo cumplimiento de la referida utilidad pública. De lo anterior se explica que, yendo más allá del mero reconocimiento a la finalidad de cumplimiento de la utilidad pública, el juez haya descartado la argumentación, astutamente alegada por la Empresa, sobre que la utilidad pública se vería igualmente satisfecha por la empresa del ferrocarril del norte. Así, la *finalidad de la expropiación* y la *imperatividad de la contratación* se complementan mutuamente para reprochar doblemente la actuación de la Compañía de Ferrocarriles. Es más; el reproche en realidad es triple, pues, al censurarse la violación de la sentencia que aprobaba el acuerdo conducente a la expropiación, el tribunal está planteando la necesidad de *acatar y obedecer la cosa juzgada* por parte de la Empresa litigante.

IX. La importancia de la lógica contractual es tal, que condiciona la resolución del pleito. En efecto, el juez, reconociendo la actuación irregular de la Empresa, bien pudo haberlo examinado bajo el prisma legalidad/ilegalidad, y por lo tanto el de validez/nulidad. Pero no lo hizo así. Reconoció que, eminentemente, esta cuestión pendía del problema de la imperatividad, y por lo tanto de los efectos del incumplimiento del contrato (y de las sentencias) por parte de la Empresa.

Por ello, debiendo decidir entre las cosas pedidas por el particular –“restituirle los terrenos enajenados o bien la diferencia de precio entre el que se pagó por ellos y el obtenido ahora en el contrato de f. 1”–, optó por el pago de la diferencia de precio. Esto obedeció a una ponderación de naturaleza práctica, en el entendido que el particular no tenía una especial predilección por dichos terrenos, ya que el reclamo venía motivado por la merma patrimonial derivada de estas operaciones.

De tal modo, el juez operó conceptualmente sobre la base del artículo 1555 del Código Civil, en cuanto a la indemnización derivada de la violación de una obligación de no hacer, y el artículo 1556 del mismo cuerpo normativo, entendiendo que la indemnización comprendía tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En este sentido, el tribunal dio por acreditado que el mayor valor que había adquirido el terreno “por la importancia que ella misma [la estación] les ha dado y por las obras y adelantamientos operados en todo ese vecindario” (cons. 5º) no era el único, sino que también se derivaba de las mejoras directamente realizadas en el terreno. En consecuencia, la indemnización debía calcularse considerando “el terreno sin las mejoras realizadas en él” (dispositivo de la sentencia). De otro modo, la indemnización, lejos de representar una reparación por la pérdida del mayor valor, se hubiera transformado (al menos parcialmente) en un enriquecimiento contrario a derecho y se hubiera alejado de la lógica correctiva que pretendía perseguir.

⁶BLDG, VII, p. 64.

X. Como otras sentencias importantes, la que se comenta en estas líneas abre perspectivas para el tratamiento de múltiples líneas. Así, por ejemplo, cabría también comentar las repercusiones que infiere sobre la lógica de los derechos reales una expresión como la de que la Empresa “no tenía libertad para hacer todo lo que habría podido un verdadero y absoluto dueño” (cons. 4°); o las consecuencias de la aplicación del Código Civil en materia administrativa, ya evidente a pocos años de entrado este en vigor.

Pero quizás tal dispersión del análisis diluiría la inmediata apreciación del impacto de sus puntos basales: *finalidad, imperatividad, justicia indemnizatoria*; todo ello en un contexto como el expropiatorio, en donde el peso del poder estatal pareciera ocasionalmente inspirar ínfulas de arbitrariedad a quienes primariamente están encargados de desplegar la praxis administrativa en vistas del bien común.

GABRIEL BOCKSANG HOLA*

*Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: gbocksan@uc.cl. Este comentario ha sido preparado en ejecución del proyecto CONICYT Fondecyt/Regular N° 1170137, “El derecho administrativo chileno en el período de incorporación de la codificación sustantiva decimonónica (1861-1890)”, cuyo investigador responsable es el autor.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV., *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero* (editor M. Ayuso). Marcial Pons. 2016 (238 pp.).

Esta obra de interesantísimo contenido estudia de modo riguroso y desde diversos ángulos lo que significó en los aspectos político-jurídicos la “revolución” protestante.

Parte con un luminoso estudio de J. A. Widow sobre Naturaleza y gracia según Lutero, punto central del alejamiento de este del evangelio de Jesucristo al negar la libertad humana, al que se agregan Lutero y los orígenes religiosos de la secularización, de J. F. Segovia, La conciencia y sus consecuencias en el orden moral, la irracionalidad práctica en el pensamiento de Lutero, de J. L. Widow, La libertad protestante y los ordenamientos jurídicos contemporáneos, de A. Ordoñez, Los orígenes protestantes del Estado moderno. De L. M. de Ruschi, La democracia protestante como premisa de las doctrinas políticas modernas, de G. Dumont, La progenie protestante del derecho subjetivo y los derechos humanos,. De de H. Gómez, Lucha de clases como efecto de la doctrina protestante, J. A. Ullate, La influencia de la teología protestante en el derecho de bienes y contratos. El nuevo pacto protestante, de B. M. Mc Call y La matriz protestante de la política y el derecho modernos, de M. Ayuso.

Un volumen que ilumina de modo muy claro y que no siempre es posible encontrar por el “escamoteo” que se hace usualmente de la historia con fines *pro domo suo*, el panorama del derecho constitucional moderno y del derecho político que en no pocas ocasiones se enseña como si fuéramos tributarios de la revolución protestante, o como si fuéramos colonia inglesa o norteamericana, olvidándose de la muy rica tradición vernácula. Cuánta razón tiene don Mariano Egaña cuando escribía a su padre desde Londres en 1828 (carta del 16 de febrero) “nada valen las instituciones si no están apoyadas sobre el carácter nacional.... las leyes nada son sin las costumbres, aunque aquellas sean el producto del mayor saber y civilización”.

Hermógenes Pérez de Arce, *Historia de la revolución militar chilena 1973-1990*. Editorial El Roble. Santiago de Chile. 2018 (644 pp.).

En 18 capítulos y un Apéndice, nutrida bibliografía y un abundante índice onomástico, esta obra que ya a pocas semanas de su aparición tiene una segunda edición, revela una vez más la pluma privilegiada de su autor, quien ya en 1973 daba a luz sus *Comentarios escogidos*, que reunía sus vibrantes charlas radiofónicas matutinas de Radio Agricultura en donde comentaba cada mañana la situación cada vez más caótica que se vivía por aquel periodo tan tristemente célebre del desgobierno marxista comunista 1970-1973, presidencia Allende, que desembocara en la mayor crisis política, jurídica, social y económica que sufriera el Chile republicano en toda su historia, y en que el odio sembrado por quienes hacen de la lucha de clases su lema político, subsiste hasta hoy por quienes proclaman “ni perdón ni olvido”...

Se articula la obra en capítulos que van por año desarrollando lo que ocurría por aquel tiempo, desde 1973 a comienzos de 1990 cuando el Presidente Pinochet entrega el mando presidencial al ganador del plebiscito de 1989, el 11 de marzo de 1990. Hay un recuento muy pormenorizado de la historia que se iba desarrollando; sin entrar en detalles, me parece útil destacar 1973, una revolución imposible de evitar (el autor era diputado aquel año), 1977, el despegue económico, 1979, paz social, 1980, el año de la Constitución, 1981, Presidente Pinochet elegido, 1986 el año decisivo comunista, con el atentado de la cuesta Achupallas domingo 7 de septiembre 1986 (y el asesinato de varios escoltas e integrantes de la comitiva presidencial) y 1990, misión cumplida. El apéndice referido estudia la pretendida fortuna del Presidente Pinochet y el fiasco del juicio seguido con ocasión de ello.

A pesar de las más de seis centenas de páginas y notas en cada capítulo (106 en el capítulo 1), se lee esta *Historia* de corrido en sus distintos capítulos, que dan noticia, con las fuentes en la mano, de los hechos que marcaron el periodo presidencial más largo de nuestra historia patria, que enriera al país en la senda del progreso basado en el esfuerzo personal de cada uno y su sentido de responsabilidad, lo que ha llevado a Chile al primer nivel de la América Hispana y ejemplo de desarrollo.

Fundación Jaime Guzmán, *Ideas y Propuestas 2017-2018*. Editorial JGE. Santiago de Chile. 2018 (300 pp.),

Cumpliendo diez años de publicación, este volumen, al igual que los anteriores, reúnen estudios (24) sobre temas sociales y económicos (10), políticos institucionales (10) y temas internacionales (4), estudios que han ido siendo publicados quincenalmente en secuencia continua durante el año comprendido entre abril 2017 y marzo 2018.

En el primer tema, de interés aparecen, entre otros, Desafíos del emprendimiento en Chile, Migración en Chile, un desafío pendiente, ¿A quién representa la Confec? La sobreideologización del organismo, Nuevo Servicio Nacional del Consumidor ¿mayor protección de los consumidores?, El otro legado: la postergación de la calidad de la educación. En los temas político-institucionales destacan Frente Amplio, una nueva izquierda populista, Aborto y Tribunal Constitucional, un fallo con profundas consecuencias éticas y jurídicas, Aborto y objeción de conciencia, un presupuesto esencial del Estado de Derecho, Identidad de género, un proyecto ideológico. En temas internacionales, Venezuela ¿a qué se debe la crisis?, Modernización y transparencia del Estado en América Latina, La experiencia de los movimientos pro familia en Europa, y Dos modelos de desarrollo en pugna en América.

Estudios breves pero bien fundamentados y con rigor intelectual que son muy útiles para comprender temas que tanto en Chile como en América nos toca a todos. Felicitaciones a la Fundación Guzmán por la continuidad y permanente actividad intelectual traducida en escritos que pueden ser consultados en textos impresos que quedan y no se esfuman en la intangibilidad de una red.

I. CHILE

Actualidad Jurídica – Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo
Nº 38/2018.

De su tema central “La igualdad ante la ley” destacamos La importancia del Tribunal Constitucional en la defensa de la limitación del poder en la protección de los derechos fundamentales (E. Navarro Beltrán), Potestades disciplinarias del empleador (E. Bécar L.), El abuso de las minorías en la sociedad anónima (E. Alcalde-Rutherford). De la sección Estudios y Ensayos, de interés, Acerca de los vacíos legales y la proporcionalidad de las sanciones administrativas (N. Enteiche R.) y Revisión crítica de la noción de trabajo esclavo (J. M. Lecaros Sánchez).

Derecho – Facultad de Derecho Universidad Católica del Norte/Antofagasta
Nº 2/2017.

De interés: La función administrativa discrecional y la consulta indígena (S. Fuenzalida B.) y Tensiones en torno a la parentalidad en el sector público: prestaciones de posnatal y de sala cuna en extensión (P. Arellano O.).

Revista Chilena de Derecho – Facultad de Derecho – Universidad Católica de Chile – Vol. 45 Nº 1/2018.

Destacamos: Hacia un nuevo acuerdo en la regulación de los cementerios: la evolución de las normas civiles y canónicas a lo largo del siglo XX (A. Irarrázaval), Causales de inadmisibilidad de opiniones consultivas: reforzando el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos (G. Candia), El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República (L.A. Silva I.), Medidas para prevenir la producción de escombros en Roma y sus municipios (R. de Castro-Camero) y Razones sistemáticas más un argumento teórico para rechazar la constitucionalidad del proyecto de aborto en tres causales en Chile (R. Madrid).

Revista de Derecho Público Iberoamericano – Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo N° 12/2018.

De interés: Determinación y fijación de los cauces naturales en Chile, el límite entre un bien nacional de uso público y la propiedad privada (A. Cabrera), El recurso de amparo y el otorgamiento de libertad condicional en la jurisprudencia de la Corte Suprema (F. Lizama A.), Los derechos sociales, la nueva tradición constitucional y sus problemas (J. A. González), La ejecución de las resoluciones firmes en materia de acceso a la información pública (C. Román), El bien y lo justo (G. Turco), Derecho de información del paciente, alcances prácticos (G. C. Leighton) y Tribunal Constitucional y derechos de los consumidores (E. Soto Kloss).

Revista de Ciencias Sociales – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso N° 70/2017.

Destacamos: Discriminación y el caso de Lorenza Cayuhán (P. Pérez G.) y Elementos para un análisis de la relación entre el derecho fundamental y la violencia (F. A. Ruay S.).

Nova Criminis – Universidad Central - Vol. 9 N° 1/2017.

De interés: La radicalización de la denuncia. Conflicto, movimientos sociales y terrorismo (V. Ruggiero) y El principio de legalidad y la responsabilidad penal del empresario en una sentencia del Tribunal Constitucional español (S. Zárate G.).

Revista de Derecho – Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae N° 2/2015 y N° 1/2016.

De la primera, dedicada a Reformas Constitucionales, destacamos: ¿Obstinación en el proceso constituyente? (J. L. Cea E.), ¿Nueva Constitución? (M. Verdugo M.), ¿Es necesaria una nueva Constitución? (E. Navarro B.), La aprobación de las Constituciones chilenas y la necesidad de una nueva Constitución (E. Pfeffer U y F. Lizama A.), Reflexiones acerca del proceso constituyente en curso (M. A. Fernández G.), La reforma constitucional y el proceso constituyente (L. Ríos A.) y El problema constitucional. Perspectiva de Ciudadanos (E. Evans E.- S. Sichel). De la segunda, dedicada a Propiedad intelectual e industrial, de interés: Licencias no voluntarias

de patentes farmacéuticas en Chile y en la legislación comparada (C. Iglesias M.), Estudio sobre el régimen legal en Chile de las denominaciones de origen (C. Paz A.), Sistemática de los recursos procesales en procedimientos de la competencia marcaria (M. Morales A.), Sanciones en materia de propiedad industrial y principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional (E. Navarro B.) y Privilegios industriales y transferencia pública (R. Puchi Z.).

II . EXTRANJERO

Iusta – Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Bogotá-Colombia N° 48/2018.

Destacamos: Una nueva propiedad intelectual para el siglo XXI (G. Castro A.), El juez de vigilancia penitenciaria en España, referente de la ejecución penal en América Latina (O. Huertas D. y otros), La fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado (S. Vargas F.) e Inseguridad jurídica ante el impedimento del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad dentro del proceso para la paz (D. Joya R. – A. Sánchez M.).

Revista de Informação Legislativa – Senado Federal Brasilia N° 216/2018

De interés: Designación de magistrados de tribunales y cortes constitucionales por su procedencia regional, los casos de España, Canadá y Argentina (J. O. Bercholc), Conflicto entre órdenes públicas en el espacio cibernético (D. Bock B. - Plinio Melgará) y Repensando la judicialización de la salud como base del fortalecimiento de los medicamentos (G. Marmestein Lima).

NOTICIAS

VEINTE AÑOS DE *IUS PUBLICUM* (1998-2018)*

En marzo del presente año de 2018 ha aparecido el N° 40 de la revista *Ius Publicum*, y es con ocasión de ello que nos reunimos hoy para celebrar veinte años de publicación ininterrumpida y en tiempo, de esta revista semestral (septiembre-marzo) que lleva por título una expresión latina, que significa “Derecho Público”.

1. El haber escogido esta expresión latina no ha sido algo folclórico o para presumir de cultos sino con la intención de recuperar el sentido originario de “lo público”, que para los romanos –que algo sabían de Derecho y de gobierno de la ciudad (recogido de los atenienses)– y especialmente del derecho romano clásico, lo “público” es lo propio del “pueblo” (*populus, populusque, poplicum, publicum*), es decir lo referente a la comunidad, a la *publicam utilitatem* como diría Ulpiano (*Digesto* 1.1.1), no al Estado como aparecerá con el absolutismo monárquico en el Occidente de los siglos XVI y XVII (v. gr. Francia e Inglaterra). El derecho público mira a la “protección de las personas”, hoy ciudadanos (que no súbditos), y constituye un “límite” y propiamente, la “condición de existencia” de las potestades públicas y del ejercicio de la actividad de gobierno (legislativa, judicial y también contralora), las cuales, como lo dispone expresamente la Constitución vigente, en su artículo 1° están “al servicio de la persona humana” en su misión de promover el bien común de la sociedad política en lo temporal, “con pleno respeto de los derechos de las personas” y de las garantías establecidas en ella (inciso 4°).

De allí el título. Se trata de una publicación especializada, no generalista, como las hay no pocas en nuestro medio jurídico universitario, puesto que se refiere a lo usualmente se entiende como “derecho público”, esto es los derechos constitucional, administrativo, procesal, penal, internacional público, tributario, sin perjuicio de otras ramas emergentes como ambiental, de la energía y aún otras.

Pero esta Revista cuenta con una particularidad muy precisa, se desenvuelve en una visión de “iusnaturalismo clásico”, de ambientación tomista, esto es entendido *el Derecho como justicia (ipsa res iusta)*, como *lo justo*. Esta visión –valga recordarlo– es la visión de los griegos (Aristóteles/*to dikaion*), los romanos (*ius sive iustum*) y todo el medievo, glosadores, postglosadores y comentaristas, hasta que apareciera la revolución (que no reforma) luterana (con la abjuración de la razón, la adhesión a la libertad negativa y una aplicación pelagiana de que basta la sola voluntad humana, despreciando la “gracia” divina/sola fides), la expansión del

*Palabras del Profesor don Eduardo Soto Kloss, Director de *Ius Publicum*, con ocasión de la aparición del N° 40/marzo 2018, y veinte años de publicación ininterrumpida, Aula Magna de la Universidad Santo Tomás, viernes 11 de mayo de 2018.

voluntarismo (que ya venía de Ockham/siglo XIV) y el positivismo laicista de la revolución francesa (sanguinaria y genocida/recuérdese La Vendée y Lyon), en que el derecho aparece ya como voluntad, como *potestas*, como fuerza, como “poder de dominación” sobre la sociedad, ya en perspectiva hegeliana marxista, sea leninista, sea gramsciana, pero siempre de clara visión anticristiana y antihumana.

2 ¿Cómo nació esta publicación, que ya lleva 40 números y 20 años de edad? Habría que decir que de la manera más simple y sin dilaciones ni rodeos, ni tramitación burocrática.

En efecto, en marzo de 1998 –hace veinte años– asumí el cargo de “Decano académico” de esta Universidad, bajo la fecunda Rectoría de don Gerardo Rocha Vera, que fuera su fundador, como asimismo antes fundador de las hoy llamadas “Instituciones Santo Tomás” (colegios, centros de formación técnica (la recordada Propam), e institutos profesionales), hombre de inteligencia rápida, y aguda y de decisiones exitosas en el campo de la educación y con una profunda sensibilidad social. Este cargo de “Decano académico”, que era bastante original, se caracterizaba por tener a cargo solo la parte académica docente de la Escuela de Derecho, fundada años antes, en que la parte administrativa y financiera estaba centralizada en otras unidades de la Universidad. Fue así como le señalé la necesidad de que una Facultad tuviese una revista que manifestara la visión del derecho como justicia y que tuviera fundamentos en la filosofía y la historia, auxiliares los más indispensables del derecho y sin las cuales este se convierte en mera tecnología, algo meramente instrumental, perdiendo su sustancia, que es concretar la justicia en la convivencia social. La idea fue aceptada de inmediato y puestas las manos a la obra su N° 1 estuvo ya para su distribución al público en septiembre de 1998, en un formato que es idéntico al de hoy y con la misma visión original, que ha permanecido inalterada.

En recuerdo de quien apoyara siempre esta publicación se ha incluido un “In memoriam” en este N° 40 cuya lectura sugerimos, tanto más que este año 2018 también se cumplen 25 años de una idea suya que se plasmó a nivel mundial como fue unir a todas las Universidades San Tomás que existen en los cinco continentes, como es el Consejo Internacional de Universidades Santo Tomás, más conocido como Icosta, y del cual el rector Rocha Vera fuera su creador visionario y organizador activo y eficiente.

3. La estructura de esta publicación ya veintiañera es bastante original para una revista jurídica pues cuenta con una sección “Estudios”, muy normal y frecuente, con trabajos monográficos de derecho público, y en la que suelen incluirse temas de filosofía del derecho, filosofía política, historia del derecho y de las instituciones políticas, una sección “Crónica” (con artículos breves) dividida en tres partes, *Reflexiones Tomistas* (glosas actuales sobre textos de Santo Tomás de Aquino), *Reflexiones Éticas* y *Reflexiones Fuertes*, una sección “Documentos” (en la que se incluyen textos del magisterio pontificio), una sección “Actualidades” (sobre temas que se discuten hoy), una sección “Jurisprudencia” (comentarios de fallos judiciales, especialmente de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional), una sección “Bibliografía”, con *Reseña de Libros*, tanto jurídicos como de filosofía política y del derecho y de historia del derecho, y *Reseñas de Revistas* jurídicas tanto chilenas como del extranjero y, finalmente, una sección “Noticias” (de actividades de la Universidad Santo Tomás); además, se incluye el listado de todas las publicaciones aparecidas con el sello de *Ius Publicum* desde 1998 a la fecha (18).

Como decíamos en la presentación del N° 1, de septiembre 1998, “una revista es una pasión compartida”, entre autores, lectores y su director. Esperamos haber cumplido esta verdadera “circulación intelectual” y nuestra finalidad es que *Ius Publicum* sea de provecho para todo el que la lea y que el Derecho sea, siquiera entre nosotros, un instrumento de justicia, un medio para concretar lo justo, que permita de algún modo vivir en paz en la convivencia social de cada día y se haga, así, realidad aquello de que hablaba hace más de 2700 años el gran profeta Isaías, “la paz es obra de la justicia” (32, 17).

DESTACADOS ACADÉMICOS PARTICIPARON DEL IV CONGRESO INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA TOMISTA

La actividad se inició con una Santa Misa celebrada por el Cardenal Monseñor Ricardo Ezzati y con la charla magistral de Serge-Thomas Bonino, presidente de la Academia Pontificia de Santo Tomás de Aquino en el Vaticano.

Reconocidos estudiosos e investigadores del tomismo a nivel mundial se congregaron para dar vida al IV Congreso Internacional de Filosofía Tomista, que se llevó a cabo entre el 17 y 19 de julio en la Universidad Santo Tomás. En esta versión, el encuentro estuvo dedicado al lema *Operari Sequitur Esse* (“el obrar sigue al ser”), el cual se refiere a las relaciones entre la naturaleza y la acción, relaciones que se analizaron desde perspectivas teológicas, cosmológicas, éticas y antropológicas.

La jornada inaugural comenzó con la intervención del Vicerrector Académico de la UST, Sebastián Rodríguez, quien destacó la importancia que tiene para la Universidad organizar este tipo de encuentros inspirados en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino. “Uno de nuestros objetivos fundamentales no es solo formar profesionales altamente calificados en lo disciplinario, sino que también, personas virtuosas y competentes, lo que queda reforzado por la visión de Santo Tomás de Aquino, que nos sirve de base implícita para nuestro proyecto educativo, el que se centra tanto en el docente que enseña como en el estudiante que aprende”, aseguró Rodríguez.

Por otro lado, Ignacio Serrano, Director del Centro de Estudios Tomistas UST, comentó que el objetivo de esta instancia siempre ha sido otorgar un punto de encuentro entre las tradiciones tomistas. “El congreso está destinado a pensar en la relación entre el orden de ser y el orden de actuar con el fin de comprender el ser de las cosas como criterio orientador de la acción. A nosotros nos mueve la convicción de que las cuestiones importantes solo pueden tomarse desde la raíz, aunque eso deje más veces preguntas que respuestas o soluciones”, agregó.

PENSAMIENTO TOMISTA EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Serge-Thomas Bonino, O.P., presidente de la Academia Pontificia de Santo Tomás de Aquino en el Vaticano, fue el expositor encargado de realizar la conferencia magistral inaugural, la que fue titulada “Ser y actuar en el ángel”. La ponencia se dividió en dos grandes temas: primero, Bonino presentó las tesis principales de Santo Tomás sobre la relación entre el ser y el actuar en el ángel. En una segunda

parte, abordó la acción del ángel como forma de superar la incomprensible finitud ontológica de la criatura por medio de su propia integración en el orden del universo y la unión de Dios.

“La acción es para las criaturas un remedio a la finitud ontológica, como dice explícitamente Santo Tomás sobre el conocimiento en el párrafo 2 de *De Veritate*. Por medio de la superación que le permite la acción, que lo dilata a las dimensiones de la totalidad, el sujeto se promueve a sí mismo hacia su perfección y deviene bueno simplemente”, explicó Bonino.

Por otro lado, para analizar el pensamiento de Santo Tomás de Aquino en el mundo actual, Mauro Mantovani, S.D.B., presidente de la Conferencia de Rectores de Universidades Pontificias en Roma, presentó durante la segunda jornada la charla magistral “Agere sequitur esse. ¿Cómo considerar el ‘sequitur’ en la relación entre metafísica y antropología?”.

“Cómo las personas viven y se relacionan con los otros realizando el bien común es lo que más nos interesa manifestar, como una contribución que el pensamiento tomista puede dar a los problemas y a los desafíos de la vida actual de nuestra sociedad. Yo soy salesiano, por eso es también un reto pensar esto desde la educación hacia los jóvenes”, dijo Mantovani.

En tanto, Michael Sherwin, O.P., profesor de Teología Moral de la Universidad de Fribourg en Suiza, se refirió al concepto de animal racional en la época contemporánea. “Hemos olvidado demasiado nuestra animalidad, somos animales racionales y eso influencia nuestra vida. Debemos estudiar las virtudes cristianas, ¿son ellas virtudes animales y en qué sentido?”, comentó Sherwin en la ponencia que dictó el último día del encuentro.

EXPOSITORES

Durante los tres días que duró el congreso, participaron destacados académicos extranjeros y nacionales, entre ellos, Thomas M. Osborne, director del Centro de Estudios Tomistas de la Universidad Santo Tomás de Estados Unidos, quien dictó la conferencia magistral “Hábitos operativos y naturaleza racional”.

También se realizaron las exposiciones de Steven A. Long, profesor de Ética de la Universidad Ave María de Estados Unidos, Mauro Ronco, profesor de Derecho de la Universidad de Padova en Italia, y Antonio Amado, académico de Metafísica de la Universidad de los Andes.

En la ocasión, además, se presentaron cuatro libros editados por el CET de la UST y se hizo un homenaje póstumo al profesor Germain Grisez, quien participó como conferencista del congreso en el 2014 fallecido recientemente. En dicho reconocimiento, al mismo tiempo, se celebraron la vida del ilustre filósofo y teólogo y la encíclica *Humanae vitae*, que cumple 50 años este mes y cuya doctrina fue defendida por Grisez desde 1964, antes de la promulgación del documento.

Los Congresos Internacionales de Filosofía Tomista que se realizan de manera bianual, son coordinados por el Centro de Estudios Tomistas de la UST y patrocinados por la Sociedad Internacional Tomás de Aquino (SITA) en Chile. Su misión es ofrecer un espacio de conversación, ser una plataforma de difusión sobre el pensamiento de Tomás de Aquino y la doctrina católica, como también congrega a las principales autoridades de las sociedades de estudios tomistas, con el fin de establecer lazos de amistad y organizar redes de trabajo entre distintos países.

EDICIONES IUS PUBLICUM

- **Ius Publicum – Revista semestral (marzo/septiembre)**

Dedicada a temas de derecho público y comparado, secciones de Estudios, Crónicas (actualidad), Jurisprudencia (comentada), Documentos, Actualidades, Jurisprudencia, y Recensiones y reseñas bibliográficas (de revistas jurídicas chilenas y extranjeras).

Valor \$ 20.000 suscripción anual = nacional
 US\$ 50 suscripción anual (envío correo aéreo certificado) = extranjero
 Números disponibles del 8 al 12 \$ 7.500; 13 y siguientes \$ 10.000.

- **Cuadernos IUS Publicum**

Dedicados a temas de derecho público, de carácter monográfico, con un menor volumen de páginas y referidos a la actualidad nacional
 Valor \$ 10.000

- **Conferencias Santo Tomás de Aquino – Publicación anual (noviembre)**

Contiene los textos de las Conferencias anuales que desde 1998 el Decanato de Derecho organiza sobre un tema jurídico de interés actual.

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
El derecho, un arte de lo justo	1998 (93 pp.)	Vial Larraín, Samper Polo, García-Huidobro, Madrid Ramírez y Guzmán Brito.	\$ 5.000
Derecho y familia	1999 (147 pp.)	Ginés Ortega, Soto Kloss, Domínguez Hidalgo, Echeverría Gálvez, Brito y Jensen Acuña.	\$ 7.000
Los derechos de la persona que está por nacer	2000 (146 pp.)	Ginés Ortega, Perreta Paiva, Martín Martín, Rodolfo Barra, Fernández González, Soto Kloss, Rubio Huidobro.	\$ 7.000

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
La mujer ante la sociedad y el derecho	2001 (114 pp.)	Ginés Ortega, García-Huidobro, Vivanco Martínez, Domínguez Hidalgo, Rodríguez Boente y Lazo Rodríguez	\$ 7.000
Moral y derecho, hoy	2002 (137 pp.)	Vial Larraín, Castaño, García-Huidobro, Martín, Ginés Ortega y Fontaine Aldunate	\$ 7.000
Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos	2003 (234 pp.)	Soto Kloss, Bocksang, Aguerrea, Lara y Aróstica.	\$ 18.500
Sanciones administrativas, camino de servidumbre	2005 (171 pp.)	Gómez de Pedro, Soto Kloss, Alcalde, Aróstica, Aguerrea y Arancibia	\$ 17.500
La responsabilidad del Estado-Administración	2006 (156 pp.)	Soto Kloss, Arancibia, Martínez Estay, Mertehikian, Valdivia y Aguerrea	\$ 17.500
Familia, sociedad y vida	2009 (192 pp.)	Murúa, Gómez de Pedro, Hernández, Castaño, Ortiz Quiroga y Soto Kloss	\$ 18.500
Familia, matrimonio y vida	2010 (276 pp.)	Del Río Alba, Corral Talciani, Gómez de Pedro, Martín, Besio y Soto Kloss	\$ 18.500

Valor (IVA incluido) + correo certificado nacional.

- **Monografías jurídicas**

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado	Santiago de Chile. 2001 (181 pp.)	Iván Aróstica Maldonado	\$ 10.500

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
Índice de Revistas Jurídicas Chilenas 1982-2000. Temas de Derecho Público	Santiago de Chile. 2002 (145 pp.)	Eduardo Soto Kloss y Jaime Arancibia Mattar	\$ 5.000
Teoría tópica del derecho natural	Santiago de Chile. 2004 (140 pp.)	Francisco Puy	\$ 9.000
El derecho natural en la realidad social y jurídica	Santiago de Chile. 2005 (1.011 pp.)	Autores varios (S. Castaño - E. Soto Kloss editores): Soaje, Madrid, García-Huidobro, Ayuso, Casaubon, Ugarte Godoy, Massini, Widow, Tale, Lamas, Silva Abbott, Medrano, Hernández, entre otros.	\$ 26.000
Lecciones de derecho natural en sus antecedentes históricos	Santiago de Chile. 2007 (181 pp.)	Wolfgang Waldstein	\$ 17.500
El poder constituyente entre mito y realidad	Santiago de Chile. 2016 (99 pp.)	Sergio R. Castaño	\$ 9.500

ESTUDIOS

LYDIA JIMÉNEZ: *La devaluación de la razón. Urgencia del pensamiento tomista en la universidad del siglo XXI*

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT: *Guardianes de la humanidad*

CARLOS A. CASANOVA: *Propiedad, hurto, robo y destino universal de los bienes*

ADOLFO PAÚL LATORRE: *La disposición constitucional octava transitoria es inconstitucional*

EDUARDO SOTO KLOSS: *La fundamentación del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno*

ENRIQUE DÍAZ BRAVO: *La Contraloría General de la República de Chile, como foro de tutela de la contratación pública*

KATHERINE ZAMBRANO ROMÁN: *Tramitación electrónica*

MAYERLIN MATHEUS HIDALGO Y LUIS HERRERA ORELLANA: *La teoría de la elección pública y los "fallos" de la administración: A propósito de un caso de actividad de fomento*

IN MEMORIAM

LUIS I. AMORÓS: *El caso de Alfie Evans*

CRÓNICA

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas:* P. Raúl Hasbún Z., Max Silva Abbott, José J. Ugarte Godoy, Enrique García Márquez, Dr. Matías Ubilla. *Reflexiones fuertes:* Guillermo Juan Morado, P. Raúl Hasbún Z., Ignacio Aréchaga, Jorge Martínez

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Paulus Pp. VI, *Carta Encíclica Humanae Vitae*. Mary Eberstadt, *El poder profético de la Humanae Vitae*. Carlos Casanova Guerra, *Humanae Vitae y Veritatis Splendor como exposiciones del Derecho natural, contrastadas con la irracionalidad de su rechazo. Todos los temores expresados por Pablo VI se han cumplido. La anticoncepción es parte de la cultura de la muerte. Carta pastoral con motivo del 50º aniversario de la encíclica Humanae Vitae de los Obispos de Astana/Kazajistán. En el Reino Unido: Cientos de sacerdotes británicos firman una declaración respaldando a la Humanae Vitae. Todos los males de los que advirtió se han cumplido. S. S. Pío XII. Soyec les bienvenues. Discurso sobre los errores de la moral de situación (Viernes 18 de abril de 1952)*

ACTUALIDADES

- I. Eugenesia, otro atentado en contra de la vida humana
- II. Vida y libertad religiosa
- III. Rectificando la historia
- IV. Defensa del Tribunal Constitucional

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (16.5.2018), Soto Abarca, Adriana c/Dirección de Previsión de Carabineros y Gendarmería de Chile (Recurso de protección - Rol 34.218-2017) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Juzgado de Letras de Santiago. 2.4.1864. Corte Suprema. 8.6.1864. Valdés con Ferrocarril del Sur. GT N° 1145 [1864], p. 388 (N° 1081) (Expropiación: legalidad y finalidad/Imperatividad de los contratos/Indemnización a un privado por pérdida de ventaja económica futura) (Comentario de Gabriel Bocksang Hola)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS