

IUS PUBLICUM

Nº 42 / 2019



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 42 / 2019

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).

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. 22 N° 42

MARZO 2019

ÍNDICE

ESTUDIOS

JAIME ARANCIBIA MATTAR: <i>El profesor universitario: Arte y forja</i>	11
JOSÉ DURAND MENDIOROZ: <i>La gnosis, como base antropológica y religiosa de la ideología de género. Su proyección legislativa y a los programas de educación sexual "integral"</i>	29
PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL: <i>Ciudadanía y bien común en la república</i>	61
SERGIO RAÚL CASTAÑO: <i>El control de convencionalidad y la pretendida primacía del tratado sobre la Constitución</i>	69
CARLOS E. DELPIAZZO: <i>Dignidad humana y calidad del Estado de Derecho. Tras los pasos de Alberto Ramón Real y Mariano R. Brito</i>	87
JOSÉ LUIS LARA A. Y CAROLINA HELFMANN M.: <i>Notas acerca de los derechos del contratista del Estado en Chile</i>	103
GUSTAVO DELGADO BRAVO: <i>Algunas consideraciones acerca de la presunción de legalidad de los actos administrativos en el contencioso-administrativo de nulidad y responsabilidad patrimonial</i>	129
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>La recia vitalidad de la acción constitucional de nulidad de derecho público</i>	149

IN MEMORIAM

JORGE MARTÍNEZ: <i>Aleksandr Solzhenitsyn (A cien años de su nacimiento/ 11.12.1918)</i>	169
--	-----

CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. Reflexiones éticas: Pedro Trevijano, Juan Manuel de Prada. Reflexiones fuertes: Alonso Gracián</i>	179-194
--	---------

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: Papa Francisco. Audiencia general. Aula Pablo VI (Miércoles, 20 de febrero de 2019). Mensaje para la Cuaresma de 2019. "La creación, expectante, está aguardando la manifestación de los hijos de Dios" (Rm 8, 19). Audiencia general. Aula Pablo VI (Miércoles, 13 de febrero de 2019). Audiencia general. Plaza de San Pedro (Miércoles, 27 de febrero de 2019). Discurso a los participantes en la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida. Sala Clementina (Lunes, 25 de febrero de 2019)	197-206
---	---------

ACTUALIDADES

I. Leyes mordazas, negacionismo, pensamiento único, totalitarismo, ¿en qué queda la libertad de expresión?	209
II. Ideología de género	233

JURISPRUDENCIA

Juzgado de Letras de Santiago. 14.5.1883. Corte Suprema. 5.9.1884. Boucherat con Fisco. GT N° 2113 [1884], p. 1457 (N° 2346) (Comentario de Gabriel Bocksang Hola)	259
Corte de Apelaciones de Santiago. 20 de mayo de 1904. Juzgado de Santiago. 21 de abril de 1904. Ravest con Fisco (Comentario de Rodrigo Céspedes y Jaime García)	267
Corte de Apelaciones de Santiago. 13 de junio de 1916. Caballero y otros con Municipalidad de San Felipe (Ilegalidad de acuerdo municipal) (Comentario de Rodrigo Céspedes y Jaime García)	274
Corte de Apelaciones de Santiago. 16.10.2018. Corte Suprema. 30.11.2018. Pérez Gutiérrez, Dorothy con Bermúdez Soto, Jorge (recurso de protección/remoción funcionario público) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)	281
Corte de Apelaciones de Santiago. 25.7.2018. Corte Suprema. 30.10.2018. Castillo Sánchez y otros con Contralor General de la República (acción de amparo económico – acción de protección) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)	303
Corte de Apelaciones de Santiago. 3.1.2019. Defensora de la niñez con Canal 13 S.A. (protección - rechazada)	319

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES	329
RESEÑA DE LIBROS	332
RESEÑA DE REVISTAS	334
EDICIONES IUS PUBLICUM	339

ESTUDIOS

EL PROFESOR UNIVERSITARIO: ARTE Y FORJA

*Jaime Arancibia Mattar**

SUMARIO: I. Introducción. II. Arte y amor a la verdad. III. Universalidad. IV. Forja. V. Vocación universitaria. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La palabra griega *crisis* o *krino* expresa la posibilidad de un cambio radical frente a una amenaza. Hipócrates introdujo la *crisis* entre la vida o la muerte producto de una enfermedad¹. Una idea, un paradigma o una institución están en crisis cuando se enfrentan a un juicio decisorio de sobrevivencia por cambio de circunstancias.

La figura del profesor universitario ha experimentado, en sus ochocientos años de existencia, crisis variadas de identidad. Cada nuevo fenómeno cultural o social ha puesto a prueba su realidad, dejando huellas que perfeccionan o estigmas que deterioran.

Así, por ejemplo, la respuesta universitaria a los ideales de igualdad del hombre ha asegurado la inclusión de académicos de sexo, raza y credo diferentes, antes segregados². La configuración del método científico, aunque estimulada por ideales escépticos, ha favorecido un rigor intelectual incomparable, purificando, de paso, las relaciones entre fe y razón. Los estadounidenses lo resumen en el adagio: “En Dios confiamos –presente en el billete de un dólar–, el resto traiga datos...”. También, la irrupción de los medios digitales ha facilitado, como nunca, el acceso de los profesores a la información, la interacción en el aula y la colaboración internacional.

*Universidad de los Andes.

¹Cfr. Hipócrates, *Corpus Hippocraticum*.

²Piénsese, por ejemplo, en la segregación de estudiantes no anglicanos en Oxford y Cambridge en razón de los *Treinta y Nueve Artículos de Religión*, vigentes desde 1563 hasta su supresión por la *Oxford University Reform Act* de 1854, y la *Cambridge University Reform Act* de 1856. Considérese, también, la doble discriminación que sufrió Edith Stein en la Universidad por ser mujer y judía. Cfr., inter alia, Salvarani, Francesco, *Edith Stein*, Ediciones Palabra, 2012.

Pero los siglos también han causado heridas al espíritu universitario. La idea “moderna” de que solo existe lo verificable por la razón o los sentidos destruyó la unidad armónica entre las verdades del hombre y las de las ciencias. El cientificismo, en esencia, expulsa lo humano y lo ético del territorio del conocimiento objetivo. Olvidado así el hombre, ensalzada la ciencia pura y egoísta, el académico desprecia también el tiempo y los esfuerzos dedicados a la educación enteriza de los jóvenes. Pasa de maestro a simple investigador de *think tank*.

En otras ocasiones, el compromiso inquebrantable con la verdad, propio del académico, ha sido subyugado por un poder estatal, religioso, o económico dispuesto a imponer por la fuerza o a financiar ideologías ajenas al bien común, propiciatorias de luchas intestinas en los claustros.

El mercantilismo académico, centrado en la obtención de recursos, masifica el aula de clases. Subvierte así la relación personal, tan necesaria, del profesor con el aprendiz. El afán de lucro también menosprecia, por ineficiente, la contratación de profesores por jornada o la exploración científica. El docente se aleja entonces del conocimiento profundo y renovado que le es propio, y corre el riesgo de transmitir un saber superficial y anquilosado. Por si fuera poco, termina siendo evaluado más por los recursos que allega a la institución que por su prestigio intelectual.

Ahora bien, cada crisis obliga al profesor universitario a reafirmar su identidad, discriminando lo esencial de lo adaptable. Esta tensión permanente entre tradición y cambio es saludable porque permite mejorar. Además, la apertura a lo nuevo pertenece a la lógica natural del ciclo científico. Discierne bien, por tanto, el académico que está atento y acoge con entusiasmo todo lo nuevo que perfecciona su naturaleza universitaria. Distingue mal, en cambio, el tradicionalista que se cierra a toda innovación o el progresista que, so pretexto de vanguardia, traiciona su realidad.

Por eso vale la pena reflexionar sobre algunos rasgos esenciales del profesor universitario, que no debieran perderse. ¿Cómo se ha de abordar un tema como este? ¿Es posible identificar cualidades inherentes al académico en todo tiempo, lugar y ciencia? Más que esbozar aquí un ensayo teórico, desearía intentar describir esta realidad con imágenes y testimonios sobre maestros universitarios que compelen con fuerza vital. Estas nos permitirán describir la naturaleza del oficio universitario con las palabras que dan título a este trabajo: el profesor universitario es siempre un artista que forja. No es solo un artista, no es solo un forjador, es un artista que forja.

Para efectos de lo anterior, este texto se dividirá en cuatro secciones. La primera aborda la imagen del profesor como un artista del saber. La segunda se refiere a su compromiso con la unidad y universalidad del conocimiento. La sección siguiente presenta la forja de alumnos como componente esencial e indisoluble del oficio universitario, mientras que la última contempla algunos presupuestos vitales de esta vocación.

II. ARTE Y AMOR A LA VERDAD

En primer lugar, el académico es un artista porque, siguiendo la noción de arte de Romano Guardini³, propone cosas nuevas al servicio de la existencia. Particularmente, penetra la realidad con su intelecto para hacer aún más evidente su autenticidad⁴. Por eso que el amor a la verdad, tantas veces proclamado, es, en realidad, amor a la realidad. El resultado de esta predilección no es solo verdadero y bueno sino también bello, pues la belleza, dicen los clásicos, es el resplandor de la verdad.

El artista universitario busca siempre modos nuevos de captar e interpretar la realidad de las cosas. Y por eso, cuando pierde su interés por lo nuevo, se transforma en artesano del saber, es decir, “persona que ejercita un arte u oficio meramente mecánico”⁵. Es artista, entonces, el que permanece en contacto con las últimas propuestas científicas y no se contenta con reproducir los contenidos de modo rutinario. En términos de representación, el profesor universitario no es cantante sino cantautor; es pintor más que crítico de arte; es aeda más que rapsoda. Es mucho más que un erudito o “curador” de ideas, pues no solo conoce sino que propone verdades nuevas. La simple erudición huele a pasado, a refugio cálido y seguro en el descubrimiento ajeno, lejos del esfuerzo por encontrar la verdad esquiva. El saber académico es siempre joven.

No es lo mismo crear que administrar conocimiento. Vicente Huidobro impele con fuerza esta cualidad al pueblo chileno en 1925 en su *Balance Patriótico*: “¿Qué teoría científica se debe a un chileno? ¿Qué teoría filosófica ha nacido en Chile? ¿Qué principio químico ha sido descubierto en Chile?”⁶. El poeta nos invita así a tomar parte, sin complejos, en las grandes ligas del debate científico.

Si la verdad de las cosas ha sido, es y será solo una, la ciudadanía intelectual es de todo tiempo y lugar. Los académicos pertenecen a una Patria donde vivos y muertos gozan de igual derecho al reconocimiento de sus aportes, y donde la originalidad supone avance en relación a todo lo anterior. Pienso aquí en la frase de Jean Bodin al proponer la diferencia entre soberanía y gobierno en el siglo XVI: “que es una regla de política

³Guardini, Romano, “Sobre la esencia de la Obra de Arte”, en *Obras de Romano Guardini*, tomo I, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1981, 310 y ss. Santo Tomás asimila el arte al trabajo intelectual porque se da en él algo de “obra” de la razón.

⁴Santo Tomás también asimila el arte al trabajo intelectual porque se da en él algo de “obra” de la razón. En *Suma de Teología*, Parte I-II, C. 57. a. 3, Biblioteca de Autores Cristianos, 2ª impresión, Tomo II, 2011, 438.

⁵Definición de artesano de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª ed., 2001.

⁶Huidobro, Vicente, “Balance Patriótico”, publicado, entre otros, por Góngora, Mario, en *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, 309.

que nunca ha sido tocada por persona alguna”⁷; y en la del profesor Raztinger: “por mi parte, no me limité a exponer cosas de los manuales, sino que, al modo de San Agustín, procuraba, en la medida que podía, poner claramente en relación cuanto enseñaba con el presente y con nuestros problemas personales”⁸.

El arte universitario es escrutador, metódico y no acepta por real aquello que la razón no comprende. Por eso que Benedicto XVI sostiene que el oficio universitario tiene su origen en la pregunta científica de Sócrates a Eutifrón: “¿Tú crees que existe realmente entre los dioses una guerra mutua y terribles enemistades y combates...? Eutifrón, ¿debemos decir que todo eso es efectivamente verdadero?” (6 b c)⁹.

Podríamos decir que el oficio universitario consiste, *inter alia*, en un estado de permanente intranquilidad intelectual. Se diferencia así del practicante, como lo explica Isaac Newton en su carta a Nathaniel Hawes en 1694: “un mecánico vulgar puede practicar lo que le ha sido enseñado o visto hacer, pero si está en un error no sabe cómo encontrarlo y corregirlo, y si lo pones fuera de su camino, él se paraliza; mientras que el capaz de razonar ágil y juiciosamente acerca de cifras, fuerza y movimiento, nunca descansa hasta solucionar cada problema”¹⁰.

La propia vida de Newton es un testimonio de esta intranquilidad. Así lo describió un amigo: “tan intencionado, tan serio sobre sus estudios, comía con moderación, y a veces olvidaba comer, e iba a su cámara... Cuando en raras ocasiones decidía cenar en el Hall, salía a la izquierda, e iba hacia la calle, donde haciendo una parada, en la que él encontraba su error, volvía rápidamente hacia atrás, y luego en vez de ir al Hall, volvía a su cámara nuevamente... Cuando él tomaba a veces un paseo o dos en el jardín, él hacía una parada repentina, daba media vuelta, corría por las escaleras, como otro Alquímedes, con una eureka, se arrojaba a escribir sobre su escritorio, de pie, sin darse la molestia de atraer una silla para sentarse en él”.

Siendo la verdad la adecuación del entendimiento a la realidad de una criatura libre, su cultivo académico exige ciertas disposiciones morales o virtudes especiales¹¹. Millán-Puelles, por ejemplo, señala como

⁷Bodin, Jean, *Les six livres de la République*. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993, 607 pp. Le livre de poche, LP17, N° 4619. Classiques de la philosophie, 122. La traducción es nuestra.

⁸Raztinger, Joseph, *La sal de la tierra*, Ediciones Palabra, 2006, 71.

⁹Papa Benedicto XVI, discurso preparado para el encuentro en la Universidad de Roma, “La Sapienza”, el jueves 17 de enero de 2007, pero que lamentablemente fue cancelado dos días antes. Publicado, entre otros, por García, Rafael D., y Blanco, Pablo (eds.), en *Benedicto XVI habla sobre cultura y sociedad*, Ediciones Palabra, 2013, 45.

¹⁰Westfall, Richard, *Never at Rest: A Biography of Isaac Newton*, Cambridge University Press, 20 ed., 2010, 499.

¹¹Las ideas de esta parte han sido tomadas, principalmente, del libro de Millán-Puelles, Antonio, *El interés por la verdad*, RIALP, 1997, Capítulo IV, 136 a 172.

hábitos buenos para la contemplación de la verdad, en primerísimo lugar, la humildad. El soberbio se siente autosuficiente para conocer la verdad, lo apaga el interés genuino por lo real. Sobre el perjuicio que la soberbia causa al trabajo intelectual, San Gregorio Magno señala: “impedimento de la verdad es la hinchazón de la mente porque, al inflar, obnubila”¹².

El humilde, en cambio, necesita el diálogo para confrontar sus propios juicios y, en último término, es capaz de reconocer su error frente a mejores argumentos. Los alumnos de C.S. Lewis, por ejemplo, recuerdan que él, al revés de muchos, se alegraba cuando lo contradecían –porque así ponía a prueba su razonamiento para perfeccionarlo o cambiar de parecer– y, en cambio, se frustraba con el acuerdo¹³.

Además, el profesor humilde no se fía de su criterio personal para elegir lecturas y pide consejo a personas fiables. No se vanagloria del conocimiento adquirido. No es sectario ni cae en el fanatismo de perseguir a quien opina distinto. Tampoco siente envidia por el logro ajeno. Un ejemplo de esto último es dado por Maurice Wilkins, cuando reconoce su derrota en la milimétrica carrera por descubrir la estructura del ADN. La escena es descrita por James Watson, autor del descubrimiento junto a Francis Crick, a quien Wilkins había visitado en Cambridge para conocer la maqueta propuesta: “no había una pizca de amargura en su voz, y me sentí muy aliviado. Hasta la visita, yo había permanecido aprensivo de que estaría triste, infeliz de que le hayamos quitado la gloria que debió ser totalmente de él y de sus colegas. Pero no había trazos de resentimiento en su cara, y en su serenidad él estaba muy feliz de que la estructura probaría ser de gran beneficio para la biología”¹⁴.

Un ejemplo similar da el jurista inglés Henry Sidgwick, de quien su discípulo Maitland decía que tenía “un marcado disgusto por cualquier reproducción de sus propias opiniones que hacían imposible para Sidgwick ser el fundador de una escuela en el mal sentido. A veces pienso que el solo y único prejuicio que Sidgwick tenía era aquél en contra de sus propios resultados. Todo esto era más impresionante y mucho más inspirador para nosotros que cualquier dogmatismo. Entonces el más libre y atrevido pensamiento era expresado en palabras que parecían llevar candor y sobriedad y circunspección a su límite máximo”¹⁵.

Otra virtud que sirve a la actividad intelectual es la templanza, pues ordena los placeres de los sentidos para permitir la elevación de la mente hacia lo inmaterial. Un mundo hedonista como el nuestro puede escan-

¹²Citado y traducido por Millán-Puelles, *ibíd.*, 141.

¹³Cfr. Watson, George, “The Art of Disagreement: Lewis, C.S. (1898-1963)”, *The Hudson Review*, Vol. 48, N° 2, Summer 1995, 229-239.

¹⁴Watson, James, *The Double Helix: A personal Account of the Discovery of the Structure of DNA*, Scribner Classics, New York, 1998, Capítulo 28. La traducción es nuestra.

¹⁵Fisher, H.A.L., *Frederick William Maitland, Downing professor of the laws of England: a biographical sketch*, Cambridge University Press, 1910, 8. La traducción es nuestra.

dalizarse con la siguiente afirmación, pero no puedo dejar de decirlo: el académico sobrio y casto, que prefiere la lectura a las imágenes, tiene mayores facilidades para captar y gozar la verdad. Por eso que el interés por la verdad, las vocaciones académicas, disminuyen en entornos consumistas. De ahí que una de las Bienaventuranzas de Jesús prometa la visión de Dios, suma Verdad, a los hombres de corazón limpio o desapegado.

En fin, el académico templado inclina su estudio hacia lo pertinente en virtud de su ciencia y formación humana, evitando curiosar en el conocimiento innecesario. Vive, por tanto, lo que Santo Tomás denomina *studiositas* o ansia ordenada de saber, evitando la *curiositas* o búsqueda intemperante de la posesión cognoscitiva¹⁶.

También aparece la fortaleza. Lo que define al universitario es su lucha por vencer la adversidad de lo desconocido. Desentraña la realidad, con la paciencia del pirquinero, para intervenir en el debate científico con creatividad. Es el esfuerzo que relata Marie Curie cuando dice que “un gran descubrimiento no sale completamente logrado del cerebro del científico como Minerva salió de la mente de Júpiter; es el fruto de trabajo preliminar acumulado. Entre los días de fecundidad productiva están insertos los de incertidumbre cuando nada parece funcionar, e incluso la materia parece ser hostil; y es entonces que uno debe resistir el desánimo. Así, sin nunca abandonar su inagotable paciencia, Pierre Curie solía decirme a veces: es, sin embargo, dura esta vida que hemos escogido”¹⁷.

La fortaleza entonces permite esa carrera intensa y de largo aliento, única capaz de garantizar resultados creativos. La experiencia es generosa en ejemplos. Schumpeter cuenta que el libro *La Riqueza de las Naciones* de Adam Smith es “el producto de un esfuerzo al que se consagró entusiasmadamente durante más de un cuarto de siglo, y que durante casi diez años absorbió su actividad de manera exclusiva”¹⁸. Asimismo, se cuenta que John Finnis propuso tener su famoso libro *Natural Law and Natural Rights* terminado para la Navidad de 1970, pero H.L. Hart, su supervisor, le habría replicado “¡no se apresure!”. Finalmente, el libro fue publicado luego de diez años de intenso trabajo, causando un impacto notable en el mundo de las ideas¹⁹.

El servicio científico del profesor supone también honestidad intelectual. Un académico es lo más parecido a un juez, pues debe juzgar los hechos de modo imparcial, sin condescendencias. Se parece también al

¹⁶Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica* II-II. C. 166 y 167, Biblioteca de Autores Cristianos, tomo IV, 5ª ed., 2009, 551 a 557.

¹⁷Robinson, Andrew, en *Sudden Genius*, Oxford University Press, 2010, 159. Traducción nuestra.

¹⁸Schumpeter, Joseph, *Historia del Análisis Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, 180.

¹⁹Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal, “Estudio preliminar”, en Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 10.

geógrafo del Principito que, para estar seguro de sus datos, hacía encuestas sobre la moralidad de sus exploradores²⁰. La honestidad intelectual es virtud necesaria para reconocer el trabajo ajeno, sin incurrir en plagios. Un profesor honesto intelectualmente vive el ideario universitario porque comparte sus principios y no como mal menor para asegurar un trabajo.

Alcanzada la verdad, el académico debe difundirla a sus alumnos y a la *polis* que sirve²¹. Por el bien de la sociedad, es preciso sostener lo que se considera verdadero incluso en circunstancias adversas, que exigen valentía.

Se viene a la mente la experiencia de Unamuno como Rector de la Universidad de Salamanca, cuando en tiempos de la guerra civil un militar poderoso gritó en pleno acto académico “¡Muera la intelectualidad traidora!”. Unamuno, sin amedrentarse, se puso de pie y respondió “Venceréis, porque tenéis sobrada fuerza bruta. Pero no convenceréis, porque para convencer hay que persuadir. Y para persuadir necesitaréis algo que os falta: razón y derecho en la lucha”²². Ese día fue expulsado de la Universidad para siempre. Pero su coraje académico será también impercedero.

La pasión del hombre de ciencias por la verdad, descrita en estos párrafos, es recompensada en el encuentro primigenio e íntimo con el saber en la tierra. Pero su esfuerzo vital tiene reservado todavía un premio mayor. Si bien la certeza de morir entristece al académico, la muerte será su hito científico final pues, si ha luchado por ser coherente, llegará por fin al conocimiento de toda la Verdad a la que entregó su vida. Se desplegará ante sus ojos de modo glorioso. Ese será su encuentro definitivo con el saber y con el Amor²³.

Siendo el profesor universitario un cultor de la verdad, conviene preguntarse por los conocimientos necesarios para su oficio.

²⁰Saint-Exupéry, Antoine, *El Principito*, 34ª ed., Buenos Aires, Emecé, 2013, Capítulo XV. Traducido por Bonifacio del Carril.

²¹Decía Santo Tomás de Aquino que “Así como es más perfecto iluminar que lucir, así es más perfecto el comunicar a otros lo contemplado que contemplar exclusivamente”. *Suma de Teología*, II-II, C. 188 a.6, Biblioteca de Autores Cristianos, 5ª impresión, 2009, tomo IV, 728.

²²Thomas, Hugh, *La Guerra Civil Española*, España Contemporánea, Editions Ruedo Ibérico, París, 295.

²³Este encuentro es muy bien descrito por San Pablo en su primera carta a los Corintios 13, 1-13: “Porque ahora vemos como en un espejo, borrosamente; entonces veremos cara a cara. Ahora conozco de modo imperfecto, entonces conoceré como soy conocido”. Versión de Facultad de Teología, Universidad de Navarra, en *El Nuevo Testamento*, Sagrada Biblia, EUNSA, 2013.

III. UNIVERSALIDAD

En su historia temprana el oficio universitario surge para dar respuesta al misterio de la vida y de la muerte, para explicar la naturaleza de las cosas en Dios. Es universitario porque es universal. El profesor iluminaba el entendimiento cabal del mundo con la Filosofía y la Teología.

¿Podríamos decir eso hoy? ¿Somos capaces de definir la esencia, límites y sentido de nuestra ciencia en relación al hombre? Y si no podemos ¿Qué ha cambiado?

El académico de hoy avanza con paso vigoroso y sin retorno hacia un saber especializado, que es bueno porque expande las fronteras del conocimiento. Incluso, me atrevo a desconfiar del académico generalista o culturalista, pues es probable que su saber sea ligero y atrasado.

Sería injusto atribuir los males del mundo a la especialización del conocimiento. El problema está, en realidad, en la ignorancia de sus alcances éticos. Un científico pasa a ser genuinamente universitario, en primer lugar, cuando asume como propios los dilemas morales de su disciplina y cultiva con rigor la sapiencia que los soluciona. Un académico auténtico defiende los contenidos antropológicos y teológicos del currículo como intrínsecos a su ciencia, antídoto contra la técnica infrahumana. En palabras de Newman, “la verdad religiosa no solo es una porción, sino una condición del conocimiento... Eliminarla es, según el proverbio griego, quitarle al año la primavera, o imitar el ridículo proceder de los actores que representaban un drama omitiendo su parte principal”²⁴.

En el fondo, lo que separa al mero científico del universitario es el cuidado por el hombre en cuerpo y alma. El científicista se agota en el bienestar terrenal. Por eso es material, parcial, técnico, utilitarista. Es también ensimismado, un poco egoísta. Ve en la Universidad un paraguas para lo suyo, privilegia sus intereses de presupuesto o espacio por sobre el bien común académico, no busca puntos de encuentro con otros saberes. Su tesoro es una ciencia que lo ha alienado. Imagino a Gollum, del Señor de los Anillos: pequeño de alma, figura deteriorada, celoso de su ciencia, “*mi tesoro*”²⁵.

El universitario, en cambio, inscribe su verdad en un esfuerzo cultural mayor por servir al hombre en carne y espíritu. Es un científico experto en humanidad. No se es universitario simplemente por trabajar aquí, antes hay que ser antropólogo. No podemos ser cultores de un saber huérfano de padre y madre. ¡Somos cultores de la naturaleza humana en cada una de sus dimensiones! Una breve digresión. El borrador del punto 332 de Camino, de San Josemaría, decía “al que pueda ser lumbrera, no le per-

²⁴Newman, John H., *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*, EUNSA, Astrolabio, 2ª ed., 2011, 97.

²⁵Cfr. Tolkien, J.R.R., *El Señor de los Anillos*, Ediciones Minotauro, 2002.

donamos que no lo sea". Pero el autor sustituyó la expresión "lumbera" por "sabio" para expresar, precisamente, la elevación hacia la cultura humana²⁶.

Intentemos ahora captar lo que digo con un ejemplo musical. Nuestra ciencia es la melodía principal y el saber filosófico y revelado son los acordes, notas diferentes que suenan simultáneamente y que constituyen una unidad armónica. La melodía principal recorre el pentagrama libremente, pero orientada y enriquecida por las notas de fondo. La disonancia entre ambas es estridente, la armonía es bella. La Universidad es una sinfonía de las ciencias. Cada una con sus propios instrumentos y melodías sigue una partitura de acordes humanos. Y podríamos añadir que el gobierno de la Universidad equivale al del director de orquesta, que vela por la unidad y el ritmo, de modo silencioso y simbólico.

Otro símil de la Universidad, unidad de lo diverso, es el propio Universo²⁷. Se dice que todo comenzó hace millones de años con una bola de fuego caliente y densa que constituía una singularidad. Pienso en la unidad cálida y luminosa de la teología y la filosofía que dio origen al saber universitario. Luego, la explosión del *Big Bang* causó un proceso continuo de separación de las partículas, que se materializó en galaxias y sistemas regidos por sus propias leyes. Evoco aquí a las ciencias surgidas de la especialización del saber. El punto está en que, a mayor expansión del Universo, mayor enfriamiento y oscuridad. Así también, el saber alejado de su raíz es frío y lóbrego. Sin embargo, a diferencia del espacio, la expansión del saber humano puede ser siempre cálida y luminosa, si cuenta con el compromiso del hombre de ciencias de beber de la fuente original. Todo saber procede de Dios.

Seremos entonces universitarios fidedignos cuando seamos capaces de presentar, a través de nuestra disciplina, el Universo. Sirve aquí el ejemplo de aquellos maestros que se valen de la literatura, la historia o el arte para iluminar el saber de los alumnos: juristas que explican el poder político con *Antígona*, *El Alcalde de Zalamea*, o los cuadros de Ambrogio Lorenzetti en el Palacio Público de Siena; y la interpretación de los contratos con el préstamo de Shylock a Antonio en *El Mercader de Venecia*. Así, también, psiquiatras y psicólogos que explican las patologías mentales recurriendo a las biografías de personajes de la historia.

Esta apertura hacia los saberes existenciales, propia de nuestra vocación, es también garantía de conversión personal. Me atrevo a decir que C. S. Lewis, Edith Stein y John Henry Newman, entre otros, deben su fe a su disposición honesta, académica, hacia la verdad.

²⁶Cfr. Rodríguez, Pedro, *Camino*, edición crítica-histórica, Instituto Histórico Josemaría Escrivá, RIALP, 2002, 501.

²⁷Hemos tomado como referencia para esta idea el libro *Biografía del Universo*, de John Gribin, Drakontos Bolsillo, España, 2011, 63 y ss.

Finalmente, la universalidad del profesor exige también el cultivo enterizo –universal– de su personalidad, la disposición a alcanzar, en palabras de Alejandro Llano, una “vida lograda”²⁸. Condición necesaria de este rasgo es el señorío sobre la propia ciencia, en concebirla como un simple medio para el servicio de los demás, una dimensión parcial –no total– de la vida. Supone un oficio vivido en armonía con otras perfecciones o deberes familiares y sociales. El siguiente relato así lo grafica: “Durante su tiempo en Tubinga un estudiante pidió a otro que le dijera cuál es la diferencia entre el profesor Ratzinger y otro teólogo igualmente prestigioso. La respuesta fue más o menos así: Ratzinger encuentra aún tiempo para tocar el piano. Él está abierto de igual modo a la belleza como a la verdad. Vive, en igual medida, fuera de sí mismo. El no está ocupado consigo mismo. En resumen, no se da demasiada importancia”²⁹.

IV. FORJA

El profesor universitario es un artista forjador de personas. Tiene una pasión innata por transmitir la verdad a otros para su perfección. Se deleita en el diálogo personal con sus alumnos y pares. Toma la iniciativa en buscarlos. El docente falso, en cambio, rehúye hacer clases o dedicar tiempo a los alumnos, lo hace obligado, como peaje a pagar para seguir en sus proyectos personales o profesionales. Así, por ejemplo, en 1317 el papa Juan XXII se quejaba del número de profesores de derecho en Bolonia que, en vez de dedicarse a sus clases, se involucraban en juicios, demandas y otras actividades externas³⁰.

La forja se extiende a toda la personalidad del discípulo: ciencia y vida, técnica y ética, saber y virtud personal.

La grúa científica del alumno va más allá que la mera transmisión de conocimiento. Requiere lo que George Steiner reconoce como el obsequio decisivo que un maestro puede hacer: “una conjetura, un problema, un teorema todavía no probado... Muchas veces la búsqueda llega a hacerse en colaboración; otras se deja al estudiante luchar solo”³¹. Un buena simbiosis creativa de profesor y alumno es la que relata Stanislaw Ulam en

²⁸Cfr. Llano, Alejandro, *La vida lograda*, Editorial Ariel, 2002.

²⁹Twomey, Vincent, *Benedikt XVI.; Das Gewissen unserer Zeit. Ein theologisches Portrait*, Sankt Ulrich 2006, 12-13. Agradezco la traducción de este pasaje al profesor Nicolás Massmann Bozzolo.

³⁰Verger, Jacques, “Teachers”, en *A History of the University in Europe*, H. de Ridder-Symons (ed.), Cambridge University Press, Vol. 1, 2003, 156.

³¹Steiner, George, *Lecciones de los Maestros*, Random House Mondadori, Barcelona, 2011, 159.

su libro *Las Aventuras de un Matemático*³²; o la que describe Edith Stein sobre el profesor Reinach: “no era un enseñar y aprender, sino una búsqueda común... pero llevados por la mano de un director seguro”³³. Otro tanto nos comenta Raztinger sobre su maestro Gottlieb Söhngen: “ya en la primera clase me quedé fascinado. Como buen renano, era elocuente por naturaleza y tenía un modo de hablar que introducía a uno de inmediato en el tema. Y, sobre todo, no rehuía los problemas... no quería en modo alguno presentar un edificio académico, que se alza sobre sí mismo, sino preguntar: ¿cómo es en realidad? ¿Qué tiene que ver conmigo? Y eso fue lo que me cautivó”³⁴.

Pero la mera ciencia, dijimos, es insuficiente. En tiempos de Platón, la enseñanza reducida a lo técnico era exclusiva de los esclavos, mas no del hombre libre. El esclavo en Grecia solo aprendía a ejecutar asuntos útiles y serviles, pero “no sabía ponerse el manto con la elegancia del hombre libre, ni dar a sus palabras la armonía que es preciso para entonar un himno a la verdadera vida de los dioses y de los hombres bienaventurados”³⁵. El maestro universitario, en cambio, comparte verdades que liberan la mente y el espíritu.

En general, las personalidades jóvenes, nuestros alumnos, no solo agradecen sino que necesitan y valoran la conversación sobre temas existenciales. La abstención del profesor para abordarlos, sea por motivos de tiempo, vanidad –“no quisiera bajar del pedestal técnico que me prestigia”– o simple desconocimiento, puede ser motivo de frustración o dolor para el estudiante. Resuena aquí la crítica del filósofo Joseph Agassi a su maestro Karl Popper. Si bien reconoce que las enseñanzas de Popper fueron decisivas en su vida, se queja amargamente que “él simplemente no podía discutir de ética conmigo; por un lado, él estaba muy ocupado para ello, dado que tenía que trabajar duro; por otro, incluso expresando solemnemente su voluntad de poner atención a mi agenda por mi bien, y así mostrarse presto a discutir lo que me interesara, incluso entonces él saboteara la discusión sobre ética”³⁶. “En su opinión, la ética era un tema aburrido para debatir”³⁷.

El crisol integral de personas, la transmisión de las verdades científicas y existenciales requiere de ingenio, trato personal y ejemplo de vida.

³²Ulam, Stanislaw, *Aventuras de un matemático. Memorias de Stanislaw M. Ulam*, Nivola Libros y Ediciones, 2002.

³³Stein, Edith, *Estrellas amarillas*, Espiritualidad, Madrid, 1992, 255.

³⁴Benedicto XVI, *Últimas conversaciones con Peter Seewald*. Ediciones Mensajero, 2016, 114.

³⁵Platón, *Teeteto*, en *Diálogos V*, Editorial Gredos, Madrid, 1992, 244.

³⁶Agassi, Joseph, *A Philosopher's Apprentice: In Karl Popper's Workshop*, Rodopi, Amsterdam, 2008, 103. Traducción nuestra.

³⁷*Ibid.*, 104.

Ingenio para fomentar en los alumnos el interés por la verdad. Tolkien pronto descubrió la efectividad de iniciar una clase leyendo *Beowulf* en voz alto, comenzando con *Hwaet*, ¡Escuchen!³⁸.

Guardini, por su parte, contribuye a la imagen del profesor como artista cuando asimila la preparación de clases con el proceso artístico³⁹. Tal era su entrega y pasión por la docencia, que a menudo permanecía toda la hora de puntillas. Esto le cansaba mucho y volvía a su casa agotado físicamente. Más de una vez aplazó una clase porque no la había preparado con suficiente rigor, y no se conformaba con dictar cualquier cosa⁴⁰.

El profesor Ratzinger hacía todas sus clases, no delegaba en ayudantes, y mostraba una gran dedicación a sus alumnos en el aula⁴¹. Un alumno declaró que “en su respuesta, intentaba presentar los contextos teológicos y, al mismo tiempo, ayudar a cada uno. También se refería a contradicciones y no presentaba su solución como la única posible. Convencía porque toda su personalidad estaba detrás de lo que decía”⁴².

Otra alumna declaró que presentaba los contenidos “con enorme viveza y lo hacía totalmente interesante... Cada clase constituía una unidad; trataba el punto esencial... En lugar de que –como es usual– se redujera el número de alumnos a lo largo del curso, este aumentaba cada vez más. Al final tuvimos que trasladarnos al Aula Magna, para que cupieran todos los que deseaban asistir”⁴³.

El propio profesor Ratzinger se encargó de dar la receta en una entrevista: “durante las clases, el mejor momento es cuando los alumnos dejan a un lado el bolígrafo y se ponen a escuchar. Mientras van tomando apuntes sobre lo que dices, es señal de que lo estás haciendo bien, pero no les has sorprendido. Cuando dejan de escribir y fija en ti su mirada mientras hablas, entonces quiere decir que a lo mejor has logrado llegar a su corazón”⁴⁴.

Henry Sidgwick, maestro de derecho en Cambridge, era recordado por su discípulo Maitland por “su admirable paciencia que nunca perdió ante la estupidéz, y que nada salvo la pretenciosidad podía molestar.

³⁸Duriez, Colin, *J.R.R. Tolkien: The making of a Legend*, Lion Books, Inglaterra, 2012, Capítulo 9.

³⁹Decía que “La preparación de la clase no tenía un carácter meramente científico. Implicaba no solo la profundización metódica y la exposición clara de un tema sino que era –al igual que la elaboración del esquema– un proceso artístico. El pensamiento no solo debía ser comprendido objetivamente sino que tenía que pasar por el centro productivo, emerger de él, atraer hacia sí el material y desarrollar su forma”. En Guardini, Romano, *Apuntes para una biografía*, Ediciones Encuentro, 1992, 63.

⁴⁰*Ibid.*,

⁴¹Seewald, Peter, *Benedicto XVI: Una mirada cercana*, Ediciones Palabra, España, p. 115.

⁴²*Ibid.*, 116.

⁴³*Ibid.*

⁴⁴Valente, Gianni, *El profesor Ratzinger*, San Pablo, España, 2011, 80.

Luego estaba el intento simpático y amable por superar nuestra timidez, por hacernos hablar, y por hacernos pensar⁴⁵.

En su trato personal, el profesor universitario dedica horas a conocer y escuchar pacientemente a sus alumnos, para que su consejo sea adecuado. La educación alcanza su plenitud en el diálogo cercano y confiado del maestro con su aprendiz. Es lo que explicaba el zorro al Principito: “No puedo jugar contigo –dijo el zorro–. No estoy domesticado”. “Qué significa ‘domesticar?’”, preguntó el Principito. “Es una cosa demasiado olvidada –dijo el zorro–. Significa ‘crear lazos?... si me domesticas, tendremos necesidad el uno del otro’⁴⁶. Este ideal exige una entrega generosa de tiempo. Vemos esta dedicación en los grandes maestros.

Gregorio Taumaturgo agradeció públicamente estas cualidades a su maestro Orígenes, a quien reconoce como un buen labrador de almas jóvenes⁴⁷, que lanzaba el “aguijón de la amistad, no fácil de conquistar, pero profundo y provechosísimo: el de su destreza y buena voluntad, que se nos manifestaba benevolente en sus mismas palabras al hablarnos y conversar con nosotros. No trataba de engañarnos inútilmente con palabras, sino de salvarnos con hábil, caritativa y buena intención⁴⁸.

C. S. Lewis dedicaba veinte horas semanales a la actividad tutorial de alumnos. Y luego procuraba extender la conversación a través del Club Socrático, dedicado a tópicos religiosos, o del grupo de lectura “Cerveza y Beowulf”, que se juntaba junto a la chimenea nocturna una vez por semana⁴⁹. A su vez, Seewald señala que Ratzinger invita ocasionalmente a cenar a los alumnos procedentes de Baviera. Su hermana María cocina⁵⁰.

El profesor universitario extiende sus cuidados a las circunstancias de vida del alumno, ayudándolo en lo que esté en sus manos. Así, por ejemplo, los profesores asignados a los alumnos de universidades inglesas en el medioevo debían “servir como profesor, mentor de confianza, defensor del

⁴⁵Fisher, H.A.L., *Frederick William Maitland, Downing professor of the laws of England: a biographical sketch*, ob. cit., 8. La traducción es nuestra.

⁴⁶Saint-Exupéry, Antoine, *El Principito*, ob. cit., 79.

⁴⁷“Tan pronto como descubría en nosotros algo útil, provechoso y eficaz, él excavaba y removía la tierra, regaba y no dejaba nada por mover; nos aplicaba todo su arte y cuidado, y así nos cultivaba. Los cardos y espinas y todo retoño de árboles y plantas agrestes que producía exuberante nuestra alma turbada, desordenada e impetuosa, él lo podaba todo y lo arrancaba con argumentos y prohibiciones... Cuando nos volvió aptos y nos preparó adecuadamente para recibir las palabras de verdad, entonces, como tierra bien trabajada y mullida, dispuesta para hacer brotar las semillas recibidas, él las echaba a manos llenas, buscaba el momento oportuno para sembrar, de igual manera que ponía cuidado en todo, haciendo cada cosa a su debido tiempo y con las palabras apropiadas”. En Taumaturgo, Gregorio, *Elogio del Maestro Cristiano*, Biblioteca de Patrística, Editorial Ciudad Nueva, 1990, 121 a 122.

⁴⁸*Ibid.*, 117.

⁴⁹Cfr. Lee Poe, Harry, y Whitten Poe, Rebecca, *C.S. Lewis Remembered*, Zondervan, 2006, Capítulo IV.

⁵⁰Seewald, Peter, *Benedicto XVI: Una mirada cercana*, ob. cit., 113.

estudiante si se enredaba en una disputa jurídica y, ante los residencias y, antes de que las residencias universitarias o colegios mayores existieran, probablemente como consejero financiero y frente a dilemas morales⁵¹.

Una historia de Harvard puede servir de ejemplo. Una alumna de una isla del Pacífico Sur, de escasos recursos y primera generación en la Universidad, llegó a su primera reunión de asesoramiento académico. Venía con la maleta lista para abandonarlo todo. Estaba abrumada por las actividades, el ritmo, la selección de cursos, la gran ciudad, incluso los otros estudiantes. La profesora, una mujer muy dedicada a sus alumnos, no se dio por vencida y la instó a participar en una actividad extracurricular. Pero la alumna rechazó todas las opciones: no quería escribir en el diario universitario ni participar en el coro o la Banda, pues no sabía cantar ni tocar instrumentos.

Sin embargo, la profesora sabía que el bombo de la Banda necesitaba, además del percusionista, una persona que ayudara a sostenerlo. Y, con ingenio, pudo convencer a su alumna de hacerlo. Esta actividad fue crucial para la felicidad y buen desempeño posterior de su asesorada. Ella declaró después que le permitió conocer bien a otros estudiantes y, lo más importante, la participación en festivales le había regalado un sentido de pertenencia a la Universidad. Y dijo que todo ocurrió gracias al cuidado de su asesora⁵².

Es cierto que, en ocasiones, esta dedicación por los alumnos no rinde frutos inmediatos, y tenemos la impresión de que palabra y ejemplo han caído en tierra yerma. En realidad, no puede haber espacio para la desesperanza, pues el aprendizaje es, a veces, tardío. Así, por ejemplo, un alumno de Ronald Knox en Oxford comentó que “de modo indefinible, su influencia era, en docenas de casos, retrospectiva. Solo cuando mirábamos *atrás* notábamos cuánto esta criatura perdidamente tímida y tranquila había afectado nuestro pensamiento... Ronnie dedicó mucho tiempo a sumergirse en nosotros; y para el momento en que lo había logrado, éramos corredores de bolsa, periodistas o criadores de ovejas en Inverness. Creo que esto es inmensamente importante, no importa cuán tonto suene. Estábamos llenos de inhibiciones sobre él cuando estábamos ahí, y tal vez él también respecto de nosotros, pero, en el largo plazo, nosotros aprovechamos todos los dividendos. Él se entregó por entero: él nos dio mucho”⁵³.

⁵¹Cobban, Alan, *English university life in the Middle Ages*, University College London Press, 1999, 9. Traducción nuestra.

⁵²Cfr. Light, Richard, *Making the most of College: Students speak their minds*, Harvard University Press, 2001, 99-100.

⁵³Waugh, Evelyn, *The Life of Right Reverend Ronald Knox*, Chapman & Gall, Inglaterra, 1959, 226. Traducción nuestra.

El ejemplo de vida es el principal modo de educar en la virtud. Pero también el más difícil⁵⁴. El académico virtuoso educa con su apariencia, estilo y modo de vida. Es alegre, elegante según en el vestir y en el hablar según las circunstancias, puntual y sereno. Es cercano, de diálogo sencillo, persuade –no impone–, acoge –no humilla– al alumno. En una frase, el gran maestro es pequeño.

Comparto la siguiente anécdota personal. Día frío y muy lluvioso en Cambridge. Llegaba a la Facultad de Derecho congelado y con la ropa mojada. Estacioné la bicicleta refunfuñando por el mal rato. Al levantar la cabeza vi que pedaleaba hacia mí el profesor Kurt Lipstein, igual de mojado, habiendo observado mi quejumbre. El profesor Lipstein tenía noventa años, era judío, perseguido por la Alemania nazi, logró escapar y pelear en la Segunda Guerra Mundial por Inglaterra. Se graduó con honores en Cambridge y era autoridad mundial en su campo. Se estacionó a mi lado, y con una sonrisa cálida me saludó diciendo: hoy es un gran día para vivir y estudiar ¿Cierto? Agradeceré siempre su lección.

La vida universitaria es también vida de amistad, de convivencia culta con nuestros pares. Por eso que el café es tan importante. George Steiner sostiene que los cafés marcan el mapa cultural de Europa⁵⁵. Pienso que también señalan el plan maestro de nuestro Campus. En nuestras cafeterías abundan las sonrisas, anécdotas e intercambio culto. Tendremos Universidad de verdad mientras haya café. Y podremos adaptar el estribillo de Juan Luis Guerra para cantar “*Ojalá que llueva café en el Campus*”.

Dado que el espíritu universitario cubre toda nuestra existencia, supone incluso al modo de resolver conflictos entre pares. En estos debe primar la delicadeza y cuidado de las formas. Un último ejemplo del profesor Ratzinger: cuando en 1969 anunció sus planes de dejar Tubinga para trasladarse a Ratisbona, puso en aprieto el plan de trabajo de un famoso profesor. Un académico recuerda que ese profesor “no pudo contener la rabia. Se escucharon fuertes insultos. Ratzinger con voz triste, mantuvo la compostura, sin dar un paso atrás en su decisión. [El otro] se alteró y gritaba cada vez con mayor vehemencia. Ratzinger es insuperable en las discusiones argumentadas, serenas. Pero en las discusiones violentas se pierde, no sabe gestionar la colisión frontal. No sabe gritar, es incapaz de hacer callar a los demás alzando la voz”⁵⁶. Fin de la cita, lección aprendida.

⁵⁴Pues, como dice Porcia en *El Mercader de Venecia*, “sería más fácil enseñarle a veinte personas cuál es la senda del bien que ser una de las veinte y seguir mis propios preceptos”. Shakespeare, William, *The Merchant of Venice*, 1.2.12-17. En *William Shakespeare. Tres comedias*, Editorial Universitaria, Santiago, 1981, 19-104.

⁵⁵Cfr. Steiner, George, *La idea de Europa*, Siruela, 2005.

⁵⁶Valente, Gianni, *El Profesor Ratzinger*, ob. cit., 169.

V. VOCACIÓN UNIVERSITARIA

Finalmente, algo sobre la vocación universitaria. El oficio universitario que hemos descrito no se improvisa. Requiere de una tierra fértil en la que ser sembrada, y un sembrador.

Esa tierra es el lugar y la familia que lo ve crecer. Solo se cosechan académicos en entornos simples, muchas veces carentes, que animan a una entrega amorosa a los demás, desprendido de ambiciones materiales.

No necesito ser adivino para asegurar que la biografía de un profesor universitario de cepa se ha escrito bajo otros cielos, de provincia o rurales, con gente sencilla, alejados de la sofisticación capitalina. O tal vez en la urbe, pero en el seno de una familia de clase media y vida de barrio; o quizás acomodada pero que ha debido enfrentar momentos difíciles de enfermedad, quiebre familiar o guerra (es el caso de Tolkien, D'Ors y Stein). La vocación académica se funda, entonces, en el sacrificio y ejemplo de los padres del académico por educar en la virtud.

Y luego viene el sembrador, siempre es un alguien, el maestro que con su sabiduría y ejemplo inspira a seguir el camino de la verdad.

El verdadero científico lo es desde muy joven y hasta el final de sus días, en la prosperidad y en la adversidad, con tiempo y apurado. La vocación, como la sangre, tira. Prueba de ello es la solicitud que Lavoisier dirige a su verdugo de otorgarle un plazo breve para terminar una investigación importante, que Andrés Bello destaca en su discurso de inauguración de la Universidad de Chile⁵⁷. Fue también sintomática la persistencia en investigar de un grupo de académicos chilenos secuestrados en pleno vuelo, según relata una conocida revista jurídica⁵⁸.

El sendero académico, en principio, no lleva a la riqueza material que podrán tener nuestros compañeros de profesión. No conviene fijar las esperanzas en las publicaciones. Tengo un amigo que cada vez que publica un libro dice "con este me hago rico". Lleva ocho títulos, muy buenos y citados, y sus finanzas siguen intactas. Por eso que cuando se

⁵⁷Bello, Andrés, "Discurso pronunciado en la instalación de la Universidad de Chile", el 17 de septiembre de 1843. Publicado, entre otros, por Bravo Lira, Bernardino en *La Universidad en la Historia de Chile, 1622- 1992*, Pehuén Editores, 1992, 400.

⁵⁸Véase el simpático relato publicado en la *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, 1969 N° 10, 6: "El 19 de diciembre de 1969 salía desde Pudahuel, en vuelo regular N° 90 a Arica, un avión Boeing 727. Entre sus pasajeros estaba el grueso de la delegación de especialistas universitarios que concurría al Seminario sobre 'Aspectos prácticos del Tratado del Área Andina' que debía iniciarse el 20 de ese mismo mes. Como es sabido, dicho avión fue secuestrado en pleno vuelo y su piloto se vio compelido a viajar hacia Cuba. Esto, obviamente, alteró los planes y preparativos de las Jornadas de estudio, pero, como contrapartida, brindó una oportunidad para apreciar en el terreno ciertos fenómenos que interesan a los sociólogos, politólogos y especialistas en integración latinoamericana. Del abstracto terreno de las hipótesis de trabajo, de los muestreos y de las ideas relativas a los pro y contra, los especialistas se convertían en protagonistas de una aventura que no dejaba de ser instructiva".

elige la vocación universitaria, se elige también un modo de vida, que somos capaces de llevar solo si somos conscientes de la trascendencia de lo que tenemos entre manos.

El universitario sabe que su único título legitimante es la verdad nueva. Concibe, entonces, los cargos directivos como instancias temporales de servicio. Qusiera remarcar esta idea porque es muy propio de nuestra cultura latina privilegiar los cargos por sobre el saber, la *potestas* por sobre la *auctoritas*. Empero la cúspide de la carrera académica no es el cargo de Rector sino el reconocimiento más alto y desinteresado de los pares como servidor de la sociedad a través del saber. Por esta razón, los cargos universitarios deben ser, en la medida de lo posible, cargas temporales. Pues si bien constituyen un servicio generoso y formativo, con el tiempo presentan el riesgo de ser refugios confortables para escapar de la ardua búsqueda de la verdad, provocando así la muerte científica.

Es preciso estar a la altura de la nobleza de nuestro cometido. Y esto ha sido, es y será así. Lo digo con la certeza que nos dan los siglos. Pensemos, por ejemplo, en la descripción del académico de Oxford que hace Geoffrey Chaucer en su obra "Los Cuentos de Canterbury" a fines del siglo XIV. Resume muy bien los rasgos intelectuales y externos de nuestra vocación:

"...tenía un aspecto atemperado, una mirada sobria; el tejido sobre su abrigo estaba gastado; No había encontrado carrera en la Iglesia y era muy poco mundano como para buscar un empleo. Prefería tener junto a su cama veinte libros en rojo y negro de la Filosofía de Aristóteles, que ropas finas, violín o salterio. Aunque era un sabio, como ya dije, no había encontrado la piedra para hacer oro. Cualquier dinero que tomaba de sus amigos lo gastaba en aprender o en adquirir otro libro. Y rezaba fervientemente por ellos, para así darles las gracias por pagarle su aprendizaje. Su único cuidado era el estudio, y ciertamente nunca dijo una palabra más allá de lo necesario, correcto en eso, respetuoso hasta el extremo, conciso, directo al punto, y con altura en su tema. El pensamiento de la virtud moral ocupaba su discurso y él alegremente aprendería y enseñaría"⁵⁹.

VI. CONCLUSIÓN

De lo expuesto podemos señalar, a modo de colofón más bien, que el alfa y el omega del oficio universitario son el cultivo y enseñanza de un saber nuevo que asegure una vida virtuosa. Esto exige un compromiso no solo con la verdad científica y aquella del recto actuar, sino también

⁵⁹Chaucer, Geoffrey, "Los Cuentos de Canterbury", escrito a fines del siglo XIV y publicado en 1475. Hemos traducido una versión en inglés moderno publicada por Coghill, Nevill, en The Folio Society, Londres, 4ª impresión, 1970, 25.

con la dedicación ejemplar a los alumnos. Desde el siglo XIII, la estirpe académica vive la épica de buscar afanosamente, transmitir y vivir la verdad que perfecciona al hombre. En esto consiste su esencia: arte y forja, verdad y vida. De esta esencia depende la subsistencia misma de la Universidad como tal. Somos herederos de esa tradición. En tiempos de crisis, todo lo demás puede cambiar.

LA GNOSIS, COMO BASE ANTROPOLÓGICA Y RELIGIOSA DE LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO. SU PROYECCIÓN LEGISLATIVA Y A LOS PROGRAMAS DE EDUCACIÓN SEXUAL “INTEGRAL”

*José Durand Mendioroz**

SUMARIO: Abstract. I. Introducción. II. Elementos conceptuales: sexo, sexualidad, perspectiva e ideología de género desde las antropologías integral y dualista. 1. La perspectiva antropológica dualista. 2. Las leyes de identidad de género. III. El sustrato religioso gnóstico de las antropologías dualistas. 1. Gnósticos “antes del gnosticismo”. 2. El gnosticismo propiamente dicho. 3. Categorías de seres humanos. 4. Las diversas tradiciones gnósticas. 5. Proyecciones de la gnosis y del gnosticismo hasta nuestros días. 6. La Nueva Era (New Age). IV. El sustrato gnóstico de la legislación “de género”, y la educación sexual escolar. 1. La educación sexual “integral” (ESI). 2. Exaltación del “autoerotismo” y de los juegos sexuales. 3. Tensiones entre el derecho de los padres y el Estado, autoinvestido representante de los derechos de los menores. V. Conclusión

ABSTRACT: El autor sostiene que en las leyes basadas en la llamada orientación de género, subyace una antropología dualista relacionada con un sustrato religioso gnóstico. Estos elementos pretenden sustentar el principio de la autonomía absoluta de la voluntad individual que se traduce en la irrelevancia de la corporeidad biológica humana, lo cual carece de fundamento científico y, paradójicamente, es la base implícita o explícita de aquella legislación. Desde su visión antropológica, esta corriente de opinión proyecta a la sociedad sus valores y su peculiar sentido moral, aunque en su exposición pública rechaza lo moral y lo religioso por principio, invocando lo científico como única fuente del constructivismo social que propugna. Para fundamentar su tesis el autor diferencia en forma liminar los conceptos de sexo, sexualidad, género e ideología, buscando el sentido propio de cada uno. A partir de lo cual realiza una síntesis histórica de la antigua vertiente de la gnosis y de su proyección hasta el presente, en lo que pudiere estar relacionado con la materia de esta comunicación. Hace referencia de manera particularizada a las leyes de identidad de género, por el quiebre radical entre el voluntarismo del individuo y la realidad que esta implica, y a la de educación sexual “integral” por su devastadora influencia en la transformación de las personas y de la sociedad en su conjunto.

*Profesor Titular de Introducción al Derecho y Extraordinario de Deontología Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta (Argentina) y miembro del Departamento de Fundamentos del Derecho de dicha Universidad, dentro de cuya programación se realizó el presente trabajo de investigación.

I. INTRODUCCIÓN

Como parte de una agenda global, en las naciones de nuestro hemisferio se verifican gestiones políticas y acciones sociales concertadas, en orden a la transformación de las leyes y de las costumbres, de conformidad a lo que se ha dado en llamar la “perspectiva de género”. Bajo su conjuro se impulsa la sanción de leyes tales como de violencia de género, de identidad de género, de aborto a libre demanda, de “educación sexual integral”, de matrimonio igualitario, entre muchas otras. Los críticos de este proceso de transformaciones expresan que este se inspira en la “ideología de género”, lo cual suele concitar reacciones airadas, que van desde la negación de la existencia de dicha ideología, a una más moderada, que se limita a aducir que la ideología de género no tiene “nada que ver” con aquel fenómeno de transformaciones, el cual en realidad estaría inspirado por la perspectiva de género con el fin de hacer efectivos para todos los llamados derechos humanos de “tercera generación”. En ambos casos, de todos modos, se suele descalificar a los críticos aduciendo que el mero uso del término “ideología de género” implica una solapada negación de derechos adquiridos y denota posturas patriarcales y violentas. Por ello considero que, en primer lugar, debe buscarse una respuesta a esta cuestión, dilucidando si es correcto diferenciar perspectiva de ideología de género y en caso afirmativo, cuál es el alcance conceptual de cada término.

También se observa otro modo de descalificación, ordenado a negar legitimidad de toda opinión que pudiese estar fundada en razones de índole moral o religiosa, sosteniéndose que las transformaciones en debate son cuestiones técnico-científicas. Así, por ejemplo, la legalización del aborto se presenta como un tema de “salud pública” que debe ser apoyado, inclusive “a pesar de las propias convicciones”. Algo análogo ocurre con la llamada *educación sexual integral* respecto de la cual se reivindica una exclusiva y excluyente competencia de lo “laico” y de lo científico, de tal manera que se califica como “oscurantista” cualquier cuestionamiento a sus postulados. Este argumento es abarcativo de la generalidad de las normas inspiradas en el concepto de género; no obstante, los fundamentos científicos que se exhiben en defensa de este proceso de transformaciones son por lo general bastante escuetos y pasibles de ser rebatidos.

Sin embargo la pobreza de fundamentación científica o filosófica no va en desmedro de las mencionadas acciones políticas y sociales, las que se llevan a cabo sistemáticamente para concretar aquella agenda; ni de la reiteración de argumentos basados en meras creencias y, por ende, “extra científicos”. El más importante de estos, a mi modo de ver, es el de la *plena autonomía del individuo* con el consecuente rechazo de toda *heteronormatividad* que pretenda ponerle límites. La etimología de este vocablo nos remite a *aquellas normas preceptivas de conducta que no*

emanan del propio sujeto (es decir, de su autonomía); sino de todo aquello que es lo “otro” a su respecto.

Tal “heteronormatividad” puede predicarse de la casi totalidad de las normas que rigen la convivencia¹, ya sean estas jurídicas, morales, religiosas, del trato social; lo sean derivadas de las costumbres, de las convenciones, de un orden ínsito en la naturaleza o de un sistema de valores objetivo. Y por encima de absolutamente todas ellas se encontraría la autonomía del sujeto². A primera vista advertimos que se trata de un postulado en extremo ambicioso –y revolucionario– en el contexto de nuestras tradiciones jurídicas y constituciones políticas, que no ha sido objeto del debido debate ni de consenso, pero que aun así se pretende “dar por sentado” por la vía del voluntarismo político. Porque en resumidas cuentas, el postulado de la autonomía absoluta del individuo es considerado por quienes lo sustentan, como “autoevidente”, y por ende algo que no admite discusión, por lo cual –en consecuencia– no puede reivindicar un fundamento científico. No obstante, dicho postulado subyace como creencia basal –explícita o implícita– de toda la construcción argumental de la corriente en estudio.

Hay otro postulado, empero, que pareciera desafiar la primacía del anterior, cual es el de la *irrelevancia de la diferencia biológica –como manifestación de la corporeidad humana– para definir qué es ser varón y qué es ser mujer o cualquier variable posible de identidad de género*. Pero, a mi modo de ver, esta afirmación deriva y depende del postulado basal de la autonomía de la voluntad, ya que la irrelevancia del dato biológico se debe a su desplazamiento como elemento de relevancia –precisamente– a *partir de la autonomía del individuo, desde la cual se realiza la “autopercepción” de su “identidad sexual o de género”*³. Es decir, su incondicionada voluntad definirá y “construirá” dicha identidad la cual, por lo demás, no necesariamente será definitiva, ya que dependerá de las variables de aquella voluntad. La naturaleza biológica fungiría, pues, como un condicionante “heteronormativo” más, que de ningún modo podría tener una entidad tal, que fuere capaz de frustrar la autonomía del individuo.

La continuidad de ambos postulados es evidente, de modo tal que podrían ensamblarse como que *ser varón o ser mujer en una sociedad*

¹Cfr. Durand Mendioroz, José Eduardo, *Persona, Sociedad y Derecho; una perspectiva humanista*, 2ª ed. Corregida y aumentada, Virtudes Editorial Universitaria, Salta, 2012. 83 y ss.

²No obstante y contradictoriamente, *no parece molestarles a los partidarios del cambio, el recurso a las normas jurídicas –típicamente “héronormativas”– si mediante ellas pueden imponer sus postulados a los demás.*

³Adviértase que en estas líneas y en las anteriores (entre comillas) se recepta una identificación, mejor dicho confusión, que se da en el discurso “revolucionario” entre la identidad sexual (que está dada por el sexo biológico) y el género. Confusión que pretendo aclarar en el siguiente capítulo, pero puede anticiparse que se produce por el uso de la técnica del “deslizamiento del sentido de las palabras”: se le asigna –mediante la imposición por repetición– a lo biológico (que es por naturaleza inmodificable) las características de las cuestiones de “género” (tal como lo entendemos, cfr. infra) que son por naturaleza variables.

patriarcal es una construcción impuesta heteronormativamente; en tanto que en una sociedad igualitaria es una construcción a partir de la autonomía del sujeto. En ambos supuestos la corporeidad biológica no es definitiva, la identidad sexual siempre es el resultado de una construcción cultural, ya sea desde la autonomía individual o desde la heteronomía.

Estas consideraciones me motivaron a indagar en las raíces antropológicas y, más profundamente, en las religiosas, de aquellas “ideas-creencias” pudiéndose anticipar que se encontró –a su respecto– una clara dependencia de una antropología dualista, que es posible relacionar con un sustrato religioso gnóstico. Todo lo cual, ciertamente, ha dado lugar a una determinada forma de moralidad y de valores consiguientes cuyas “bondades” también se pretende imponer. De manera que la corriente en estudio no puede presumir de una “pureza científica” que no posee, ni de la prescindencia de sus propias y peculiares concepciones morales, que tienen –consciente o inconscientemente– un sustrato antropológico y religioso por lo menos discutible. Con lo cual cabe desestimar también el pretendido carácter “laico”, que reivindica como *conditio sine qua non* de pertenencia al ámbito de lo científico.

Finalmente, reviste particular importancia considerar el tema de la educación sexual escolar desde esta óptica, no solo por la actualidad del debate, sino principalmente por las proyecciones en la sociedad de una educación pública mediatizada como objetivo ideológico-político, en orden a la negación del dimorfismo sexual humano (mujer-varón)⁴ que es la base de la sociedad y de las leyes. Para ello se pretende instrumentalizar la educación pública para adoctrinar en sus peculiares creencias y valores a los niños y a los adolescentes, acción que –sostenida durante varias generaciones– causará que toda la sociedad cambie su manera de pensar y de ser. En la educación sexual, cabe anticipar, el campo de la “heteronormatividad” se integra con cualquier orden, guía o consejo proveniente de los padres, los profesores o las instituciones educativas, susceptible de condicionar, limitar o negar la autonomía de los educandos en lo que se refiere al ejercicio de sus “derechos sexuales”.

II. ELEMENTOS CONCEPTUALES: SEXO, SEXUALIDAD, PERSPECTIVA E IDEOLOGÍA DE GÉNERO DESDE LAS ANTROPOLOGÍAS INTEGRAL Y DUALISTA

Tal como se dijo, la expresión “ideología de género” es descalificada por quienes son sus destinatarios. Un fenómeno análogo aunque de menor intensidad acontece desde una óptica contraria, con la locución “perspectiva de género”, que suele ser identificada, sin más, con la “ideología”,

⁴Negación que empujea el error de los antiguos que afirmaban que la tierra es plana.

descartando toda significación apreciable desde el punto de vista científico. Para aclarar esta cuestión cabe recordar, en primer lugar, que “género” es un término polisémico, que tiene significados diferentes en gramática (masculino, femenino, neutro), en lógica (género-especie), como equivalente al sexo biológico (masculino-femenino), como una clase de feminismo (f. de género), como categoría de análisis sociológico (perspectiva, visión, teoría), o como conjunto de creencias orientadas a una finalidad práctica (ideología), entre otras posibilidades.

En segundo lugar es necesario considerar al ser humano en su integridad desde la antropología filosófica; es decir, como una *unidad bio-psico-espiritual* y a la vez, *constitutivamente social*. Estos son los caracteres esenciales de lo humano, y se ven reflejados en los conceptos de sexo (lo biológico), de sexualidad (lo psico espiritual) y de género (referido a lo social, con las correspondientes *precisiones* que se formularán). Dichos caracteres, si bien son diferenciables conceptualmente, son inseparables de la persona *in concreto* por ser inherentes a la condición humana.

Méndez precisa que *El sexo corresponde a lo biológico en la especie humana ya constituida como tal. Es algo objetivo, recibido, en sus tres niveles (genético, morfológico y fisiológico). La sexualidad corresponde a la subjetividad psicológica, que define la orientación sexual (en sus niveles de autocomprensión, de autoestima, de emociones y voliciones referenciales), y también las conductas objetivas. El género expresa la dimensión sociocultural e histórica, que recoge lo anterior en los niveles de las costumbres, de la valoración ética y de la normativa legal. Viene de lo psicológico y también lo alimenta. (...) Este concepto ha habilitado lo que se llama perspectiva de género, es decir la consideración del aspecto sociocultural e histórico en las relaciones entre varones y mujeres. Se trata de no pasar por alto que los modos de considerar al varón y a la mujer tienen diferencias en el plano sociocultural e histórico*⁵.

Estas definiciones fueron trasladadas por su autor al siguiente cuadro⁶ que, a mi modo de ver, tiene un importante valor didáctico, ya que diferencia, en sus respectivas columnas, los tres planos constitutivos de la integralidad humana mostrando, al mismo tiempo, su continuidad y unidad:

⁵Cfr. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/perspectiva-teorias-genero-mendez.pdf> (última fecha de lectura 23/11/18).

⁶Méndez, Julio Raúl, *La antropología de la teoría de género* (texto provisorio de cátedra), Salta, s/f.

1. SEXO →	2. SEXUALIDAD →	3. GÉNERO
Biológico	Psicológico-espiritual Orientación sexual	Psicosocial
Objetivo	Subjetivo - objetivo	Intersubjetivo
varón mujer	personalidad; masculino-femenino espiritual: sentido de la vida	cultura; papeles masculino y femenino
1.a genético	2.a autocomprensión	3.a ética
xx xy	referencia al otro	
1.b gonádico-morfológico	2.b autoestima y emo- ciones referenciales	3.b costumbres
1.c fisiológico	2.c conducta de las relaciones sexuadas (todas) y sexuales	3.c leyes

La explicación detallada del cuadro precedente excede los alcances de esta comunicación pero su didáctica sirve, por ejemplo, para visualizar que la cuestión de la identidad sexual (impropiamente llamada identidad de género) pertenece a la primera columna (lo objetivo, dado por naturaleza y por ende insoslayable⁷) en tanto que la cuestión de la orientación sexual pertenece a la segunda (plano de lo subjetivo que se proyecta en conductas objetivas). Por su parte, lo relativo al género, entendido como la problemática epocal referida al tratamiento otorgado a varones y mujeres en el ámbito social, corresponde a la tercera columna.

Méndez sostiene que la clave de comprensión de los estudios de género radica en la visión antropológica desde la cual se parte. Una antropología integral va a proceder desde el dato biológico, enfatizando la continuidad de este plano con el de la sexualidad en orden a la plena realización de la persona y su armónica proyección social. La experiencia humana conlleva la profunda certeza *de la unidad vivida en el cuerpo*, convencimiento que surge de una *percepción inmediata* antes que como conclusión de un proceso argumentativo. En primer lugar, toda persona humana se considera espontáneamente *sujeto único de acciones espiri-*

⁷E inmodificable, porque la totalidad de los millones de células de una mujer son XX y las del varón, XY, malgrado los cambios quirúrgicos, hormonales, cosméticos y de "autopercepción" que se produjeran.

*tuales y corporales: Si puedo decir “yo pienso”, “yo amo”, “yo quiero...”, puedo de la misma manera afirmar “yo como”, “yo oigo música” (...)*⁸.

*El hombre no es dos seres, sino un ser; existe como organismo viviente que despliega su existencia humana en el cuerpo y a través del cuerpo. No solo la existencia personal comparte la suerte del organismo (nace, crece, envejece, muere, etc.) sino que se realiza expresándose corpóreamente. El cuerpo es lo que permite ser con los demás y expresarse en el mundo. Es el punto de inserción en el mundo*⁹.

*A la luz de las antropologías de la actualidad que insisten en el carácter central de la dimensión interpersonal y corpórea, no es posible descartar el problema del significado humano de la sexualidad. (...) La reflexión intenta señalar la llamada específicamente humana de la estructura varón-mujer, llamada que, sin duda, se va descubriendo lentamente a través de la historia, se realiza en formas culturales diversas pero que, de todos modos, es inherente a la misma sexualidad y no se realiza nunca sin el compromiso humano. En otras palabras, es preciso buscar las “posibilidades humanas” contenidas en la estructura varón-mujer*¹⁰.

Castilla enriquece estas consideraciones, agregando que, a diferencia de los animales, en la actividad sexual del ser humano se incluye un factor específico que es la comunicación, que tiene diversos aspectos, tales como el enamoramiento, el amor, el reconocimiento del otro como persona, la creación de relaciones familiares que suponen lazos estables.

*Paternidad, maternidad, filiación, conyugalidad, son lazos que aspiran a durar y pueden durar toda la vida. Esas relaciones, que dan sentido a la existencia humana, están imbricadas con la sexualidad. Así, una de las características más profundas de la persona es el afán de amar y ser amado. (...) La sexualidad humana cumple los mismos objetivos que la animal: intercambio genético y la reproducción. Pero además tiene otras dimensiones desconocidas en el mundo animal: todo aquello que tiene que ver con la comunicación y con el amor*¹¹.

Corresponde, teniendo presente lo anterior, formular aquí las precisiones anunciadas con relación al género en tanto expresión de la dimensión sociocultural e histórica de las relaciones entre mujeres y varones. Expresión que, desde una antropología integral, asume la continuidad de los planos biológico y psicoespiritual, desde donde se proyectan las conductas a lo

⁸Gevaert, Joseph, *El problema del hombre, Introducción a la antropología filosófica*, Ed. Sígueme, 10ª edición, Salamanca, 1995.

⁹Gevaert, *op. cit.*, 86.

¹⁰Gevaert, *op. cit.*, 104.

¹¹Cfr. Castilla, Blanca, *Identidad personal, lo masculino y lo femenino*, en <http://www.laici.va/content/dam/laici/documenti/donna/filosofia/espagnol/identidad-personal-masculino-femenino.pdf>- última consulta: 25 de noviembre de 2018.

social. Esta porción de la realidad ha habilitado –como señala Méndez– los correspondientes estudios histórico-sociológicos que se denominan por convención, “teoría”, “visión” o “perspectiva” de género. Tal es el espacio científicamente estimable de este tipo de estudios en tanto que, desde su propio objeto formal asuman la integridad humana, a la cual es inherente la continuidad de lo biológico, lo psicoespiritual y lo social.

La orientación a estudiar las inequidades históricas que han afligido a las mujeres por su propia condición de tales, está inspirada por el fin práctico de construir condiciones sociales más equitativas. Huelga decir que para aspirar a estos objetivos no hace falta ser feminista. Tales preocupaciones, por ejemplo, fueron expresadas con continuidad y coherencia por la Iglesia Católica, y en forma descollante durante el Pontificado de Juan Pablo II¹².

1. LA PERSPECTIVA ANTROPOLÓGICA DUALISTA

Por el contrario *establecerá una discontinuidad; más aún, una fractura, entre los tres planos referidos; en primer lugar sosteniendo una suerte de absolutización de lo psicoespiritual; dejando en consecuencia lo biológico fuera de la ecuación de lo humano; y finalmente condicionando lo social, hasta extremos que superan toda capacidad de asombro. Puede afirmarse que solamente subsisten (...) las dimensiones psicológicas como fuentes de la decisión autónoma. Esta es la que tiene relevancia jurídica y es fuente de derechos y generadora de obligaciones para los demás. La observación nos dice que esto lleva, en muchos casos, más a complicaciones que a soluciones sociales*¹³.

Ahora bien, esta discontinuidad de los planos antropológicos propia del dualismo, fue influenciando progresivamente los documentos internacionales¹⁴ y los “estudios de género”, recorriendo un arco, en lo que

¹²Cfr. *Carta Apostólica Mulieris Dignitatem* (1988) en http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_letters/1988/documents/hf_jp-ii_apl_19880815_mulieris-dignitatem.html, *Carta a las Mujeres* (1995), en https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/letters/1995/documents/hf_jp-ii_let_29061995_women.html (última consulta 12/12/18).

¹³Cfr. Méndez, Julio Raúl, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/perspectiva-teorias-genero-mendez.pdf> (última consulta 23/11/18)

¹⁴Reviste particular importancia la *Declaración Interpretativa del término “género”* formulada por la Santa Sede en la IV Conferencia Mundial Sobre la Mujer, (Pekín 1995). “Aceptando que la palabra «género» en este documento ha de entenderse según su uso ordinario en el ámbito de las Naciones Unidas, la Santa Sede lo admite con el significado común de esta palabra en las lenguas en que existe. La Santa Sede entiende el término «género» como fundado en una identidad biológico-sexual, varón y mujer. Además, la Plataforma de Acción (cf. párrafo 193, c) usa claramente la expresión «ambos géneros». La Santa Sede excluye, así, interpretaciones dudosas basadas en concepciones muy difundidas, que afirman que la identidad sexual puede adaptarse indefinidamente, para acomodarse a nuevas y diferentes finalidades. En http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19950915_conferenza-

se refiere a lo científico, que va desde el sesgo ideológico¹⁵ hasta “lo puramente ideológico” que omite todo fundamento científico. El derrotero de los estudios de género ha sido bien sintetizado por Miranda-Novoa¹⁶ quien repasa la génesis de los estudios con perspectiva de género y la orientación ideológica que fueron adquiriendo cuando fueron influenciados progresivamente por autores con militancia social o política. De este modo comenzó a prevalecer y a tornarse hegemónica una “lectura” ideologizada de aquella problemática. Finalmente irrumpió en el escenario, como lo señala Miranda-Novoa, la militancia transgénero aliada al “feminismo de género”, originando trabajos cuyos ejes no son científicos sino esencialmente ideológicos.

Tal como es de práctica, se empezó por el vaciamiento de la significación convencional de término género y su sustitución por otro significado. Así se ha denunciado que (...) *en diferentes Conferencias de la ONU, como la de Pekín, ha sido fuertemente manipulado por grupos de presión, que pretenden presentar multitud de modelos de género –queriéndose basar incluso en datos inciertamente científicos–, como el género heterosexual, el bisexual, el andrógino, el homosexual, el lesbiano, la elección libre del sexo, etc.*¹⁷. Claramente, desde la orientación sexual, que se encuentra en el ámbito de la sexualidad (2da. columna), el individuo pretende crear diversas *identidades* sexuales, contra la verdad pura y dura de la ciencia que ha comprobado al respecto la regla del dimorfismo sexual¹⁸.

Los grupos de presión aludidos en el párrafo precedente, en su exteriorización, son el activismo transexual y el feminismo de género que sostienen, en base a una creencia dogmática, que *La feminidad es un producto de la cultura y que no tiene una determinación biológica. A este planteamiento se unieron otras contribuciones filosóficas y sociológicas que, conectadas con el desarrollo histórico del feminismo, ahondaron en la negación de*

pechino-genero_sp.html. Cfr. también la *Aclaración de la Santa Sede ante la Comisión sobre el estatus de la Mujer del Consejo Económico y Social de la ONU* (2011), en <https://es.zenit.org/articulos/aclaracion-de-la-santa-sede-de-su-postura-sobre-el-genero-en-la-onu/> (última consulta 12.12.18).

¹⁵Claro está y resulta lógico pensar (...) que quienes trabajan la categoría de género tengan una ideología feminista o antipatriarcal y antihomofóbica, afirma el Centro Interdisciplinario de Estudios de Género de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina, octubre de 2018). Si bien sostiene contradictoriamente que *no puede hablarse* de ideología de género, tiene el valor de reconocer la contaminación ideológica de muchos de los estudios con perspectiva de género; <http://www.chacodiapordia.com/2018/10/23/lobby-contra-la-esi-el-genero-es-una-categoria-no-una-ideologia-aclararon-desde-la-unne/> (última fecha de consulta 23/11/18).

¹⁶Miranda-Novoa, Martha, *Diferencia entre la Perspectiva de Género y la Ideología de Género*, en <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a02.pdf> (última fecha de consulta 23/11/18).

¹⁷Castilla, Blanca, *Ibíd.*

¹⁸Martínez Picabea, Elba, cfr. <https://www.ancmip.org.ar/user/FILES/03Giorgiutti.pdf>, última fecha de consulta 5/12/18.

*cualquier diferencia entre varón y mujer, incluso la dualidad sexual y, en definitiva, rechazaron cualquier referencia a un “orden natural”. Entendían por tal el resultado de las leyes biológicas, por lo que lo sustituyeron por una concepción de la autodeterminación humana que incluyera también la identidad sexual. De esta manera se produce una ruptura en la relación sexo-género, entre lo natural y lo cultural, entre lo dado y lo adquirido, entendiéndose cada uno como algo distinto y separado*¹⁹.

Continuando con el propósito de definir los términos que se utilizan en el debate, corresponde referirse a “ideología” expresión que alude a *un sistema de opiniones fundadas en un orden de valores y/o creencias subyacentes, encaminadas a dirigir los comportamientos de un grupo/ clase/ sociedad determinados, que suelen presentar la disfunción de deformar la realidad en oposición a las apreciaciones más exactas de la ciencia y la filosofía. Esta conceptualización comprende a la denominada “ideología de género”, toda vez que el postulado basal de su construcción teórica es la creencia –sin fundamento científico– en la autonomía soberana del individuo, capaz de decretar la irrelevancia del dato biológico respecto de su identidad sexual. La separación entre sexo y género constituye una de las principales características de la denominada ideología de género, para la cual el ser humano nace sexualmente neutro y luego es socializado como varón o como mujer. Por ello, se proponen diversas formas de género que dependen de la orientación sexual como el ser homosexual, lesbiana, bisexual o transexual, equiparándolas al ser heterosexual. Por consiguiente, según las preferencias personales, cada persona se construye a sí misma a lo largo de su biografía con independencia de su sexo biológico y del contexto sociocultural en el que vive*²⁰.

El carácter acientífico de la ideología de género se acentúa por la vinculación de muchos de sus cultores a la teoría política marxista: *partiendo de la concepción marxista de ideología, cuya principal característica es la falta de coherencia entre la realidad y la teoría, se advierte que uno de los aspectos ideológicos en esta interpretación del género reside en su propósito de eliminar, de forma absoluta y radical, las diferencias de género y sexo entre varón y mujer. La justificación de dicho objetivo radica en que la aceptación de cualquier tipo de diferencia entre los sexos es traducida como la perpetuación y el fortalecimiento del patriarcado, es decir, del modelo de la subordinación de la mujer al varón*²¹.

Pero esta última “justificación” ha sido reiteradamente desmentida por la evidencia histórica de que los progresos constantes en el último siglo –en lo que se refiere a la mejora del estatus social de la mujer– de ninguna manera están relacionados con el recurso “mental” de ignorar

¹⁹Miranda-Novoa, Martha, *Ibíd.*

²⁰Miranda-Novoa, Martha, *Ibíd.*

²¹Miranda-Novoa, Martha, *Ibíd.*

las diferencias entre sexos; sino –precisamente lo contrario– se relacionan con iniciativas políticas concretas que tienen en cuenta lo diferencial en lo femenino y se ordenan a resultados equitativos; haciendo efectivo el principio de la igualdad en dignidad y derechos de mujeres y varones. Para el feminismo de género y el activismo “trans”, por el contrario, la única manera de acabar con las desigualdades en la esfera social es banalizando las diferencias biológicas y psicológicas; en otras palabras, “invisibilizando” la realidad existencial de la mujer de carne y hueso²². Ciertamente, el activismo de género no puede reivindicar ningún logro en el proceso de abolición del “modelo de subordinación” de la mujer y la construcción de un modelo de equidad; antes por el contrario, han introducido un principio ideológico mediante el cual las mujeres están viendo desdibujarse muchos de sus derechos.

2. LAS LEYES DE IDENTIDAD DE GÉNERO

Apartándome deliberadamente del método de esta comunicación, anticipo el tratamiento de este tópico por su relación directa e inmediata con lo que se viene exponiendo. La ley chilena N° 21.120 (publicada 10/12/18), siguiendo las directivas de la agenda global²³, establece la siguiente definición: *Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento* (Art. 1, apdo. 2do.)²⁴, lo cual trae aparejado el derecho irrestricto al cambio registral de su identidad sexual y

²²No es posible infravalorar ni el peso del instinto sexual en la realización de una personalidad equilibrada, ni la orientación a la maternidad, con todas las repercusiones en la esfera psicológica e incluso en los comportamientos sociales. Por eso las teorías que quieren separar a la sexualidad de esta base corpórea, como por ejemplo en S. de Beauvoir, resultan demasiado abstractas y racionalistas” (Gevaert, op. cit., 111).

²³Los paralelos con el caso argentino son notables. Se profesa el cumplimiento de una deuda social “impostergable”, y hasta se reconoce una continuidad de 20 años en la política de derechos humanos. Notable coincidencia entre los gobiernos a ambos márgenes del Ande, que se presentan a sí mismos como “un antes y un después” en todos los órdenes (Piñera de Bachelet y Macri de Kirchner).

²⁴La parte correspondiente de la ley argentina establece: “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. (Art. 2 ley 26.746). Debe reconocerse que la ley chilena al menos no incurre en el grosero error de definir el concepto utilizando la misma palabra que se pretende definir (género), pero obviamente incurre en el mismo error antropológico, al restarle toda relevancia a la condición corpórea sexuada de todo ser humano, que existe como varón o mujer.

de su nombre. Lo que significa a los efectos prácticos que, desde el punto de vista legal, dicha percepción *personal e interna* tiene un impacto social concreto, consistente en que el optante sea tenido por “hombre o mujer” a todos sus efectos, según el sentido de su elección.

De lo expuesto, tenemos que la existencia de la mujer es definida por la mera manifestación de voluntad de cualquier individuo, mediante la cual se adscribe a una identidad sexual femenina. Con lo cual *se incurre en el absurdo de querer eliminar las inequidades históricas hacia la mujer, quitándole entidad objetiva a lo biodiferencial, que es la causa de dichas inequidades, convirtiendo de este modo el ser mujer en una mera, accidental y –ciertamente– modificable opción individual y cultural.*

No tener en cuenta el sexo biológico significa ignorar el cuerpo sexuado femenino como realidad, contradiciendo inclusive la misma razón de ser de la lucha secular *–feminista o no–* por los derechos de la mujer. Si “ser mujer” se reduce a una mera “autopercepción” y su consiguiente registración –sin que el cuerpo importe– se está traicionando la lucha de generaciones de varones y mujeres contra una serie de injusticias que no reconocen otro motivo que... *tener un cuerpo sexuado femenino.* Bachiochi en tal sentido afirma: *Para la generación anterior de feministas, la asimetría biológica entre el hombre y la mujer era una propuesta para un cambio social auténtico, no una licencia para distorsionar la maravillosa capacidad del cuerpo femenino. Por lo tanto, no es causa de asombro que una sociedad que rechaza el cuerpo de las mujeres y los cuerpos de sus vulnerables niños permita ahora una distorsión de la ley tan grande que predice la expulsión de todos los cuerpos*²⁵.

El cuerpo sexuado femenino es el que exige y justifica una protección preferente²⁶, mediante la legislación y las políticas públicas, focalizándose específicamente en compensar equitativamente la asimetría²⁷ que se verifica

²⁵Bachiochi, Erika, *Rendering the sexed body legally invisible: how transgender law hurts women [Transformar el cuerpo sexuado en legalmente invisible: el modo como las leyes transgénero dañan a las mujeres]*, en <https://www.thepublicdiscourse.com/2016/05/17033/> con traducción al español en <https://www.religionenlibertad.com/polemicas/50000/feministas-rechazan-ideologia-genero-porque-anulara-las-conquistas-.html> (última fecha de lectura 25/11/18).

²⁶“No importa lo que uno piense sobre los méritos de la política de índole feminista en su conjunto; negar que las mujeres son una clase legal distinta a la de los hombres es borrar el cuerpo femenino de la consideración social, legal y política. Esto es profundamente problemático por un conjunto de razones, incluidas pero no limitadas a: legislar sobre la *violencia sexual* (cuyos autores son hombres en su gran mayoría) y la posterior sanación; la investigación y el tratamiento de las *necesidades nutricionales, médicas y farmacéuticas* de las mujeres, claramente distintas a las de los hombres; promover las ventajas, ya demostradas, de los *programas de educación sexual* divididos por sexo y de los programas deportivos; la creación de soluciones auténticas para quienes quieran *trabajos flexibles* que les permitan dar prioridad a las obligaciones familiares, siendo la amplia mayoría mujeres”. Bachiochi, Erika, *Ibid.*

²⁷Lo cual –corresponde acotar– no significa de modo alguno que exista un derecho al aborto como correlato de dicha asimetría.

en lo que se refiere a la función reproductiva²⁸. Esta autora explicita la irrupción del activismo transgénero en el escenario, afirmando que una vez que la ley subordina el cuerpo sexuado a la “identidad de género” como opción subjetiva, *el cuerpo sexuado se convierte en legalmente invisible*; situación que ha ocasionado la crítica de parte del feminismo, siendo particularmente contundente al respecto, la teórica política y feminista radical británica Rebecca Reilly-Cooper:

La opresión de las mujeres tiene sus raíces históricas y su aparente justificación en la biología femenina y en la explotación del trabajo reproductivo. Alterar la definición del término “femenino” para que ahora signifique ‘cualquier persona que se crea mujer’ no es solo conceptualmente incoherente, sino que también elimina la posibilidad de analizar la opresión estructural de las mujeres como clase al erradicar la terminología que usamos para describir las condiciones materiales de su existencia... Si no reconocemos la realidad material del sexo biológico y su significado como eje de opresión, la experiencia de opresión de las mujeres pasa a ser literalmente inexplicable. Perdemos la terminología y los instrumentos de análisis –instrumentos cuidadosamente desarrollados por generaciones de feministas que trabajaron antes que nosotros– que dan sentido a la experiencia femenina y a la realidad de adaptarse [con un cuerpo femenino] a un mundo dominado por el hombre²⁹.

Las repercusiones sociales de este absurdo son tan obvias como irracionales; el transexual utilizará baños de mujeres o directamente se habilitarán baños unisex (omitiendo el sentido de protección a la mujer que tiene esa distinción), podrá jubilarse cinco años antes que los varones³⁰, podrá pedir licencia por maternidad omitiendo el “detalle menor” de no haber gestado ni parido, podría competir en deportes contra *mujeres con cuerpo de mujer* (es decir, mujeres reales), podría ser internado en una cárcel de mujeres y abusar de las internas, y un largo etcétera. Porque en base al mismo principio de que *yo soy lo que me parece que soy* pueden darse y

²⁸“Nuestra distinta función reproductiva hace que distingamos entre las dos manifestaciones encarnadas de la humanidad (y seguimos aprendiendo también cómo las diferencias sexuales afectan a los tratamientos médicos). Cuando los cuerpos de los hombres y las mujeres se unen en el acto sexual –ya sea en un acto de amor, en un acto de mero consentimiento o en un acto de violencia–, los cuerpos de las mujeres tienen la capacidad de gestar nuevos seres humanos vulnerables. Los cuerpos de los hombres no. Esta *realidad de la asimetría reproductiva* y las serias consecuencias que se derivan de ella para las mujeres *son la razón de ser del feminismo*. Cada una de las formas de feminismo busca respuesta a la pregunta de cómo la sociedad debe responder a la asimetría reproductiva, con el objetivo compartido de una verdadera libertad e igualdad de las mujeres”. Bachiochi, Erika, *Ibíd.*

²⁹Cit. por Bachiochi, Erika, *Ibíd.*

³⁰El régimen jubilatorio general argentino prevé esta diferencia en base a la asimetría reproductiva y su incidencia en el trabajo doméstico de la mujer real. No se conocen iniciativas para igualar la edad jubilatoria, posiblemente por lo impolítico de la flagrante injusticia que se cometería.

de hecho se dan, nuevos y más atrevidos absurdos, como que una mujer se autoperciba como gato; que un señor grande casado y con hijos, como una niña; y que una mujer “se despose” con una estación de trenes³¹.

La cuestión de la *optabilidad* de la identidad sexual adquiere una particular gravedad en el caso de los niños y preadolescentes, a quienes se pretende adoctrinar a través de los programas escolares de educación sexual, afirmándoles la existencia de diferentes alternativas de identidad sexual, por las que pueden “transitar libremente” mediante “juegos” presexuales y sexuales, e impulsándolos a elegir “libremente” la suya, sin que los padres ni su sexo biológico deban suponer el menor obstáculo. Que este accionar se dé antes de la pubertad es clave. Al respecto el Colegio de Pediatras denunció³² que *respaldar la discordancia de género como algo normal a través de la educación pública y de las políticas legales confundirá a hijos y padres, llevando a muchos niños a acudir a “clínicas de género” donde les administren fármacos bloqueadores hormonales (...) y probablemente considerarán, cuando sean adultos jóvenes, la mutilación quirúrgica innecesaria de sus órganos sanos.*

La declaración enfatiza que (...) *hasta un 98% de niños con género confuso y hasta un 88% de niñas con género confuso aceptan finalmente su sexo biológico tras pasar la pubertad de forma natural. Los niños que utilizan bloqueadores hormonales para reasignación de sexo necesitarán hormonas cruzadas al final de la adolescencia. Las hormonas cruzadas (testosterona y estrógenos) se asocian con riesgos para la salud, entre ellos hipertensión, coágulos de sangre, derrame cerebral y cáncer. Las tasas de suicidio son veinte veces mayores entre los adultos que utilizan hormonas cruzadas y sufren cirugía de reasignación de sexo (...)* ¿Qué persona compasiva y razonable condenaría a ese destino a chicos jóvenes sabiendo que tras la pubertad hasta un 88% de las chicas y un 98% de los chicos aceptarán la realidad y alcanzarán un estado de salud física y mental? La conclusión es tajante: *Condicionar a los niños a creer que es normal estar toda la vida sustituyendo química y quirúrgicamente su propio sexo por el opuesto constituye un abuso infantil.* Cuando estas cosas se dicen desde una asociación científica, se esperan respuestas científicas y no acusaciones de promover la sociedad patriarcal.

Lamentablemente las noticias de la sistemática aplicación de las políticas de género en sociedades que al parecer carecen de reacción ante

³¹Confieso que cuando en la Argentina se habilitó en 2010 el matrimonio entre personas del mismo sexo, pensé que el mismo principio habilitaba el casamiento entre más de dos personas (cualquiera fuera su sexo) y hasta entre personas y animales; pero el matrimonio entre una persona y un bien inmueble supera lo imaginable. Una vez más la realidad supera a la ficción y una vez más reconozco la vigencia del cuento “del rey desnudo” ¿Se dará cuenta la sociedad de la monumental estafa de esta clase de “políticas de género”?

³²<https://www.acpede.org/the-college-speaks/position-statements/gender-ideology-harms-children?highlight=gender%20ideology%20harms%20children>.

esa imposición, no solo están haciendo pública la existencia de millares de víctimas de esta modalidad de abuso, sino también de proyecciones sociales catastróficas. Tal es el caso del Reino Unido donde se ha denunciado que por la imposición de la ideología de género en las escuelas se produjo un incremento global del 2496% de pedidos de cambio de sexo en menores. Tomando como referencia el período 2009/2010 con relación al período 2017/2018, se verifica un 1150% de incremento en niños y un 4415% en niñas. Cuatro veces más en niñas que en niños³³.

III. EL SUSTRATO RELIGIOSO GNÓSTICO DE LAS ANTROPOLOGÍAS DUALISTAS

Podemos afirmar en primer lugar, que estas antropologías son consistentes con la gran corriente religiosa que podríamos denominar genéricamente *gnóstica*³⁴, para diferenciarla del *gnosticismo* que alude, de acuerdo al consenso de los especialistas, a determinados sistemas filosófico-teológicos que se suscitaron a partir del siglo I d.C.

1. GNÓSTICOS “ANTES DEL GNOSTICISMO”

Gevaert se refiere a una de las primitivas manifestaciones gnósticas en occidente, muy anterior a que se originara el “gnosticismo” propiamente dicho en los dos primeros siglos de nuestra era. Se trata del orfismo, lo cual no denomina una “escuela” en particular, sino que alude a diversas tradiciones religiosas *órficas*³⁵, cuya influencia se proyectó al pitagorismo y al platonismo y de allí, al neoplatonismo.

El dualismo antropológico tiene ciertamente mucho que ver con la filosofía de Platón, que hunde sus raíces en las doctrinas religiosas del orfismo, con la preexistencia, la caída y la emigración del alma. El hombre es, por esencia,

³³<https://www.religionenlibertad.com/polemicas/368757189/Londres-estudia-el-aumento-de-un-26-en-peticiones-de-cambio-de-sexo-de-ninos-y-adolescentes.html>. Las autoridades de la ciudad de Buenos Aires han anunciado con orgullo que ya se han habilitado los primeros consultorios especializados en tratamientos hormonales para niños transexuales.

³⁴Cfr. Guerra Gómez, Manuel, *La gnosis y sus rebrotes en nuestros días*, <https://infovaticana.com/blogs/wp-content/uploads/sites/3/2018/05/LA-GNOSIS-Y-SUS-REBROTOS-EN-NUESTROS-D%C3%8DAS.pdf>, última fecha de consulta 01/12/18, precisa: “*Gnóstico*. Aunque testimoniado ya en el s. V a.C. (Anaxágoras), es un término no frecuente en griego (...) En virtud de su mismo sufijo: griego - *iko* puede designar todo (doctrina, rito, personas) perteneciente o relacionado con el significado de su primer elemento componente. De hecho ‘gnóstico’ es ‘el conoecedor’, ‘el iniciado’, ‘el perfecto’, pertenezca o no a alguno de los grupos del gnosticismo antiguo y actual”.

³⁵Eliade, Mircea, *Historia de las Creencias e Ideas Religiosas*, Vol. II, Paidós, Madrid, 2011, p. 223.

*una planta celestial (Timeo, 90 A), preexistente al cuerpo, que se encuentra ahora (el alma), debido a una especie de culpa original, desterrada y alienada en el cuerpo. De naturaleza divina e inmortal, el alma espiritual tendrá que purificarse y liberarse del cuerpo*³⁶.

Por Platón precisamente conocemos la concepción de los órficos acerca de inmortalidad del alma. *En castigo de un crimen primordial, el alma es encerrada en el cuerpo (soma) como si fuera un sepulcro (sema). En consecuencia, la existencia encarnada se parece más bien a la muerte, mientras que la muerte constituye el comienzo de la verdadera vida. Sin embargo, esta vida verdadera no se obtiene automáticamente; el alma es juzgada conforme a sus méritos o sus faltas, y pasado algún tiempo se encarna de nuevo. Al igual que en la India a partir de las Upanishads, se trata de la creencia de la indestructibilidad del alma, condenada a transmigrar hasta su liberación final*³⁷.

Pero esta liberación final del alma no se produce sino por la gnosís, término griego cuya traducción al castellano es “conocimiento”. Para Eliade el orfismo es en esencia una gnosís soteriológica (un conocimiento salvador) porque, si bien eran necesarias prácticas de purificación, de ascesis y el cumplimiento de ciertas reglas específicas, (...) *a la salvación se llegaba sobre todo en virtud de una “iniciación”, es decir, mediante unas revelaciones de orden cosmológico y teosófico*³⁸. (...) *Se advierte, por un lado, un dualismo (espíritu-cuerpo) muy próximo al dualismo platónico (...) Todo ello nos recuerda ciertas soteriologías y técnicas indias (§ 195) y a la vez anticipa diversos sistemas gnósticos (§§. 229 y sigs.)*³⁹.

Repasemos brevemente estas analogías que recuerda el estudioso rumano. Por la misma época de aquellas manifestaciones de la religiosidad griega (alrededor del s. VI a.C.), en el otro extremo del mundo conocido, las tradiciones religiosas del hinduismo ya se encontraban reunidas en el monumental conjunto de libros sagrados denominados *las Upanishads*. A partir de estas *“Liberarse” del dolor es el objetivo de todas las filosofías y todas las técnicas meditativas indias. Ninguna ciencia vale nada si no está al servicio de la “salvación” del hombre. Fuera de esto [es decir, lo eterno que reside en el yo], nada merece ser conocido*⁴⁰. En consecuencia Podríamos decir que, a partir de entonces, el pensamiento religioso indio identifica la liberación con un “despertar” o con la toma de conciencia de una situación que existía desde el principio, pero que no se lograba *comprobar*. La ignorancia, es en realidad, un *desconocimiento de sí mismo*, puede compararse a un *olvido* del verdadero yo (*atman, purusha*). La gnosís

³⁶Cfr. Gevaert, *op. cit.*, 78.

³⁷Eliade, Mircea, *Ibíd.* Vol. II, 224.

³⁸Eliade, Mircea, *Ibíd.*, II, 225.

³⁹Eliade, Mircea, *Ibíd.*, II, 228.

⁴⁰Eliade, Mircea, *Ibíd.*, II, 66.

(*jnana, vidya*), al eliminar la ignorancia (...) hace posible la liberación; la verdadera “ciencia” equivale a un “despertar”⁴¹.

Existe entre el gnosticismo y los “pre-gnósticos” una continuidad (...) *casi todos los temas mitológicos y escatológicos desarrollados por los autores gnósticos son anteriores al gnosticismo stricto sensu. Algunos están atestiguados en el Irán antiguo y en la India por la época de las Upanishads, en el orfismo y en el platonismo, otros son característicos del sincretismo de tipo helenístico, del judaísmo bíblico y intertestamental o de las primeras expresiones del cristianismo*⁴².

Las dos tradiciones gnósticas sucintamente examinadas tienen obvios elementos en común: la eternidad/divinidad del alma, su preexistencia al cuerpo, el olvido de aquella situación primordial que detentaba, el encontrarse desterrada –más aún– “alienada” en un cuerpo, la “ley” del ciclo de las reencarnaciones. Asimismo coinciden en la gnosis como conocimiento salvífico, que no es propio de la multitud sino de algunos iniciados, y la consiguiente renuncia al mundo por parte del sabio⁴³. Semejantes similitudes no pueden ser casuales. La lejanía entre Grecia y la India y la falta de contactos directos atestiguados, por aquellos tiempos, nos hacen pensar en raíces religiosas comunes, que fincan en la cultura de las sociedades indoeuropeas donde es posible verificar afinidades religiosas. Aquellas abarcaban un área geográfica que va desde la expansión celta hasta el occidente europeo, hasta la India en su extremo oriental⁴⁴; incluyendo, por cierto, al antiguo Irán (conquistado por pueblos indoeuropeos desde el 1400 a.C.), el cual tiene un sistema religioso con estrechas analogías con el hindú.

2. EL GNOSTICISMO PROPIAMENTE DICHO

El gnosticismo, comienza prácticamente con la era cristiana, y en recíprocas interferencias con el cristianismo fundamentalmente, pero también con manifestaciones religiosas judías, helénicas y orientales que contribuyeron a la formación de los diversos sistemas. *De acuerdo con los documentos conocidos el gnosticismo de la Antigüedad, en cuanto sistema filosófico-religioso, existió desde el s. I al V d.C.*⁴⁵.

⁴¹Eliade II, *Ibíd.*, 67, énfasis en el original.

⁴²Eliade, II, *Ibíd.*, 433.

⁴³Eliade, II, *Ibíd.*, 225.

⁴⁴No obstante, diversos movimientos religiosos de cuño hinduista, sobre todo el budismo, se extendieron prácticamente por todo el continente asiático, hasta sus confines orientales.

⁴⁵Guerra Gómez, Manuel, *La gnosis y sus rebrotes en nuestros días*, <https://infovaticana.com/blogs/wp-content/uploads/sites/3/2018/05/LA-GNOSIS-Y-SUS-REBROTOS-EN-NUESTROS-D%C3%8DAS.pdf>, última fecha de lectura 01/12/18. Continúa este autor acotando: Pero sus raíces han rebrotado a finales del siglo XIX gracias al francés Jules Doinel (1842-1902), más proclive a lo irracional, “místico”, que a lo ascético. Fundó la “Iglesia gnóstica” influido por

García Bazán precisa que *En la base del movimiento gnóstico están ciertas asociaciones de individuos que llamamos “gnósticos”, porque así se autodesignan y porque así son designados y reconocidos por testigos externos, eclesiásticos o filósofos griegos*⁴⁶. Guerra Gómez aporta una noticia del proceso histórico que enmarcó la aparición de los sistemas gnósticos: *Para descubrir las raíces del gnosticismo, (...) hay que remontarse por lo menos a Alejandro Magno (s. IV a. C.) con sus conquistas de las regiones orientales desde las actuales Turquía, Israel, Egipto hasta Irán y la India. Al comienzo los orientales se helenizaron. Pero, a partir del s. II a. C., al revés, varias oleadas de orientales (civilizaciones y religiones iránicas, babilonias, hindúes) fecundan e impregnan el mundo grecorromano, haciendo posible la aparición del gnosticismo preferentemente en el seno judeocristiano*⁴⁷.

García Bazán, haciéndose eco del Coloquio de Mesina⁴⁸, especifica que “gnosticismo” envuelve la idea de sistema teológico-filosófico, por lo cual *debe emplearse el término para los conjuntos doctrinales que florecieron hacia los siglos II d. C. y siguientes (...) abarcando una serie coherente de elementos: la presencia de la chispa divina en el hombre, su procedencia del reino divino, su caída en el mundo, al que rige la fatalidad y la ley del nacimiento y de la muerte, y la necesidad de ser despertada por su contraparte divina, para poderse reintegrar en su estado primitivo. Esta concepción de la “degradación” de lo divino se basa en la idea ontológica de la debilitación del ámbito de lo divino, una vez que la periferia de su esfera entra en crisis, lo que indirectamente le permite producir el mundo y al que tampoco puede descuidar totalmente, puesto que debe recuperar al pneuma (perspectiva dualista sobre un fondo monista, que se expresa dialécticamente por el doble camino de la degradación y de la reintegración)*⁴⁹.

Para este autor, no obstante, deben tenerse en cuenta ciertos sistemas contemporáneos, como el hermetismo, y ciertos neoplatónicos, como proyecciones del gnosticismo fuera de un sistema propiamente “gnóstico”. Uno de los aspectos más peculiares de los sistemas *gnósticos propiamente dichos* probablemente es el proceso de conocimiento de la verdad. (...) *la*

su estudio del gnosticismo antiguo y del catarismo medieval junto con fuertes interferencias espiritistas y masónicas, además de ingredientes teosóficos y ocultistas”.

⁴⁶García Bazán, Francisco, *El Gnosticismo: Esencia, Origen y Trayectoria*, 1ª ed., Buenos Aires, Proeme, 2009.

⁴⁷Guerra Gómez, Manuel; *Ibid.*

⁴⁸García Bazán, Francisco, *GNOSIS la Esencia del Dualismo Gnóstico*, 2da. Ed. corregida y aumentada, Ed. Castañeda, Estudios Filosóficos, 1978, San Antonio de Padua (Pcia. de Buenos Aires), 30. El Coloquio de Mesina (1966) reunió a un grupo de “ilustres y experimentados especialistas en Gnosis”.

⁴⁹García Bazán, Francisco, la presente (p. 31) y las siguientes citas se refieren a la obra mencionada en la nota 46.

*gnosis es un conocimiento que escapa a los normales análisis racionalistas. El correlato de ese conocimiento es el Sí-Mismo: la intimidad infinita o espiritual de la persona (...) Se conoce al Sí-Mismo como objeto de conocimiento, pero el SM solo es cognoscible por él mismo, (...) por lo tanto se autoconoce en la gnosis, es sujeto y objeto de conocimiento, porque es una misma cosa lo que conoce y lo conocido, conocer y conocerse*⁵⁰.

3. CATEGORÍAS DE SERES HUMANOS

Puede afirmarse que toda gnosis desde sus orígenes ancestrales fue algo propio de una minoría de “iniciados”⁵¹, y que su enseñanza fue siempre “esotérica”; es decir secreta, oculta, solo al alcance de dichos iniciados, e incluso gradualmente impartida conforme estos avanzaran en etapas o “grados” predeterminados. En consecuencia, la gnosis no era –ni es– accesible a la mayoría de la gente. Esta característica “elitista” se mantuvo a lo largo de más de dos milenios y solo está desdibujándose –relativamente– en una de sus actuales manifestaciones, a la que luego se hará referencia. Pero en el gnosticismo propiamente dicho este fenómeno del elitismo se absolutiza, ya que no se configura por cuestiones relacionadas con la clase social, el intelecto o el poder (como suele suceder con la mayor parte de las elites), sino que procede de una especie de dogma “metafísico”: existen tres clases de seres humanos: los espirituales, los psíquicos y los materiales. La diferencia, como se anticipara, no procede de la fortuna, del poder, del intelecto, ni de ningún accidente por el estilo, sino de una *cualidad intrínseca a cada individuo*, que determina dichas clases: i) la de los espirituales (*pneumáticos*), “los perfectos, los ‘hijos del rey’, los únicos que se salvarán”⁵², que es el *resultado de la presencia en el individuo del sphinter o chispa divina* (el gnóstico –obviamente– pertenece a esta categoría); ii) la segunda clase es la de los *psíquicos*, quienes tienen un alma, pueden ser atraídos hacia lo alto mediante la instrucción, pero carecen de espíritu (*pneuma*); iii) finalmente la clase de los “materiales” (*somáticos* o *hílicos*) quienes están por completo inmersos en la materia y condenados a desaparecer sin remedio⁵³.

En conclusión, para el gnosticismo hay categorías metafísicas de seres humanos, las cuales son inherentes e innatas a cada individuo, al margen de todo mérito personal o accidente histórico, constituyendo tales diferencias abismos insalvables. Puede inferirse que no habiendo una naturaleza

⁵⁰Cfr. García Bazán, Francisco, *Ibid.*, 37/38.

⁵¹El gnóstico forma parte de una minoría, resultado de una selección decidida por el Espíritu. Pertenece a la clase de los *pneumáticos* o “espirituales” (...) Al igual que los *rishis*, los *sannyasis* y los *yoguis*, el gnóstico se considera libre ante las leyes que rigen la sociedad, se sitúan más allá del bien y del mal”. Cfr. Eliade, II, *op. cit.*

⁵²Eliade, II, *op. cit.*, 437

⁵³Cfr. Eliade, *op. cit.*, II, 437 y nota 33.

común a la humanidad tampoco existiría ningún fundamento universal de los derechos humanos ni de las normas morales *¡pobres de aquellos que sean catalogados en las categorías inferiores!* Si bien esta doctrina tan radical y hoy en día –tan *políticamente incorrecta*– ha sido moderada –al menos en su exposición– en la mayoría de las expresiones gnósticas; no obstante, su carácter elitista subiste.

4. LAS DIVERSAS TRADICIONES GNÓSTICAS

Coinciden en calificar la creación del universo material como algo malo en sí mismo, obra de un dios torpe o malvado, que es el *ámbito donde la divinidad ínsita en la condición humana (de los espirituales, claro) cae en el olvido y del cual, en definitiva, debe escapar* (a través de la gnosis precisamente) para evitar la permanencia en la degradación, en el olvido de su verdadera naturaleza. Todos los afanes o ideales de la vida social, en consecuencia son ilusorios, meras apariencias, engaños del mundo para mantener atrapada en la materia la chispa de divinidad que hay en el hombre. *Para el gnóstico el único objetivo digno de esfuerzo es la liberación de esta partícula divina y su ascensión hacia las esferas celestes*⁵⁴.

Es posible verificar los postulados comunes del gnosticismo con las elaboraciones “pregnósticas” de la Antigüedad, dos de cuyas principales manifestaciones hemos referenciado brevemente. En definitiva, todas estas concepciones decantan en una antropología dualista, donde se verifica una *exaltación absoluta de lo psicoespiritual* (que pertenece al ámbito de lo divino) de modo tal que el hombre se identifica –en lo que verdaderamente importa– con aquel primordial estado de pertenencia a dicho ámbito. Por el contrario, la materia es un accidente (y no uno bueno, por cierto), y el cuerpo material, por ende, no forma parte de la esencialidad del hombre. De allí diversas actitudes que van desde la aniquilación del cuerpo y de la mente, a su absoluta disponibilidad por parte de la voluntad del individuo.

En contraste con el cristianismo, *la salvación no es obra de la gracia [de un Dios trascendente] ni del Redentor, sino fruto de la gnosis. Jesucristo, en cuanto Salvador, lo es solo por ser “modelo” de los hombres y su “Maestro, Instructor”. (...) El hombre interior, el espiritual (gnóstico), es redimido por medio del conocimiento (gnosis) (...) La “revelación” gnóstica nada tiene que ver con la cristiana. Pues consiste en un “mensaje” suscitado o captado en el interior de uno mismo, capaz de “despertar” al gnóstico haciéndole caer en la cuenta de la naturaleza de su “espíritu”, de su origen y destino*⁵⁵.

⁵⁴Eliade, Mircea; T II, cap. XXIX.

⁵⁵Guerra Gómez, Manuel, *op. cit.*, 9.

5. PROYECCIONES DE LA GNOSIS Y DEL Gnosticismo HASTA NUESTROS DÍAS

Guerra Gómez afirma que *Lo esotérico-ocultista ha sido una constante contracultural que se ha mantenido subterránea desde la Antigüedad precristiana, si bien ha aflorado a la superficie de vez en cuando, por ejemplo en los siglos II-III d. C. En nuestros días está brotando como a borbotones gracias a los medios de comunicación social y a la Nueva Era*⁵⁶. No obstante, cabe formular una prevención importante: en el decurso de la historia y sobre todo en la actualidad, *no todas las manifestaciones culturales donde encontramos elementos gnósticos son –ni en su intención, ni en su exposición– metafísicamente dualistas*, por lo cual podrían considerarse a sí mismas como ajenas a la caracterización que aquí se formula. No obstante, el dualismo se verificará “de hecho” como *subyacente en la estructura de sus propuestas educativas, políticas, legislativas, etcétera*. Ciertamente, existen manifestaciones como el “neognosticismo”, el “neocatarismo” y otras análogas (que se consideran a sí mismas como ramificaciones del viejo cauce del gnosticismo propiamente dicho) que son dualistas en lo filosófico. En tanto que otras corrientes contemporáneas –de mayor penetración popular– tales como el conjunto de creencias derivadas del viejo tronco oriental (hinduista-budista) y en general, las que integran el difuso conglomerado de la Nueva Era, poseen un sustrato antropológico dualista imposible de negar.

En extrema síntesis, durante la Edad Media “afloraron a la superficie” dos movimientos religiosos gnósticos de importante influencia, considerados como heréticos respecto del cristianismo: el *bogomilismo* en el Imperio Bizantino⁵⁷ y el *catarismo*, prolongado en la religión *albigense*, en su manifestación occidental⁵⁸. Las otras tradiciones religiosas de raíz abrahámica tampoco fueron inmunes a las interpretaciones esotéricas de sus libros sagrados, ni a las *contaminaciones* gnósticas de sus doctrinas, tal como el sufismo en el Islam⁵⁹; en tanto que en judaísmo encontramos enseñanzas esotéricas desde el período intertestamentario⁶⁰. Desde entonces se conocen varias expresiones gnósticas⁶¹: *Como escribe Gerson Scholem [Les origines de la Kabbale], la mística de la Merkabá constituye una de las ramas judías de la gnosis*⁶².

También cabe considerar el (solapado) fenómeno de la supervivencia de las tradiciones religiosas precristianas. Asimismo, la continuidad de la

⁵⁶Guerra Gómez, Manuel, *op. cit.*, 16.

⁵⁷Eliade, Mircea, *op. cit.*, Vol. III, 235 y ss.

⁵⁸Eliade, Mircea, *op. cit.*, III, 239 y ss.

⁵⁹Eliade, Mircea, *op. cit.*, III, 166 y ss.

⁶⁰Eliade, Mircea, *op. cit.*, III, 213 y ss.; 218 y ss. (la Cábala medieval).

⁶¹Eliade, Mircea, *op. cit.*, III, 218 y ss.

⁶²Eliade, Mircea, *op. cit.*, III, 214.

alquimia y el hermetismo de la Antigüedad, “redescubiertos” en Occidente por el humanismo renacentista⁶³, y dotados desde entonces de un nuevo y decisivo impulso. Eliade, cuyas citas anteriores en su mayoría corresponden a párrafos completos; no obstante, se hace cargo de una dificultad común a todas las enseñanzas esotéricas: *Abundan las falsificaciones, especialmente cuando se insiste en el carácter revelado e iniciático de una gnosis soteriológica. Pensemos, por ejemplo, en las innumerables “iniciaciones” y “sociedades secretas” que han surgido en Europa occidental a partir de la francmasonería o en relación con el “misterio” de los Rosa-Cruz*⁶⁴.

6. LA NUEVA ERA (NEW AGE)

Merece una especial mención porque, si no el único, constituye el fenómeno gnóstico contemporáneo con más penetración masiva, pero fundamentalmente porque es el que parece tener más contactos con quienes sustentan las políticas de género. Ciertamente, se trata de un movimiento informal, difuso en sus perfiles; pero en su conjunto con un enorme poder de penetración de la mano de los medios de comunicación social y de referentes culturales de moda. Podríamos caracterizarlo en primer lugar como un conglomerado de propuestas muy variadas de carácter gnóstico, *relativamente esotéricas* ya que son “ofertadas” públicamente. Dichas propuestas provienen tanto de creencias antiguas como modernas, tales como –a título meramente ejemplificativo– la astrología, el chamanismo, el espiritismo, el *canalismo* (*channeling*), la magia, el hermetismo, la alquimia, la cábala, la brujería, el magnetismo, los fenómenos parasicológicos, la ufología, todo el arco de prácticas originadas en oriente, etcétera. Para Guerra *parece lógico y hasta inevitable el mutuo influjo o, al menos, la relación e interferencias entre Nueva Era y la gnosis e incluso el gnosticismo en cuanto sistema ideológico*⁶⁵.

En general, las propuestas pretenden descubrir las fuerzas ocultas tanto de la naturaleza como de la mente humana y –recurriendo a diversas sabidurías “ancestrales”– poner a disposición de todos los incontables modos de “expansión” de la conciencia. Este movimiento, a diferencia del gnosticismo, no sostiene (...) *la existencia del Dios transcendente, lejano, del gnosticismo. (...) A la absoluta trascendencia del dios gnóstico se contraponen la plena inmanencia de lo divino tal como lo conceptualiza Nueva Era. NE reduce lo divino a la “Energía”, apellidada “cósmica, crística”. Esta no se diferencia del mundo. Al revés existe diluida en todo el universo y en la tierra, aunque se halle más concentrada en algunos lugares* (Esalen,

⁶³Eliade, Mircea, *op. cit.*, III, 318 y ss.; 323 y ss. (Nuevas valoraciones de la alquimia. De Paracelso a Newton).

⁶⁴Eliade, Mircea, *op. cit.*, II, 223.

⁶⁵Guerra Gómez, Manuel, *Ibid.*, 15.

Findhorn, Camino de Santiago) y en algunos ritos, así como en el interior de cada individuo. La Tierra es un organismo vivo, autoorganizado, numinoso, divino. Es la diosa Madre Tierra, llamada por NE “Gaia, Gea”, su nombre en la religión griega de la Antigüedad. De ahí la dimensión teológica de la ecología y el alcance “sacrílego” de algunas obras (pantanos, etc.), algo impensable en el gnosticismo antiguo, no tanto en el moderno⁶⁶.

Puede advertirse en lo expuesto una inmanencia prácticamente panteísta: *Nueva Era* se dirige hacia el yo individual y, en el yo, hacia su interior, hacia su interioridad psicológica. Ahí descubre la máxima condensación de la energía crística, llamada también “conciencia”. Esta guarda cierta semejanza con la “chispa” del gnosticismo. Pero se desprende no del ámbito pleromático o divino, como en el gnosticismo, sino de la Energía cósmica, llamada también *Conciencia universal*⁶⁷. Definitivamente, dista de ser un sistema filosófico-teológico típico del gnosticismo, pero aun así puede sostenerse que su esquema ideológico basal atestigua una estructura gnóstica en sentido amplio, ya que puede verificarse: i) un conocimiento de sí mismo (autoconocimiento), ii) este es salvífico (al mostrar el camino a la energía cósmica que reside, en primer lugar, en la interioridad); iii) se adquiere por medio de una iluminación (asistida por maestros); iv) no requiere mediaciones institucionales (tales como las Iglesias).

Finalmente ¿se trata de una serie de conocimientos de carácter esotérico? Ya vimos que las propuestas se dirigen a un público masivo, con lo cual se elude el elitismo radical de las concepciones gnósticas en general. De allí que Guerra señale la paradoja que las propuestas se empeñan en hacer la presentación oficial, tanto científica como pública, exotérica, de lo esotérico. Por otra parte los incontables grupos de NE no suelen declarar su identidad nueverana poniendo la etiqueta “Nueva Era” en su nombre⁶⁸. Ello parece deberse a una táctica, porque al ser masiva la convocatoria, eluden las tensiones que se suscitarían en nuestra sociedad si se dijera lisa y llanamente, que están proponiendo una nueva forma de religiosidad incompatible con el cristianismo. Por el contrario, casi invariablemente se presentan como sabidurías y enseñanzas “primordiales” compatibles con las religiones tradicionales y hasta utilizan figuras y simbologías cristianas. Teniendo presente que las diversas propuestas concretas se cuentan por millares, el grado de esoterismo y de compromiso personal de sus miembros va a variar en cada caso.

En síntesis: i) el conjunto de convocatorias es de alcance masivo superando –en ese aspecto– el elitismo típico de la gnosis; ii) la enseñanza en sí puede tener una primera etapa exotérica (accesible a través de escritos y de Internet) pero en lo fundamental se mantiene la gradualidad del acceso

⁶⁶Guerra Gómez, Manuel, *Ibíd.*, 15.

⁶⁷Guerra Gómez, Manuel, *Ibíd.*, 17.

⁶⁸Guerra Gómez, Manuel, *Ibíd.*

al saber y en definitiva, este sigue siendo en esencia esotérico. Lo que nos permite inferir: iii) la masividad de las ofertas buscan tener un impacto sociopolítico cada vez mayor y es indiciario de la relativa pérdida de influencia de las religiones y cosmovisiones tradicionales; el acceso a los medios y los recursos sugieren un importante apoyo político y económico; iv) en consecuencia, las diversas gnosis en su conjunto progresivamente dejan de ser “contraculturales”; por el contrario, tienen cada vez más adeptos y presencia en el ámbito de lo público. Aunque mucha gente no sepa que sus raíces ideológicas son gnósticas, parafraseando a Monsieur Jourdain, el personaje de Molière, muchos podrían exclamar *¡Por vida de Dios! ¡Más de cuarenta años que soy gnóstico sin saberlo!...*

IV. EL SUSTRATO GNÓSTICO DE LA LEGISLACIÓN “DE GÉNERO”, Y LA EDUCACIÓN SEXUAL ESCOLAR

Detrás de las leyes sobre los nuevos derechos hay una nueva religión. Tal es el título de un comentario de Stefano Fontana sobre una comunicación de Michel Pillon⁶⁹; empero, de inmediato, precisa: *Bien visto, esta religión no es nueva, pues ya habían pensado en ella los Cátaros en la Edad Media. La que ha sido llamada herejía albigense tenía por dogma fundamental la separación del espíritu, por esencia bueno y puro, del cuerpo, con el que podías hacer lo que quisieras, incluido suprimirlo con el suicidio (acto que recibía grandes alabanzas) o extenuarlo en los placeres más variados, con excepción de la procreación, juzgada malvada en sí misma (...).* Mircea Eliade afirma, en el mismo sentido, que el gnóstico puede derivar tanto en un ascetismo extremo, como en una liberación de lo concupiscible, que recorre un arco que va desde *las técnicas sexuales y los ritos orgiásticos de las escuelas tántricas de la India a las orgías de las sectas gnósticas libertinas*⁷⁰.

El artículo referido hace un interesante repaso del proceso de los cambios legislativos en Francia e Italia, similares a los que se gestionan en esta parte del mundo. Respecto de la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, manifiesta: (...) *las investigaciones demuestran que son más favorables al matrimonio homosexual quienes se declaran “no creyentes”, aunque en realidad se remiten a una creencia colectiva: “Esta consiste en afirmar que en el matrimonio los cuerpos no tienen ninguna importancia”.*

⁶⁹<http://www.vanthuanobservatory.org/esp/la-lucha-al-neocatarismo-requiere-ante-todo-reconocerlo-detras-de-las-leyes-sobre-los-nuevos-derechos-hay-una-nueva-religion/>

⁷⁰“En primer lugar, los fibionistas (...) que, liberados de toda ley natural o moral, usan y abusan de su cuerpo y del mundo para profanarlos, “agotarlos”, negarlos y aniquilarlos (...)”, Eliade, II, *op. cit.*, 437 y nota N° 34.

Se trata de una “verdad” que no es en absoluto evidente y que tampoco puede ser demostrada. ¿De dónde procede esta creencia colectiva? De la nueva religión, el “neocatarismo”, sostiene el autor. Del mismo modo la PMA (reproducción asistida) y la GPA (útero de alquiler) empiezan a ser aprobadas. Se adivina que detrás de estas dos manipulaciones del cuerpo humano por un capricho del espíritu intenta imponerse un nuevo artículo de fe: que el cuerpo humano pueda ser vendido y comprado según su valor comercial. En definitiva; la idea de que el cuerpo es un instrumento tiene por resultado, por ejemplo, la indiferencia a su sexualidad, (...) o el rechazo del propio cuerpo, con el derecho a cambiar de sexo o a elegir cuándo morir; o incluso el rechazo de la vida autónoma del cuerpo, base de la interrupción voluntaria del embarazo...

La exaltación incondicionada de la autonomía de la voluntad del individuo requiere que este se encuentre en posesión de la plenitud de sus facultades, que implica la plenitud de su autoconciencia y la posibilidad de manifestarla. Pero ello conlleva la necesidad de considerar qué ocurre ante estados limitados o nulos de conciencia en el individuo o, al menos, ante la imposibilidad de manifestarla. La tendencia legislativa nos da la respuesta: las leyes de aborto provocado se sustentan en que el embrión humano va adquiriendo progresivamente personalidad humana, en forma paralela a su posibilidad de sentir y pensar por sí mismo, es decir a medida que va adquiriendo autonomía. Lo que en la práctica reduce a “la nulidad” su derecho objetivo a la vida (en base a su corporeidad humana), toda vez que su personalidad jurídica “en desarrollo” o “en potencia” jamás tendrá la entidad necesaria para oponerse a la plena expresión autonómica de la madre que decide “interrumpir el embarazo”. Este mismo criterio es el que sustenta la eliminación sistemática de personas con discapacidad en el vientre materno, y la tendencia a la eliminación de aquellas personas que entran en un coma irreversible por motivos “humanitarios”⁷¹.

Otra característica⁷² de la revolución antropológica de basar situaciones jurídicas, (que por definición se producen en alteridad y se refieren a lo debido concreto) en definiciones autónomas individuales, es la ruptura del sistema jurídico occidental basado en el Derecho Romano, para el cual el derecho se define como aquello adecuado a otro conforme a algún modo de igualdad.

⁷¹Obviamente, no estoy justificando el recurso al encarnizamiento terapéutico, sino que me refiero a provocar la muerte a quien está en estado de inconciencia a la espera de su muerte natural.

⁷²Que aquí me limito a señalar.

1. LA EDUCACIÓN SEXUAL “INTEGRAL” (ESI)

Tal como se anticipara al hablar de las leyes de identidad de género y de su proyección normativa a la educación sexual escolar, recordemos la base común, que es la creencia de la absolutización de lo psicoespiritual que no puede ser limitado desde lo heteronormativo ni por los condicionamientos de la corporeidad. Este principio general se traduce en materia de educación sexual, en el derecho, también absoluto, del individuo “al pleno goce sexual”. El Estado mediante la enseñanza sexual escolar vendría de este modo a asumir la *prometeica* función de “liberar” a niños y adolescentes de todo condicionamiento, mediante la enseñanza sobre el goce sexual y de todas las posibilidades del ejercicio de la sexualidad. Pero, al modo gnóstico, este aprendizaje se dará fundamentalmente mediante un *autoconocimiento*, desde la experiencia personal de cada alumno. Una vez persuadido el menor de qué es lo que quiere ser y hacer, el Estado garantizará el pleno derecho a su realización.

Durante el transcurso de 2018 en la Argentina se impuso desde el Ministerio de Educación de la Nación, en forma conjunta con sus homólogos provinciales, un programa de “educación sexual integral” (ESI) radicalmente inspirado en la ideología de género. Más allá de las particularidades locales, estoy persuadido de que esta acción política se da como parte de la agenda global y de que en esencia las argumentaciones y las estrategias son de interés común.

Existen en el mundo diversas clases de programas de educación sexual escolar, los cuales se identifican por sus rasgos distintivos, como ser: programas de “reducción del riesgo”, “integrales”, de “solo abstinencia”, “de conductas de riesgo cero”, “holísticos”⁷³, etc. Pero se ha logrado instalar en la opinión pública que el programa concreto que se “baja” desde el Estado es el único científicamente fundado; luego, el único posible y finalmente; el que debe impartirse sin discusión y bajo amenaza de ser difamado por crímenes contra los derechos humanos. El modelo de ESI que se pretende imponer se encuentra entre los “programas de reducción de riesgo”, mal llamados de “sexo seguro”. Parten de la premisa de la fatalidad de que los jóvenes tengan relaciones sexuales y por ende los exhortan a practicar sexo seguro en base al uso del preservativo. Pero contra la ilusoria creencia en la infalibilidad del condón, se ha demostrado que este disminuye pero no evita el riesgo de enfermedades y embarazos, creando –además– en personas inmaduras una falsa sensación de seguridad que los induce a adoptar conductas de riesgo que, sin la ilusión del “sexo seguro”, no adoptarían. Ahora bien, el programa de ESI inspirado en la ideología de género aumentará las conductas de riesgo por su propia dinámica.

⁷³<https://www.unav.edu/documents/2832169/8e744102-720d-42e5-b82c-80fc99022f0a>

En efecto, focalizando el análisis en la franja etaria de niños y adolescentes, el eje del derecho “al autoconocimiento –a la elección– y al goce” se dirigirá a influir en las conductas de un universo de seres humanos que –por definición– se encuentra en situación de vulnerabilidad, pudiéndose advertir que la implementación de dicho eje derivará –de acuerdo a los diseños curriculares– en la forzada introducción de temas y situaciones ajenos a la infancia, en el prematuro despertar de la genitalidad y, finalmente, en la precocidad en el inicio de las relaciones sexuales. Por el contrario, desde el punto de vista epidemiológico y del sentido común, lo más razonable es considerar que la conducta a promover entre los adolescentes y, con mayor razón, entre los niños, es la de “riesgo cero”, consistente en la formación de los menores para postergar el inicio de las relaciones sexuales para una etapa de mayor madurez psicofísica. De este modo, al menos para un porcentaje mayoritario de la población en análisis, la posibilidad de enfermedades de transmisión sexual, de embarazos y de conflictos psicológicos derivados de la iniciación precoz es igual a cero⁷⁴.

2. EXALTACIÓN DEL “AUTOEROTISMO” Y DE LOS JUEGOS SEXUALES

Si bien en la bibliografía que sustenta e implementa el programa ESI “argentino”⁷⁵ se suele utilizar un discurso ambiguo, afortunadamente este fue abandonado en la cartilla oficial de educación sexual para la discapacidad titulada “Es Parte de la Vida” donde puede leerse como acción educativa para los más pequeños (2 a 9 años): *Comprender la masturbación y los juegos autoeróticos como una forma saludable de ejercer y explorar su sexualidad* (p. 33). Luego, como actividad para los mayorcitos (10 a 14 años), bajo la pregunta ¿de qué podemos hablar con ellos? Se responde entre otros ítems ambiguos: *De los sentimientos y emociones relacionadas con el deseo. De la orientación sexual. De los juegos presexuales y sexuales* (p. 41). Si esto vale para los niños con discapacidad, por cierto

⁷⁴Si se tiene presente que la edad promedio de inicio de las relaciones sexuales en la Argentina es de 16 años en los varones y de 17 en las mujeres (1ª Encuesta Nacional de Salud Sexual y Reproductiva. MSN-INDEC 2014), la razonabilidad y factibilidad de este objetivo es de toda evidencia. Los programas de conductas de riesgo cero requieren la transmisión de un mensaje no condescendiente hacia los menores, susceptible de ser valorado y aceptado a la edad correspondiente y además, proporcionarles habilidades sociales para realizarlo. Este tipo de propuesta se complementa con la implementación de la “estrategia ABC” que contempla como la mejor opción la abstinencia (A); en caso de no darse, la fidelidad a una pareja (B: del inglés “be faithful”); y en caso de la desaconsejada opción por múltiples parejas, el uso del condón (C). Esto último, con la información científica y veraz –a la que todos tienen derecho– de los riesgos en el uso del preservativo.

⁷⁵El entrecorrellado obedece a que los diseños de estos programas pertenecen a usinas ideológicas de alcance global, siendo que los países apenas los editan y las jurisdicciones administrativas los distribuyen, tal como un producto enlatado que paga royalties.

que forma parte de las actividades de los niños sin ella, ya que el pleno goce sexual es para ellos un súper derecho. En definitiva, la masturbación y esta modalidad de “juegos” llevan al ejercicio más que prematuro de la genitalidad, alentando el inicio precoz de las relaciones sexuales en forma sistemática, sin que pueda alegarse fundamento científico alguno y sin que pueda negarse que se incurre en el terreno de la moral sexual, suplantando los criterios de las familias por el de los ideólogos, transmitido dócilmente por los agentes estatales.

3. TENSIONES ENTRE EL DERECHO DE LOS PADRES Y EL ESTADO, AUTOINVESTIDO REPRESENTANTE DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES

Naturalmente, las acciones referidas sucintamente en el punto precedente han despertado la reacción de la sociedad, no solo en el debate público y de los expertos, sino sobre todo a partir del reclamo de muchos padres que reciben a sus hijos conmocionados, confundidos, y afectados, después de una clase de “educación sexual”. Los padres consideran los contenidos como inadecuados para sus hijos y reciben como respuesta de que “vienen del Ministerio de Educación”⁷⁶. Insistiendo un poco más, pueden recibir algunas explicaciones en una jerga técnica sobre decisiones ya adoptadas de manera irreversible, e inclusive admoniciones sobre que ellos *no son los dueños de sus hijos, que estos son sujeto de derechos y que la escuela está para garantizar el ejercicio de los mismos*. Tal es su construcción argumentativa y en este plano llevan ventaja, no solo por tener voceros preparados y el habitual acceso a los medios de comunicación, sino por el “novedoso” hecho político de que todos los ministerios de educación de todas las provincias, a partir de un acto administrativo⁷⁷, han adoptado el mismo programa y lo imparten obligatoriamente.

Conforme a expresas previsiones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los padres tienen derecho a que sus hijos *reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*⁷⁸. Ello por lógica, y no por lo obvio se dejará de afirmar, implica que *los hijos no deben recibir una educación que esté en las antípodas de las convicciones morales y religiosas de los padres*. Por lo demás, diver-

⁷⁶Respuesta que suele ser complementada con un “si no le gusta, vaya a un colegio de gestión privada”, ¡como si los empleados de las escuelas de gestión pública fuesen sus dueños!

⁷⁷La Res. 340/18 del Consejo Federal de Educación. Con ello obviaron el arduo debate que hubiera ocasionado la modificación de la ley de Programa de Educación Sexual Integral (Nº 26.150), y en la práctica dejan sin efecto (ilegalmente, claro) las previsiones de esta norma respecto del derecho de las comunidades educativas de adaptar las propuestas a las convicciones de sus miembros.

⁷⁸Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 12.4.

sas convenciones y leyes locales reconocen a la familia como elemento fundamental de la sociedad⁷⁹. ¿Cómo es siquiera imaginable, que ante este formidable bloque del “derecho de la familia”, los padres puedan ser desafiados desde un programa escolar de educación sexual originado en una norma administrativa?⁸⁰

Volvamos a la construcción argumental básica ya señalada: i) *los padres no son los dueños de sus hijos – ii) estos son sujeto de derechos– iii) la escuela está para garantizar el ejercicio de tales derechos*; lo que amerita las siguientes respuestas liminares: i) ciertamente, los padres no son los dueños de sus hijos ni pretenden serlo, ante su profunda convicción de que estos no son cosas apropiables sino personas, vinculadas con ellos por un origen natural y humanizadas por el amor. Con mayor razón tampoco el Estado de Derecho, a través de sus funcionarios, es propietario de los menores o de su educación; fenómeno que solo ha acontecido en los regímenes dictatoriales más radicales. ii) indudablemente los hijos menores son sujetos de derecho, pero durante la minoría de edad obviamente su *ejercicio* está a cargo de los padres, sus representantes legales⁸¹. Quitarles esa responsabilidad a los progenitores requiere una decisión judicial por una causa grave. Pero esto parece haber sido reemplazado por una suerte de acusación de alcance general y de contornos imprecisos, buscando descalificar “en bloque” la honestidad de las familias, mediante la afirmación de *tres de cada cuatro abusos de menores son perpetrados por familiares*⁸². Es como decirle a la inmensa mayoría de los padres “*los estamos vigilando ¡ustedes son sospechosos!* iii) El Estado, a través de sus funcionarios de las áreas de educación y salud pública, pretende ejercer una “súper tutela” de los menores y poner a la defensiva a los padres, en carácter de “censor”, cuando en realidad *está ejecutando dócilmente una agenda global tendiente a producir cambios morales mayores, sobre la base de la optabilidad de la identidad sexual, de la elegibilidad a la carta de inúmeras orientaciones sexuales, y de la precocidad en el inicio de las relaciones sexuales a partir de una burda exacerbación de la genitalidad*. Suele echarse mano al concepto de autonomía progresiva de los menores

⁷⁹Art. 6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre muchos otros, que no se desarrollarán en esta comunicación.

⁸⁰Es una pregunta retórica, porque los derechos de la familia son desafiados desde la Administración Pública, por imposición de *lobbies* políticos e ideológicos internacionales, con la convicción de que eventualmente recibirán el respaldo de los jueces.

⁸¹Quizás no recuerden que la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” (Art. 14.2).

⁸²Una vez más vemos el recurso a estadísticas tendenciosas para producir un impacto emocional. Porque no señalan quiénes son “familiares”, en qué circunstancias se producen los abusos, en qué tipo de familias y qué porcentaje son respecto de la totalidad.

para la toma de decisiones, pero parece una mera excusa toda vez que pretenden influenciar (en conductas que se proyectarán durante toda su vida) a niños desde los tres años de edad.

Un posterior dictamen administrativo⁸³ quiso profundizar aquellos argumentos tan efectistas como inconsistentes, cuyo somero análisis es pertinente en este lugar porque confirma la síntesis anterior y avanza con argumentaciones que trascienden el derecho local, por lo cual es lícito pensar que ni son originales ni dejarán de ser utilizadas en otras provincias de la aldea global. El esquema argumentativo es el siguiente: i) los menores son sujetos de derecho y la ley y los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional les confiere el derecho a recibir educación sexual integral⁸⁴; ii) *La Convención de los Derechos del Niño, en su art. 2 inc. 2 es muy clara al establecer que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares* [en forma maliciosa induce a pensar que los niños no pueden ser perjudicados por sus padres, cuando la norma se refiere claramente a perjuicios o discriminaciones de terceros contra los niños a causa de por las opiniones o creencia de sus padres]; iii) *La misma Convención, establece el pasaje del viejo paradigma del tutelaje, en el que los niños y niñas eran considerados propiedades de los adultos, hacia un paradigma que establece que niños, niñas y adolescentes (NyA) son sujetos de derechos, que se respete su interés superior (art. 3), a ser oídos (art. 12), a ser cuidados, a ser informados por la sociedad en su conjunto, etc.). El viejo paradigma del tutelaje fue terreno fértil para que se perpetúen los abusos sexuales, los maltratos y las violencias que en un 75% ocurren en ámbitos domésticos, por familiares de las víctimas* [los abusos domésticos ocurren por causas totalmente ajenas al viejo paradigma del tutelaje, de hecho las familias no han cambiado su modo de tratar a los hijos porque la ley civil cambiara *patria potestad* por *responsabilidad parental*. Resalta la equivocidad de los términos empleados, ya que no es la Administración Pública la que determina cuál es el interés superior del niño, ni le compete inmiscuirse en su moral sexual (recordemos directiva aquella de que comprendan *la masturbación y los juegos autoeróticos como una forma saludable de ejercer y explorar su sexualidad*)].

⁸³Dirección Nacional de Maternidad, Infancia y Adolescencia. MSPN, EX-2018-50739820-APN-CGD#SGP. Solo lo entrecorillado es textual.

⁸⁴Educación que deberá *inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural de su idioma y sus valores (...)* [Conv. s/DD Niño, 29.1.c)]

V. CONCLUSIÓN

Gevaert señala la paradoja de que ha sido *precisamente el dualismo extremo el que más ha contribuido a la afirmación del materialismo. En efecto, la ciencia no ha cesado de descubrir cada día más la interdependencia de los fenómenos psíquicos y fisiológicos*⁸⁵.

En la exposición que precede sin duda se tocaron demasiados temas, unidos por el hilo conductor de que en las políticas “de género” subyace una antropología dualista y esta es sostenida por la creencia gnóstica, si bien en forma no consciente la mayoría de las veces. Cada tópico requiere una particular profundización, lo que de antemano reconozco. De todos modos, considero demostrado en un nivel básico, la congruencia entre las creencias gnósticas y la ideología de género y sus manifestaciones legislativas. En algunos casos se trata de una mera coincidencia material pero, en líneas generales, se advierte un derrotero ideológico que conecta a la autonomía absoluta del individuo con las antropologías dualistas dentro de un contexto de creencias gnósticas.

⁸⁵Ibíd., 82.

CIUDADANÍA Y BIEN COMÚN EN LA REPÚBLICA*

*Patricio-Ignacio Carvajal***

Cuando hablamos de la palabra “república”, solemos remontarnos demasiado poco en el tiempo. A lo sumo acudimos al significado que adquirió desde el siglo XVII, según el cual “república” se contrapuso a “monarquía”. O saltamos a la actualidad, como en el alemán *Republik*, o el francés *république*, en que el término se identifica con la organización liberal demócrata del Estado. O, por último, situamos la palabra en el contexto norteamericano; para el cual, lejos de la cuestión monárquica, *republic* se contrapone a antidemocracia. Pero todo esto es superfluo. Lo más aleccionador es reconducir la expresión “república” a su origen latino *Res publica*, en el cual literalmente denotamos una “cosa pública”, una “cosa común”; en contraposición a la *res privata* –cosa privada–, en el sentido de que aquellas cosas de titularidad exclusivamente individual.

La idea de *Res publica*, de “cosa pública”, se ha transmitido a otras lenguas. Por ejemplo, en italiano, *il comune*; en alemán, *die Gemeinde*; o, en inglés, *commonwealth*. Ahora bien, para el original latino, *Res publica* –si bien ciertamente podríamos encontrar influjos griegos en su significado–, no hallamos, en cambio, una traducción literal a la lengua de los filósofos. *Res publica* no es traducible por el adjetivo griego *koinós* (común, público), ni por el sustantivo “lo público”: en singular *tò koinón*, o en plural, *tà koiná*. En realidad, la correcta traducción griega de *Res publica* sería *politeia*, que es algo así como “buen gobierno de la cosa pública”. Así es que debemos familiarizarnos con esta *politeia* (política). Pero, en mi opinión, no desde las ideas griegas, derivadas desde la noción de *polis*, sino desde el concepto mucho más provechoso de *civitas*; por cuanto denota mejor los contenidos esenciales de la *Res publica*.

*El texto corresponde a un discurso pronunciado con ocasión de la clausura del Bachillerato en Servicio Público organizado por la Fundación Jaime Guzmán, el año 2012. El autor agradece la invitación realizada en atención a su perspectiva académica. Dada la naturaleza oral de esta intervención, solo se ofrecen unas pocas citas bibliográficas básicas.

**Doctor en Derecho. Correo electrónico: carvajal@uc.cl

1. Michel Bréal¹ llama la atención sobre el fenómeno de concreción de las palabras originalmente abstractas; es decir, palabras que no mantienen su sentido abstracto inicial, referido a una acción, a una cualidad o a una condición, sino que terminan por referirse a un objeto material. El sufijo latino *-tas* juega un papel fundamental en la formación de aquellas palabras abstractas que indican una cualidad o una condición –como en *dignitas*, dignidad, *cupiditas*, deseo, *imbecillitas*, imbecilidad, etc.–. Este sufijo corresponde al griego *-tes -dikaiótes*, justicia, *filótes*, amistad, etc.–. Ahora bien, en algunos términos latinos esta función del sufijo *-tas* tiende a perderse. Así en *civitas*, que designa algo tan concreto como “ciudad”. Pero –este es el punto central– lo cierto es que originalmente significaba la cualidad propia del ciudadano (*civis*). En suma, si bien la palabra *civitas* –a diferencia de *dignitas* o *cupiditas*– denota un espacio concreto, este no es su sentido abstracto original, sino uno derivado: el significado primario se refería –como ha quedado dicho– a una cualidad o condición del ciudadano. Y de hecho, por tanto, solo esta acepción derivativa y material de *civitas* puede valer como sinónimo de los términos griegos *polis* (ciudad) y hasta de *politeia* (política). La derivación de la palabra *civitas* (ciudad) desde *civis* (ciudadano), fue retomada más tarde por Émile Benveniste². Se debe recordar que una regla básica de la filología es que las palabras más breves son el origen de aquellas más largas. Así, de *civis* proviene *civitas*. Es decir, el ciudadano es el origen y el sustento de la ciudad. Los ciudadanos dan lugar a la ciudad. No a la inversa. Bajo esta perspectiva, en realidad sería un error traducir *civis* como ciudadano. Más bien, *civis* se debe traducir como “conciudadano”, puesto que al decirse simplemente “ciudadano”, se reduce su significado a la condición de un individuo solo, y no al conjunto de personas que constituye políticamente la ciudad. Como dijo el entrañable y recordado colega Giuliano Crifò³, *civis* no es un término absoluto, sino relativo: no soy un *civis* por mí y ante mí, sino que solo soy *civis* respecto de otro que también es *civis*.

Todo esto es mucho más que solo un juego lingüístico. En la cultura romana, especialmente en la época republicana, se entendía sustancialmente que el ciudadano daba lugar a la ciudad, no la ciudad al ciudadano; y por esta primacía esencial, a nadie se le habría ocurrido, por ejemplo, que la ciudad cobrara impuestos a los ciudadanos, o que la autoridad política (es decir, la autoridad ciudadana) estuviera legitimada para ejercer la fuerza

¹Bréal, Michel (1897): *Essai de sémantique (Science des significations)* (París, Librairie Hachette), 149 y 150.

²Benveniste, Émile (1970): *Deux modèles linguistiques de la cité* (Mélanges Lévy-Strauss, 1), 589-596.

³Crifò, Giuliano (2004⁴): *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno* (Roma, Laterza) *passim*, esp. 26 y 27.

sobre un ciudadano. Era imposible que la ciudad actuara contra un ciudadano, simplemente porque, sin cada uno de ellos, esta no podía existir.

En Grecia, en cambio, la situación era radicalmente opuesta. Así como del latín *civis* se construye *civitas*, en griego, desde *polis* (ciudad) proviene el término más largo *polités* (ciudadano). En Grecia la ciudad era el fundamento de la cualidad de ciudadano; de modo que aquí sí cabían los impuestos, y toda otra clase de cargas correlativas a la cualidad de ciudadano que brindaba la ciudad. Un hombre era ciudadano solo gracias a que la ciudad se lo permitía: sin ciudad, no hay ciudadanos. Esta concepción está clara en Aristóteles, *Política* 1.2.1253a: ... *Y por la naturaleza, el Estado es anterior a la familia y a cada uno de nosotros, porque el todo debe ser necesariamente anterior a la parte...* Como se ve, en el pensamiento griego, de la *polis* proviene el *polités* y hasta su familia. Esto contrasta claramente con Cicerón, *De re publica* 6.13.13, quien define los grupos políticos como: *concilia coetusque hominum iure sociati, quae civitates appellantur* (“concilios y reuniones de hombres asociados en derecho, los cuales se llaman ciudades”). De esto hablamos cuando decimos que la “ciudad” u, hoy, el “Estado”, están al servicio de la persona, y no a la inversa.

2. Propongo contrastar todo esto con nuestra realidad, a la luz del artículo 1º inciso cuarto de nuestra Constitución, que señala: *El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible...*

Se debe ser cuidadoso al analizar el texto constitucional. Ante todo, resalta el lugar central que le cabe a la *persona humana*. De hecho, su dignidad y libertad –ya previamente protegidas en el primer inciso del mismo artículo– aparecen como el punto de anclaje de toda la regulación constitucional. Así es que nuestra sociedad política se establece *iure*, como decía Cicerón, pero sobre la base de la dignidad y de la libertad humanas; las cuales constituyen elementos prejurídicos, y por tanto de mucha mayor entidad que el Derecho mismo. Vale decir: de *civis*, *civitas*. No aparece aquí la voluntad ni menos la sola utilidad del hombre como presupuestos de nuestra asociación. Así es que nuestra conformación *iure* no es un contrato metafísico, como creía Rousseau; o un acuerdo funcional, como pensaba Rawls. Más bien, todo lo dicho, más otros antecedentes que aquí me economizo, dan como resultado lo que en el siglo XIX ya planteaba Antonio Rosmini⁴, respecto de que no hay en *el gobierno*

⁴Rosmini, Antonio (18582, pero 1839): *La società e il suo fine*, en *Filosofia della Politica*, vol. I, *Opere Edite ed Inedite dell'Abate Antonio Rosmini-Serbati roveretano*, vol. XX (Milán, Tipografia e Libreria Arcivescovile ditta Boniardi-Pogliani di E. Besozzi), 152.

social algún poder legítimo para impedir a los individuos que componen la sociedad la consecución del verdadero bien humano... [de lo cual] se sigue que los hombres al asociarse no enajenan, ni han jamás enajenado, ni pueden enajenar, su derecho a tender hacia tal fin; y que sería del todo absurdo pensar que estos habrían puesto voluntariamente a merced de algún gobierno la propia perfección y la propia felicidad: ya que es moral y físicamente imposible que el hombre renuncie a su recompensa final, y cesaría toda razón de someterse a un gobierno cuando este no tuviese por único su oficio de defender el derecho que tiene cada uno desde su propia naturaleza a la propia felicidad, y de procurarles los medios.

Por otra parte, volviendo al artículo 1º inciso cuarto de la Constitución, llama la atención la frase *el Estado está al servicio de la persona humana*. Esto, dicho así, sin más, resulta una cosa absurda. No existe un *Estado servicial* directamente con cada individuo, aunque así lo malentienda mucha gente que vocifera en las calles. Por un lado, los bienes particulares de cada uno son, en su sentido más profundo, intransferibles; y, por otro, el “Estado del bienestar”, o “social”, es otra cosa. Es inimaginable un Estado sirviéndonos a cada uno de nosotros en nuestras múltiples y particulares necesidades –y más inimaginable aún que servirnos, sería que el Estado efectivamente nos satisficiera–. En realidad, la frase quiere decir otra cosa: entre el modelo de ciudad romana y de ciudad griega, se ha preferido la romana; por tanto, los *cives*, la sociedad política, damos existencia al Estado, somos anteriores a él; a la inversa de lo que opinaba Aristóteles. Sin *cives* no hay *civitas*; sin ciudadanos, no hay Estado –esta es la primacía de la persona a la que ya me referí–. En realidad, el texto constitucional es *indivisible*; vale decir, no se comprende si solo se cita parcialmente. El Estado sirve a la persona humana, le es útil, en cuanto contribuye a crear condiciones sociales que permitan a todos y cada uno su mayor realización espiritual y material posible. El Estado sirve a la persona a través de la promoción del “bien común”. Por tanto, el Estado sirve directamente a la *Res publica*.

3. La verdad, yo no les puedo decir qué cosa sea, hoy, el bien común. Pero al menos puedo hacer dos prevenciones sobre aquello que *no es*, en atención a la engañosa lección del artículo 1º que refiere el bien común a *todos y a cada uno*.

La primera prevención sobre aquello que no es el bien común, es esta. El bien común no es el bien público, no es solo el bien de *todos*. Es decir, el bien común no se debe confundir con el bien del cuerpo social entendido como organización. Así lo señalaba también Rosmini, ahora en su *Filosofía*: *Se debe distinguir el bien común del bien público: cosas que se confunden entre sí con gran daño para la ciencia del derecho público, y de la humanidad, impedida, con tales confusiones de conceptos, de encontrar aquella constitución social que le conviene, y que va*

buscando en vano. / El bien común es el bien de todos los individuos que componen el cuerpo social, y que son sujetos de derechos; el bien público, por el contrario, es el bien del cuerpo social considerado en su totalidad, o bien considerado, según la manera de ver de algunos, en su organización. / El principio del bien público, sustituyendo aquel del bien común, es la utilidad sustituyendo la justicia; es la Política que, tomando entre sus manos prepotentes al Derecho, permite hacer a aquel gobierno lo que más le plazca⁵.

Cuando hablamos, por ejemplo, de la expropiación por causa de *utilidad pública*, tampoco estamos girando hacia lo que aquí se llama *bien público*. Ante todo, la utilidad pública contemplada para la expropiación no mira necesariamente a toda la organización política. Así ya estaba claro en 1872, en un informe relativo a la expropiación de terrenos para la construcción de la Avenida del Ejército Libertador, en Santiago, emitido por los señores Jerónimo Urmeneta, Domingo Arteaga Alemparte, Manuel Valdés Vigil y Tadeo Reyes: *La utilidad del Estado ¿se encuentra solamente en aquello que aprovecha a toda la comunidad nacional... de un modo directo e inmediato? En tal caso, podría asegurarse que ninguna, o casi ninguna, de las expropiaciones autorizadas por nuestros diversos congresos ha sido constitucional⁶*. La diferencia entre bien común y bien público es cualitativa, como aquí se ve —el bien común no necesariamente coincide con el de toda la organización política—. Por otra parte, ciertamente se evita avasallar los bienes individuales en nombre de la consecución del bien común. El caso de la expropiación es muy ilustrativo también a este respecto: como se sabe, esta debe contemplar una justa indemnización al expropiado. Nótese que el expropiado podría incluso beneficiarse económicamente de una obra realizada en virtud del bien común —v. gr. si la parte restante de un predio, que queda en manos del particular, obtiene plusvalía por las obras públicas en la parte expropiada—; pero dicha ventaja individual no debe ser tomada en cuenta para efectos de su indemnización de perjuicios. Esto revela que es errada la tendencia a simplificar en clave económica el bien común y el bien particular; pues, si ello fuera correcto, ese eventual beneficio económico del expropiado sí tendría que descontarse de su indemnización. La sutileza del bien común revela claramente su carácter exorbitante de las solas consideraciones económicas. Es, en efecto, un dominio de “lo político”, con todos sus delicados equilibrios prudenciales; que solo en algunas ocasiones podría entrar en contacto con los bienes económicos particulares. Y de aquí que

⁵Rosmini, Antonio (1846, pero 1852): *Filosofía del Diritto*, vol. II, en *Filosofía della Morale e del Diritto*, vol. VI, *Opere Edite ed Inedite dell'Abate Antonio Rosmini-Serbati prete roveretano*, vol. XX (Milán, Intra Tipografia di Paolo Bertolotti), 547.

⁶Huneus, Jorge (1879): *La constitución ante el congreso, 1* (Santiago, Imprenta de los Tiempos), 56.

sea muy esclarecedor que nuestro texto constitucional enlace el “bien común” con las “condiciones sociales”.

La segunda prevención sobre aquello que no es el bien común, es esta. No podemos confundir el bien común con la sumatoria de los bienes privados de los ciudadanos. Es decir, se debe tener cuidado con confundir el bien común con el que se da *a cado uno*. Pues una *Res publica*, así entendida, no pasa de ser simplemente una agregación de *res privatae*. Hay también una diferencia cualitativa entre bien común y suma de bienes particulares. Este es el error, por ejemplo, de Friedrich Hayek, Premio Nobel de economía en 1974, cuando en su obra de 1988 *The fatal conceit. The errors of socialism* (“La fatal arrogancia. Los errores del socialismo”), dice: *Uno de los peores abusos del término “social”, que aniquila totalmente el significado del sustantivo a que se aplica, es el casi universal empleo de la expresión “justicia social”... Suele afirmarse que el calificativo “social” es aplicable a todo aquello que reduce o elimina las diferencias de renta... Y así, el uso del término “social” se hace virtualmente equivalente a promoción de la “justicia distributiva”. Ahora bien, todo ello es radicalmente incompatible con un orden de mercado competitivo y con el aumento e incluso el mantenimiento de la población y la riqueza actuales. De este modo, por medio de tales errores, se llega a llamar “social” lo que en realidad constituye el principal obstáculo para la buena marcha de la “sociedad”. Lo “social” debería más bien tacharse de antisocial⁷.*

Este pensamiento –una versión acrítica del capitalismo– es capaz de excluir la propia justicia distributiva del horizonte político; pues, claro, la sutileza cualitativa entre bien común y bienes individuales resulta invisible para los modelos económicos.

4. Nada de esto puede estar más lejos del principio de subsidiariedad establecido en el inciso tercero del mismo artículo 1º de la Constitución; pero, por sobre todo, promovido por la Iglesia ya desde la encíclica *Rerum novarum*, de 1891, en adelante. En el principio de subsidiariedad se articulan, por supuesto, tanto la justicia conmutativa como la distributiva; a la par que se impone a los Estados el *deber de intervenir* cuando los particulares no sean capaces de obtener el bien común –incapacidad que no solo es pragmática, sino también ideal–. Otra cosa son nuestras las vicisitudes de nuestra propia historia política, por las cuales el liberalismo económico en apariencia se conjugó con el principio constitucional de subsidiariedad –mas, exclusiva y pragmáticamente en su aspecto contrario: *no intervenir* en las actividades desarrolladas adecuadamente por los particulares–. Ese contubernio, tan circunstancial, hoy se paga muy caro. Se denosta por la prensa al Estado subsidiario, como si fuera sinónimo de

⁷Hayek, Friedrich (1988): *The fatal conceit. The errors of socialism*, en *The Collected Works of Friedrich August Hayek*, vol. I (Londres, Routledge), 118.

Estado ultraliberal. Lo cual pone en riesgo el orden social propuesto por la Iglesia –cuya introducción en nuestra Constitución es sabidamente un mérito de Jaime Guzmán–, y que a mi juicio vale en cuanto aparece como el más *justo* y *humano*. Como sea, por la vía de la suma de los bienes particulares volvemos a caer, paradójicamente, en la confusión entre bien común y bien público: la utilidad de la mayoría determina de manera aplastante el destino de la minoría. Teniendo a la vista nuestro contexto histórico y político podríamos parafrasear a Rosmini así: *El principio del bien público, sustituyendo aquel del bien común, es la utilidad sustituyendo la justicia; es la [Economía] que, tomando entre sus manos prepotentes al Derecho, permite hacer a aquel gobierno lo que más le plazca.*

Ahora bien, cuando señalo que el capitalismo confunde el bien común tanto con el bien público como con una suma de los bienes privados, no estoy trazando una opinión marxista. Para Marx, la pobreza de los trabajadores en el capitalismo solo podía extenderse e intensificarse; y por ello el capitalismo no podía ser reformado sino que requería ser destruido. En fin, para él, el capitalismo no permitía jamás que los trabajadores participaran de la riqueza generada. Esto ya fue certeramente cuestionado por Karl Popper. Y nuestra propia historia reciente también lo desmiente. Aunque esté lejos de terminar la lucha contra la pobreza, esta ha disminuido ostensiblemente en los últimos años. Así es que el desarrollo del mercado ha sido, sin duda, un efectivo método de desarrollo que debemos apreciar y conservar. Pero el problema es otro, por cuanto la economía, por sí sola, no puede colmar en su totalidad el ámbito de “lo político”; las “condiciones sociales”, según la Constitución; lo cual yo he llamado la *Res publica*. Precisamente, el problema tanto del marxismo como del capitalismo es que ambas son posiciones esencialmente materialistas; y, por tanto, en ambas posiciones olvidan que el bien común tiene por norte generar condiciones sociales que permitan la *mayor realización espiritual y material posible*. Esta, la *realización espiritual*, es una de las cuestiones más descuidadas, hoy.

No me voy a referir aquí a la dimensión religiosa de las personas que componen la sociedad civil como “lo espiritual” –pues esta es una cuestión demasiado gruesa como para ponerse en duda–. Ahora me refiero a una cuestión mucho más cotidiana y urgente. Vivimos a tal punto el materialismo –ese que nos hace proscribir hasta la justicia distributiva y, con ello, el núcleo mismo de la subsidiariedad–, que la realización espiritual se ha confundido con la material. Si tenemos, somos felices. Somos felices porque tenemos. Hemos disuelto la tensión entre cantidad y cualidad; como si bastara que el Estado busque *la mayor realización... material posible*, sin más. Esta degradación propiamente “espiritual” se observa por todas partes. Una de sus vertientes consiste en que las personas no valgan como tales, sino que por su número. Así, historiadores como Gabriel Salazar –si no me equivoco, según le escuché en una conferencia para los estudiantes

de Derecho de mi Facultad–, proponen la legitimidad política como la “legitimidad de la calle”. Entonces, lo que vale es el número de personas en la calle; no las personas mismas. Y, por el otro costado, se sostiene que las personas valen como números de una encuesta. Que los encuestadores sean los verdaderos “gurú” de la política actual, es una situación que solo se puede lamentar –y no se prevé que esto cambie, a pesar de sus gruesos errores en la última votación municipal–. Hoy, los problemas sociales y hasta los liderazgos políticos se resuelven por encuestas. Se ha confundido los instrumentos con los fines; los bienes públicos y los bienes privados con el bien común; la ciudad con los ciudadanos. Y de paso, se ha “cosificado” hasta el extremo a las personas.

Por ejemplo, se insiste en fórmulas económicas para solucionar las demandas estudiantiles: préstamos en condiciones que, según se propone, realmente pueden considerarse adecuadas. Pero ello no resulta. El problema “social” no se resuelve. Los técnicos observan atónitos e impotentes este fracaso. E insisten una y otra vez en sus explicaciones, como si la gente no supiera de sobra qué es una tasa de interés conveniente. Como sea, el resultado político concreto es que hay varios miles de personas protestando en las calles... Y es que la cuestión, en realidad, es mucho más profunda y “espiritual”: las personas no están contentas, “socialmente” contentas –por cierto, las encuestas dicen que sí lo están–. Hacer oídos sordos a ello es no comprender que el bien común también debe promover el bien espiritual. Esa es la política en su sentido más profundo. Las soluciones pasan más por la identificación con un mensaje que por unas sumas y unas restas.

Ojalá que ustedes, que han demostrado un interés y una capacidad especiales para la *Res publica* –uno de los asuntos más serios y trascendentes en la actividad humana–, no olviden nunca que ser *civis*, “conciudadano”, es una cualidad que se tiene respecto de los otros y que empapa a la persona toda, tanto en sus aspectos materiales como espirituales.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PRETENDIDA PRIMACÍA DEL TRATADO SOBRE LA CONSTITUCIÓN*

*Sergio Raúl Castaño***

SUMARIO: I. El problema y la circunstancia. II. El trasfondo esencial y los principios en juego. III. La cuestión específica que nos ocupa. 1. El argumento de Sagüés. 2. La verdadera noción de bien común –en sentido propio–. 3. Corolario y reafirmación: el bien común político como causa y principio del orden político y jurídico. 4. La inexistencia de un “bien común regional” en sentido propio. IV. Conclusión –con una advertencia y una discusión previas–. 1. *Obiter dictum* sobre un problema que no debe ser perdido de vista. 2. Interludio polémico: ¿son los derechos humanos el principio de legitimidad del orden político y jurídico? 3. Conclusión sintética final.

I. EL PROBLEMA Y LA CIRCUNSTANCIA

El reciente fallo de la CSJN (“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 14/2/2017) significa una positiva y justa reacción frente a la actitud que había venido asumiendo la Argentina en estos años, no solo desde los pronunciamientos de la máxima autoridad jurisdiccional de la República (esa misma Corte), sino desde buena parte de la más connotada doctrina vernácula, con amplio apoyo mediático, conteste en consentir, refrendar y promover el allanamiento político y jurídico del Estado al *Diktat* de los equipos de la Corte IDH.

*Agradezco al Abogado Carlos G. Arnossi haber tenido la gentileza de leer el núcleo de este trabajo en el *Workshop* internacional sobre el tema “Estado de Derecho y Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos”, organizado por la UCA y la Fundación Konrad Adenauer en septiembre de 2017. Y también agradezco a este joven y destacado docente de la Universidad Católica Argentina sus valiosas observaciones al manuscrito final.

**Investigador del CONICET. Profesor titular de Teoría del Estado (UNSTA. Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA). Director del Departamento de Política (Fundación Bariloche/CONICET).

Tal allanamiento (sobre todo entendido como la subordinación del orden constitucional mismo de los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica a las decisiones de la Corte IDH) representa –no cabe aplicarle otro término– una genuina *aberración*, si se lo juzga desde los fundamentos en los que se asienta la vida política y jurídica (al respecto remitimos a nuestro estudio crítico sobre el tópico¹). Por otra parte, debe agregarse que el problema de la revisión por un órgano supranacional de decisiones políticas y jurídicas críticas adoptadas en el seno de un Estado –incluso si el plano constitucional no se hallase afectado– suscita cuestionamientos que exigen una ponderación detenida y rigurosa. A propósito de todo ello vale la pena referir que quien esto escribe ha podido constatar, como invitado argentino en el Seminario Internacional organizado por el ministerio de Defensa de México sobre “Defensa Nacional y Derecho Internacional Humanitario” (octubre de 2016), hasta qué punto las pretensiones de la Corte Interamericana son explícita y razonablemente puestas en tela de juicio en altos círculos políticos y académicos hispanoamericanos².

II. EL TRASFONDO ESENCIAL Y LOS PRINCIPIOS EN JUEGO

No obstante, se plantea una cuestión casi previa respecto de las anteriores observaciones. Y sin duda previa a cualquier dilucidación en concreto sobre los alcances de la obligatoriedad de acatar los fallos de la Corte IDH; y sobre todo anterior a cualquier discusión técnico-procesal positiva (pues el problema que nos ocupa no se dirime en ese plano). Esta cuestión tiene que ver con la naturaleza de un tribunal como la Corte IDH. Nos explicamos.

¹Cfr. Castaño, S. R. (2017), “La sujeción del plano constitucional a las decisiones de un órgano supranacional no comunitario como aberración política y jurídica: el *control de convencionalidad* aplicado a la Constitución frente a los principios del orden político”. En Espinoza de los Monteros, J., Pérez Johnston, R. y Sodi Cuéllar, R. (eds.), *Hacia el futuro del constitucionalismo: la internacionalización del derecho constitucional, la justicia constitucional y la justiciabilidad de los derechos*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 35-54.

²De hecho, los posicionamientos críticos sobre el “control de convencionalidad” no han sido infrecuentes en los últimos años. Sin idea alguna de exhaustividad podríamos citar en tal sentido: Silva Abbot, M. (2016), “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año XIV, Nº 2, 101-142; Mejía Lemos, D.-G. (2014), “On the ‘control de convencionalidad’ doctrine: A Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights Relevant Case Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, vol. XIV, 117-151; Maino, C. A. G. (junio 2016), “El control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de la CIDH”, *Prudentia Iuris*, Nº 81, 31-51; Bandieri, L. Ma. (junio de 2016), “Control de convencionalidad y CIDH: rápido repaso de límites y problemas”, *Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho*, 12-14; Gallo, O. J. (2016), “El margen de apreciación nacional y la realidad iberoamericana”, *ibid.*, 4-7.

Por una torsión peculiar, bien propia del subjetivismo moderno, los derechos humanos han pasado a identificarse, implícita o explícitamente, formal o materialmente, con el fundamento de validez del Derecho –y también con el principio de legitimidad del orden político–. Abordaremos críticamente esta idea *infra* (vide IV, 2). A partir de este *pondus* expansivo de la noción, un tribunal de derechos humanos pasa a convertirse, *de facto*, en una suerte de tribunal constitucional, facultado para interpretar, refrendar o enmendar cualquier norma (las constitucionales incluidas) que se considerare afectando el fundamento mismo de la justicia: o sea, los derechos humanos. Por lo demás, como ha señalado certeramente Carl Schmitt³ –y reconocen hoy en día autores de la talla de Zagrebelsky⁴–, un fuero constitucional no ejerce funciones propiamente *jurisdiccionales*, sino en realidad políticas: en concreto, *legislativas* y hasta *constituyentes*. Luego, la erección de un fuero *materialiter* constitucional que actúa sobre Estados independientes –y ni siquiera vinculados por relaciones incoativamente confederales– plantea dificultades y aporías mayores, que pueden comprometer la validez de sus decisiones y hasta podrían echar un manto de duda sobre la legitimidad de su existencia. Ello en la medida en que la acción de un fuero constitucional, en ese caso, llevaría ínsita la tendencia a pretender erigirse en árbitro último de los ordenamientos de los Estados soberanos sobre los que ejerce jurisdicción. Así, todos los excesos que con razón se imputan a la Corte IDH (preterición del margen nacional de apreciación; obligatoriedad *erga omnes* de sus sentencias; pretensión de facultades constituyentes *ad libitum*, etc.) anidarían ya larvadamente en su misma contradictoria naturaleza de tribunal *constitucional –no-nacional–*.

Esta es la cuestión de fondo que subyace tras los conflictos provocados por la acción de un tribunal como la Corte IDH. Lo que allí se dirime, en esencia, no es una cuestión jurídico-positiva, ni la protección de los derechos humanos, sino una posición sobre el lugar de la política y de su concreción socioinstitucional, la comunidad estatal, dentro del orden internacional. Una cifra de los planteos que disuelven en el orden internacional la entidad de la comunidad política como comunidad independiente lo ofrece el paradigmático voto del juez Antonio Boggiano en el fallo “Simón” (14/6/2005)⁵. Cuando en el punto 9º de ese voto se afirma que la constitución (en definitiva, el Estado mismo) “se refiere” al orden internacional se está diciendo que *se ha trasladado a, instalado en (re-fero)* el orden jurídico internacional, y que ya es una parte de ese orden, sin perfiles propios que pudieran colisionar con el orden jurídico de los

³Cfr. Schmitt, C. (2009), *El defensor de la constitución*, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución vs. ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, trad. M. Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 67 y ss.

⁴Cfr. Zagrebelsky, G. (2005), *El derecho dúctil*, trad. M. Gascón, Madrid, Trotta, 111-112.

⁵CSJN, Fallos: 328: 2056.

instrumentos internacionales y en particular de los pronunciamientos de las instancias jurisdiccionales internacionales. De allí la reiterada carga de Boggiano contra cualquier *genius loci* que aspirara a entorpecer la voluntad de los tribunales supracionales. En ese voto (repárese: anterior al fallo de la Corte IDH “Almonacid Arellano”, del 26/9/2006, en el que esa Corte establece formalmente la figura del *control de convencionalidad*) puede hallarse una fundamentación integral y complexiva para sostener todas las pretensiones parciales que comportan el allanamiento obligatorio del Estado a los criterios de la Corte IDH. La perspectiva del tiempo transcurrido permite aquilatar el papel de “hoja de ruta” del voto de Boggiano en la trayectoria teórica y práctica del cuestionable principio que estamos enjuiciando.

Por último, no es ocioso recordar en este lugar que Kelsen había recomendado la creación de un tribunal internacional de jurisdicción obligatoria como el medio posible más adecuado para preparar el advenimiento de un Estado mundial, a partir del socavamiento de la independencia jurídica de los Estados existentes⁶.

III. LA CUESTIÓN ESPECÍFICA QUE NOS OCUPA

1. EL ARGUMENTO DE SAGÜÉS

Como se echa de ver, cada una de las observaciones anteriores tiene por objeto un problema de enorme relevancia e interés, y en esa medida ameritaría un extenso desarrollo. Es precisamente lo que nos proponemos hacer en un futuro inmediato. Mas en este lugar solo nos detendremos a señalar una confusión que afecta el quicio mismo de la justificación de la subordinación de la Constitución al tratado internacional. Se trata de un problema etiológicamente vinculado con el anterior, pero que inviste una relevancia de primer orden y una especificidad nítida, precisamente por girar en torno de la verdadera y primera causa del Derecho y del Estado. Nos referimos al principio que se halla como premisa y fundamento de la demostración mediante la cual Néstor P. Sagüés afirma *la primacía* del Pacto de San José de Costa Rica sobre la constitución política de los Estados signatarios. Estimamos pertinente citar el respectivo texto *in extenso*, tomándolo de unas de las publicaciones en que ese argumento ha venido apareciendo en los últimos años⁷:

⁶Cfr. Kelsen, H. (1946), *La paz por medio del Derecho*, trad. L. Echávarri, Buenos Aires, Losada, 27 y ss.

⁷Sagüés, N. P. (2010), “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1, 117-135 (aquí 224-225 y 134 –cursivas nuestro–). Vide asimismo este trabajo del autor en: Sagüés, N. P. (2011), *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Instituto de Justicia Constitucional. Corte de Constitucionalidad, Guatemala,

“[En el control de convencionalidad] está igualmente comprendida la Constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos [“Almonacid Arellano” y “Trabajadores cesados del Congreso”]. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de *todo* el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de *supraconstitucionalidad*. Por ello, como en el caso de “La última tentación de Cristo”, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después⁸.

Desde luego, esta afirmación no será fácil de digerir por Estados para los cuales los tratados internacionales son leyes comunes, o aquellos otros en los que, en el mejor de los casos, resultan superiores a las leyes ordinarias, pero siempre inferiores a la Constitución. Quizá es más potable para naciones donde el Pacto de San José de Costa Rica cuenta con rango constitucional, pero aun así el problema subsiste, porque el control de convencionalidad está partiendo del supuesto de que el Pacto predomina sobre la Constitución, y no que es igual a ella.

Este nudo de la cuestión será, probablemente, el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad. Pero en definitiva, bueno es que alguna vez se plantee y resuelva nítidamente. *A nuestro entender, el conflicto debe dilucidarse partiendo del supuesto de que, axiológicamente, el bien común internacional (en este caso, el bien común regional) se erige como un valor superior al bien común nacional y que tal cotización, planteada en la esfera de la estimativa jurídica, obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir al Pacto sobre la Constitución*⁹.

2. LA VERDADERA NOCIÓN DE BIEN COMÚN –EN SENTIDO PROPIO–

Hasta allí Sagüés. El autorizado académico no ha marrado en la detección del plano en el que se dirime el criterio que permitirá juzgar si la Constitución de la comunidad política se subordina al tratado que vincula pacticiamente a los Estados parte y a la convención que emana de ese

t. IV, 272 y ss. (aquí, 280). Sagüés recurre a este mismo argumento en: Sagüés, N. P. (4 de abril de 2017), “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?”. *El Derecho*, 1-4.

⁸García Ramírez, Sergio, (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (México, UNAM).

⁹Desarrollamos esta idea en Sagüés, Néstor Pedro (1966), 214 y ss., inédita, adonde nos remitimos”; [el autor se refiere a]: “Integración y desintegración del concepto de soberanía, Tesis doctoral (Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense), inédita.

tratado. Ese plano es el de los principios del orden político. Y su eje decisorio radica precisamente, como lo sostiene Sagüés, en el respectivo bien común de las eventuales sociedades en cuestión, fundamento de la vida política y jurídica. Ahora bien, Sagüés sí ha errado en sostener la primacía de un bien común regional axiológicamente superior al bien común de los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica. Porque tal bien común regional *no posee las notas de un bien común en sentido propio*.

Lo mostraremos dando por supuesta la concepción clásica de bien común –que es, precisamente, la más realista e integral de cuantas se han planteado sobre este principio¹⁰; y que es (lo recordamos, por hallarnos entre juristas) la que hacen suya dos importantes fallos de la Corte cuando consideran explícitamente la respectiva noción: “Quinteros” y “Spota”¹¹–. Intentaremos entonces determinar de modo muy sucinto cuál es la naturaleza propia del *bien común internacional*, para determinar analógicamente si es posible afirmar la existencia de un bien común supranacional regional en sentido propio entre los signatarios del Pacto de San José de Costa Rica.

Como la misma noción de *bien*, también la noción de *bien común* es análoga. Así, existe un bien común familiar y un bien común político; y también se habla de un bien común internacional. Se plantea la dificultad de la determinación de este bien común internacional, fundamentalmente de si consiste en un bien común *idéntico* al de las comunidades políticas; o, sobre todo, *análogo con analogía de atribución intrínseca* (y ya seguramente como análogo supremo del bien humano práctico en el plano natural); en otros términos, la cuestión de si acaso el bien común internacional es, él también, *un bien común en sentido propio* –y además de tal rango axiológico que subordinaría a los bienes comunes de las comunidades políticas del orbe–. La respuesta, lo adelantamos desde ya, debe ser negativa. El bien común internacional carece de dos notas esenciales del bien común político, a saber la de *organicidad* y la de *historicidad*¹². Lo precisamos brevemente a continuación.

Por una parte, el fin político es *orgánico* (sin que ello signifique atribuir a la comunidad política –cabe aventar desde ya el equívoco– la naturaleza propia de un organismo à la Hegel que anonadaría la entidad substancial

¹⁰Para una fundamentación del concepto clásico y realista de bien común político cfr. Soaje Ramos, G. (2005), “Sobre la politicidad del Derecho” y Medrano, J. Ma. (2005), “Tomar en serio el bien común”. En Castaño, S. R. - Soto Kloss, E. eds. (2005), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Santiago de Chile, Academia de Derecho UST, respectivamente 15-45 y 47-69; y la mejor obra conjunto que se ha elaborado sobre este tema, del argentino Avelino M. Quintas: cfr. Quintas, A. M., *Análisis del bene comune* (1979 y 1988), Roma, Bulzoni.

¹¹Cfr. respectivamente LL, t. 8 (1937), 404 y 405; CSJN, Fallos: 300:836.

¹²Tales las categorías empleadas por Louis Lachance al desarrollar este tópico: cfr. Lachance, L. (1979), *El derecho y los derechos del hombre*, trad. A. E. Pérez Luño, Madrid, Rialp, 212 y ss.

de los individuos que lo integran¹³). En efecto, tal como el bien común familiar, el bien común político comprende a todo el hombre, es decir, no atiende a una dimensión actualizable de la persona, sino a toda ella en su integridad corpóreo-espiritual. Pero a diferencia del fin familiar, el fin político es capaz de perfeccionar de modo más cabal y profundo al hombre. Se estructura a partir de un orden jerárquico de funciones e instituciones, fundado en el orden de las perfecciones humanas, que generan múltiples modos de colaboración entre individuos y grupos. El bien humano asequible a la comunidad política supone, pues, un denso entramado de relaciones, plural y complejo como el conjunto de actividades que los hombres cumplen al perseguir el orden de fines a que los impele su mismo ser, orden que comprende dimensiones económicas, ético-jurídicas y sapienciales. Por eso mismo, por atender a la actualización de las potencialidades de todo el hombre y de todos los hombres nucleados en comunidad política, el bien común político es *per-fecto* –o, en otros términos: *completo*–.

Por otra parte, además de *orgánico* y *completo*, el bien político es *histórico*. Esto significa que los fines humanos que convocan a la *pólis* –en particular su ápice, los bienes espirituales– se hallan signados por una historia concreta que los perfila y, en esa medida, los torna amables (i.e., capaces de atraer como fin) para los grupos y las naciones nucleadas dentro de ese común horizonte de sentido.

Esa historicidad del bien común político implica *concretidad*. En efecto, hemos afirmado, “el fin al que aspiran los individuos y los grupos es un bien proporcionado a sus capacidades, idiosincrasia y circunstancias. Ahora bien, esto no constituye una limitación o un defecto. Por el contrario, un fin que no estuviese conmensurado a la realidad concreta de una sociedad no ejercería ninguna causación sobre ella: no la atraería como algo amable. Y, si se le impusiera desde fuera, no sería un verdadero bien. De allí que el bien común consista en la promoción económica que atienda a tales particularidades geomorfológicas; en el cultivo de tales valores culturales; la determinación y tutela de tales principios jurídicos; la expansión de tal orden amical de convivencia; la subordinación autoritativa según tales usos inveterados; la veneración de tales paradigmas históricos ejemplares; la madurez de tal conciencia política; la libertad de decidir su destino de tales ciudadanos; el honrar a Dios según tales tradiciones. Y así en cada dimensión humana axióticamente relevante”¹⁴. No son, pues, bienes cualesquiera (abstractos, desencarnados) los que mueven a

¹³Cfr. Hegel, G. W. F. (1970), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, Dritter Teil, Dritter Abschnitt, & 257 y ss.; vide el & 324, sobre la *idealidad* (*Idealität*) de (todo) lo particular: vida, bienes, derechos del individuo.

¹⁴Cfr. Castaño, S. R. (2003 y 2005), *El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires, La Ley, 33.

los hombres y grupos moldeados por una empresa histórica común, sino aquellos que, por hallarse coaptados a su *segunda naturaleza colectiva* idiosincrática, han causado la convivencia y han cristalizado relaciones de integración perdurables.

Pero, por el contrario, el bien común internacional no posee las notas antedichas. Por un lado, el bien común internacional no es orgánico ni completo. Consiste en valores parciales que revisten la naturaleza de medios para el despliegue de cada comunidad autárquica (o sea: política), a saber, la seguridad (como remoción de los obstáculos que permiten los intercambios; y de todo aquello que comporte un riesgo para la supervivencia e incolumidad de las comunidades políticas) y la paz (esta entendida también en sentido positivo, no como ausencia de conflictos sino como llamado a la colaboración entre los sujetos que componen el orden internacional, sujetos *interdependientes pero no integrados* en un todo político). Por otro lado, el bien común internacional no es histórico ni concreto. Luego, al carecer de la *proximidad* axiológica que manifiesta el bien común político, el bien común internacional no puede causar la *proximidad* comunitaria que sí causa el bien de la *pólis*.

Como primera conclusión: el bien común internacional no es un bien común en el sentido propio de la noción, como sí lo son el bien común familiar y el bien común político (ambos verdaderos bienes comunes, aunque de distinto rango axiológico). Pero solo un bien común en sentido propio causa la existencia de una sociedad, entendiendo “sociedad” también en sentido propio –ejemplos de lo cual lo son la familia o el Estado–. En efecto, dado que el llamado bien común internacional no constituye el fundamento proporcionado que podría causar la integración en una sociedad: por ello tampoco existe una *sociedad internacional* en el mismo (y propio) sentido en el que existen familias y sociedades políticas –hoy llamadas “Estados”–¹⁵.

Luego, si del hecho de que existiera una sociedad (política) internacional, se seguiría que sus circunscripciones político-administrativas (con sus respectivos ordenamientos jurídicos y potestades de régimen) se subordinarían obligatoriamente a tal sociedad global; del hecho de la inexistencia de un Estado mundial se sigue que la subordinación del bien común político de los Estados al bien común internacional se opera solo respecto de aquellas cuestiones que afecten al plano de la *interdependencia*, es decir, que interesan a la seguridad y a la paz entre los miembros de la comunidad internacional *en sus relaciones horizontales de coordinación*. Toda pretensión de allanamiento automático del orden jurídico-político interno de los Estados a poderes formales (*de jure*) supraestatales o interesestatales

¹⁵Cfr. Castaño, S. R. (2015), “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro, Nueva Época*, U. Complutense de Madrid, vol. 18, 27-60.

–es decir, a poderes que existen por decisión de los Estados que libremente los constituyen– en principio estaría viciada de ilegitimidad.

3. COROLARIO Y REAFIRMACIÓN: EL BIEN COMÚN POLÍTICO COMO CAUSA Y PRINCIPIO DEL ORDEN POLÍTICO Y JURÍDICO

Es acertado fincar –como lo hace taxativa y explícitamente Sagüés– en el bien común la razón o fundamento último por el cual los ordenamientos jurídicos deben adecuarse a las decisiones de un poder que actúa como última instancia de apelación. Precisamente porque el bien común político causa la existencia de una sociedad autárquica e independiente, una de cuyas funciones propias es la jurisdiccional (y dejamos aquí por un momento de lado el mencionado problema de la naturaleza de un fuero constitucional); función que, por corresponder al plano de una sociedad política, tendrá el rango de última. Lo que Santo Tomás llama la *operatio totius*¹⁶, desencadenada por la intención de un fin común que exige el obrar social concertado, es lo que Hermann Heller –desde otra tradición pero con la mirada puesta en la realidad objetiva– categoriza como “unidad de acción y decisión”¹⁷. Tal unidad de acción, el Estado mismo, con su potestad y su ordenamiento jurídico, está fundada en el bien común, que es su causa. En síntesis, hay sociedad política porque hay un fin común político; hay potestad política (con todas sus funciones necesariamente exigidas) porque hay sociedad política; y hay ordenamiento jurídico-positivo, coronado por su ápice constitucional, porque hay potestad política. Es decir que la supremacía del poder, con su inherente facultad para disponer del ordenamiento positivo como última instancia de apelación, *depende mediatamente del bien común político e inmediatamente de la existencia de una sociedad política, autárquica e independiente*. Tal la *secuencia ontológica* del orden político-jurídico, como la hemos venido llamando¹⁸.

La anterior elucidación –que abona el criterio de identificar al bien común como la clave de bóveda de todo el problema– puede refrendarse desde una perspectiva sociológica no empirista. Es así como, con arreglo a las categorías echadas al ruedo por Georges Gurvitch, debe afirmarse que *hay relaciones de subordinación* políticas y jurídicas –formales, orgánicas y obligatorias– porque, con prioridad lógica y ontológica, *hay relaciones de integración* en una sociedad política. Y, en consecuencia, no hay tal

¹⁶Cfr. Tomás de Aquino, *In Eth.*, L. 1, N° 5; vide asimismo *In III Sent.*, d. 18, a. 1; *In IV Sent.*, d. 1, q. 1, a. 3 ad 1um; C. G., II, c. 57.

¹⁷Cfr. Heller, H. (1983), *Staatslehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 259 y ss.; Heller, H., “Staat” (2017) –versión castellana del autor de esta contribución como Apéndice de: Castaño, S. R., *El valor de la vida política en Hermann Heller*, prólogo de Jerónimo Molina Cano, México, Global Editores–.

¹⁸Cfr. Castaño, S. R. (2006), *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 65.

subordinación formal, estricta y jurídica donde no se da la integración política plena¹⁹.

Así pues, vuelve imponérsenos con toda necesidad la primera conclusión ya obtenida *supra*: a partir de la categorización del bien común internacional como forma (análoga) derivada –pero ante todo *impropia*– de bien común social, se sigue que ese bien público no puede ser causa de relaciones de integración plenas que constituyan una comunidad política. Y ello en razón de que no es un bien de la misma naturaleza del bien común que causa la existencia de las comunidades políticas del orbe. Luego, si no puede ser fin de una comunidad política, tampoco puede ser fin del órgano autoritativo de conducción que resulta de la existencia del Estado (es decir, del órgano que supone la realidad de la comunidad política). En otros términos, en el plano internacional no hay un fin político –y, por ende, una *sociedad política* mundial– que exijan la acción de un poder internacional. Pretender lo contrario sería postular la imposición de relaciones de subordinación formales, estrictas y jurídicas allí donde no existen relaciones de integración en un todo comunitario de naturaleza política. Ahora bien, *no hay legítima subordinación –ni durable y pacífica subordinación en el mero plano fáctico– sin previas y fundantes relaciones de integración en una sociedad.*

4. LA INEXISTENCIA DE UN “BIEN COMÚN REGIONAL” EN SENTIDO PROPIO

Seguiremos ahora el razonamiento de Sagüés: pues todo lo dicho del bien común internacional le cabe, *a fortiori*, al “bien común regional latinoamericano”. En efecto, si enfocamos nuestra atención en este último, constatamos igualmente que, en tanto verdadero bien común, *no existe*. No hay un *bien común* de una presunta *sociedad latinoamericana*, consistente en un bien humano complejo, jerarquizado, completo y concreto (sociedad cuyo órgano rector, investido de facultades constituyentes y constituidas ampliables *ad libitum*, sería la Corte IDH). Es decir: no hay un bien común del cual serían partes subordinadas *de jure* los bienes políticos (que ya no serían auténticamente *políticos*) de los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica. En consecuencia, tampoco hay un todo político-jurídico mayor del cual esos Estados sean partes. Por el contrario, lo que hay es un plexo limitado y explícitamente enumerado de bienes jurídicos para cuyo resguardo los Estados han establecido una convención y una serie de facultades jurisdiccionales delegadas –y revocables– en cabeza de un tribunal surgido de la voluntad concorde las partes (soberanas,

¹⁹Vide Gurvitch, G. (1939), “Les formes de la sociabilité”. En Gurvitch, G., *Essais de sociologie*, París, Sirey; y Gurvitch, G. (1932), *L’idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIème siècle jusqu’à la fin du XIXème siècle.*, París, Sirey, 9 y ss..

o sea: independientes) en relaciones de coordinación. Se trata, pues, de uno de los dos elementos constitutivos del llamado bien común internacional (aquí, en un plano regional): a saber, la cooperación –en este caso, jurisdiccional–. Nos hallamos frente a una serie de necesidades parciales de la vida social que los Estados deciden atender colectivamente. Pero no se trata de un bien común –y con la naturaleza propia y estricta de un bien común político– que subordinaría obligatoriamente todos los fines comunes de los Estados signatarios (como también habría en ese caso una sociedad política regional de la que serían partes integradas –y subordinadas– los Estados signatarios con sus respectivas potestades y sus ordenamientos jurídicos). Tal subordinación jurídica representa una hipótesis irreal por imposible, en la medida en que no se basa en un orden *político-constitucional* que la sustente.

Efectivamente, resulta abusivo hablar de un *ius constitutionale* en casos como el de Hispanoamérica²⁰. Pues solo hay *constitución* si existe una *comunidad política*. Los Estados hispanoamericanos, los del Caribe y Brasil no conforman un Estado, tal como ocurre con todo pluriverso político vinculado por la relación *horizontal* de *coordinación* en la que consiste un *pacto internacional*. Esto es por demás evidente, y excusa de largas demostraciones. No es la comunidad de credo o raza, ni la lingüística, ni la cercanía geográfica (todas las cuales, por lo demás, se verifican aquí parcialmente), las que constituyen un Estado, sino las relaciones concordes y durables de integración política en una comunidad independiente. Reiterando y aplicando lo visto *supra* (3): solo la integración en una comunidad política genera relaciones (legítimas) de subordinación plena, no sujetas al acuerdo de los órganos que deben cumplirlas –en la medida en que estos órganos y las realidades sociales que representan son partes subordinadas *de jure* en el seno de un todo socioinstitucional que los comprende–. El fallo “Maastricht” (12/10/1993) del *Bundesverfassungsgericht*, cuyo valor principal hemos puesto de manifiesto en varios lugares²¹, da una acabada prueba jurisprudencial de ello: un tribunal supranacional –aquel propio de una unión de Estados– solo ejerce su jurisdicción gracias a la “autorización particular (*Einzelermächtigung*)” de los Estados que lo han creado; autorización particular que recae sobre materias explícitamente enumeradas, las cuales no pueden ampliarse sino mediante la aprobación

²⁰Así von Bogdandy, A.- Morales Antoniazzi, M. - Ferrer Mac-Gregor, E. (2017), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, México.

²¹Cfr., por todos, el análisis pormenorizado y el juicio crítico-doctrinal de la sentencia en Castaño, S. R. (2008), “La ‘secuencia ontológica’ del orden político como presupuesto de la politicidad del derecho y de la legitimidad del poder. A propósito del fallo ‘Maastricht’”, *Criterio y Conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), N° 3, 15-34.

previa de los Estados signatarios del tratado. Tratado, por lo demás, del que esos Estados son “señores (*Herren*)”.

De allí que el instrumento jurídico de la constitución, que regula las relaciones orgánicas de subordinación (*de jure* obligatorias) entre los órganos de poder, presuponga, con prioridad ontológica, la existencia del Estado. Por eso en una unión de Estados como la Unión Europea no existe constitución. Y en nuestro caso –¡nótese!– no nos las habemos ni tan siquiera con una unión de Estados. Ahora bien, los abusos lingüísticos y conceptuales en el plano teórico pueden prohiar, a la postre, abusos en el plano de la praxis (i.e., ilegitimidad). Y es una obvia arbitrariedad, ante todo, asignar naturaleza de comunidad política a la colección de signatarios del Pacto de San José; como lo es la consecuente pretensión de endilgar carácter y efectos constitucionales a ese tratado y a la jurisprudencia emanada de la instancia jurisdiccional de él surgida.

Luego, debe reiterarse taxativamente que Sagüés ha identificado rectamente el principio en el que se asienta el fin –y del que nacen las obligaciones– de los poderes públicos: ese no es otro que el bien común. Aunque ese bien común no se encuentra donde Sagüés lo señala.

IV. CONCLUSIÓN –CON UNA ADVERTENCIA Y UNA DISCUSIÓN PREVIAS–

1. OBITER DICTUM SOBRE UN PROBLEMA QUE NO DEBE SER PERDIDO DE VISTA

Como nuestra dilucidación se asienta en el plano de los principios, no entraremos aquí a considerar una cuestión histórico-contingente que, con todo reviste la más grave relevancia política y jurídica en el plano de una praxis ordenada a la preservación de la ley natural universal y objetiva –de aquella que preceptúa respetar la vida del inocente desde la concepción hasta la muerte natural y que veta la equiparación de la homosexualidad con las relaciones maritales entre hombre y mujer–. Nos referimos al acuciante problema del desconocimiento legal del derecho a la vida del *nasciturus*²², el cual desconocimiento cuenta hoy entre sus corifeos más conspicuos, precisamente, a la Corte IDH. Es así como –por solo poner un ejemplo–, si el *control de convencionalidad* tuviera plena y obligatoria vigencia y los criterios de justicia de esa Corte primaran por sobre el ordenamiento legal y constitucional de los Estados parte del Pacto

²²Al “derecho a la vida”, como derecho subjetivo natural básico, Carlos I. Massini Correas lo denomina con mayor precisión como “derecho a no ser muerto injustamente” (cfr. Massini Correas, C. I. (1999), *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 200).

de San José de Costa Rica, estos deberían allanarse a lo dispuesto en el fallo “Artavia Murillo” y derogar las normas que prohíben la eliminación del *nasciturus*. Lo cual, en el caso de la República Argentina, impondría la necesidad eliminar la estipulación introducida en la Convención de los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional²³.

Es por ello que una doctrina jurídica atenta a la defensa de los derechos subjetivos naturales de la persona humana debería, en la circunstancia actual, guardar la mayor de las prevenciones frente a la alternativa de que la Corte IDH imponga sus decisiones de modo obligatorio y efectivo en el sistema normativo de los Estados hispanoamericanos²⁴. Orillando ex-

²³Cfr. Ley 23. 849, art. 2°, en la Declaración Interpretativa al art. 1° de la Convención. Repárese en que si el tratado rige “en las condiciones de su vigencia” (CN, art. 75, inc. 22), ésta comprenderá necesariamente las reservas y declaraciones interpretativas que el Estado signatario introduzca en el instrumento internacional –cfr. en tal sentido, por ejemplo, Bidart Campos, G. (1995), *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, t. VI, 557; Vanossi, J. - Dalla Via, A. (2000), *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 322; Badeni, G. (julio de 2005), “El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Penal; Academia Nacional de Derecho (2005), “Dictamen acerca de los tratados y la supremacía constitucional”; fuera de la doctrina argentina y con el mismo criterio vide Carrillo Salcedo, J. A. (1995), *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 67–. Por otra parte, como sostiene el ex convencional Rodolfo Barra, la voluntad del constituyente de 1994 fue precisamente la de darle rango constitucional al tratado tal como era incorporado por el Estado argentino, “esto es, en las condiciones con las que el acuerdo obliga a la República Argentina”, lo cual supone que el tratado o la convención adquiere jerarquía constitucional incluyendo las eventuales reservas y declaraciones establecidas por el Estado –cfr. Barra, R. C. (1997), *Los derechos del por nacer en el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 34-42 (aquí, 36-37)–. Por el contrario, la exégesis de que la asunción “en las condiciones de su vigencia” alude a una mera vigencia internacional puede derivar de un posicionamiento doctrinal de fondo del tipo del excogitado por Boggiano (vide *supra*, II) según el cual el Estado virtualmente desaparece (i.e., *se licúa*) dentro del orden jurídico internacional cuando, como en el caso de la Argentina, se incorporan tratados a su constitución. Ahora bien, semejante temperamento resulta derechamente impugnabile, en cuanto parte de falsos principios individualistas y racionalistas. Varios de ellos comparecen y son criticados en la presente contribución.

²⁴Por otra parte, a la hora de *promover e imponer el aborto por la vía jurisprudencial y administrativa, desentendiéndose de la validez del derecho natural y del derecho constitucional positivo en vigor*, la Corte Suprema de la República Argentina ha contado con la posibilidad de apelar, en abono de tal política, a las recomendaciones emanadas del otro órgano creado por el Pacto de San José, a saber, el Comité IDH. Dice, en efecto, el voto de la mayoría en “F., A. L., s/Medida autosatisfactiva” (13/3/2012): “10) Que de las previsiones establecidas en el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2°, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, ‘Baby Boy’, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos); en vista de lo cual decide “[...] 2) Exhortar a las autoridades

presiones poco académicas, sostenemos: *ningún jurista “pro-life” debería embanderarse hoy en día con la causa de los tribunales internacionales –Corte Interamericana de Derechos Humanos incluida– y defenderlos cual si fueran el reaseguro de la Justicia.*

Ahora bien, como ya hemos dicho, nuestra preocupación en este lugar es otra: la determinación del quicio ontológico sobre el que gira la existencia política, así como la naturaleza y las propiedades de la cosa política –quicio que constituye, además, el genuino basamento axionormativo del orden jurídico–.

2. *INTERLUDIO POLÉMICO: ¿SON LOS DERECHOS HUMANOS EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DEL ORDEN POLÍTICO Y JURÍDICO?*

Es justamente respecto del principio de legitimidad del orden político y jurídico que debemos despejar una confusión no infrecuente en nuestra época. Se trata de la idea, a veces latente, a veces explícita, de que el fin legitimante del Estado y del Derecho fuera la protección de los derechos humanos.

En algunos ámbitos pareciera campear la idea de que la inexistencia de tribunales internacionales dejaría inevitablemente desprotegidos los derechos humanos. Pero si estos, a su vez, constituyen el principio de legitimidad del orden social, luego la necesidad de los tribunales internacionales, como la Corte IDH, se impondría de modo inapelable.

Esta perspectiva considera que el valor de la Política y del ordenamiento jurídico se funda ante todo en la tutela de los derechos de una serie coordinada de individuos y grupos. Así, esta perspectiva parecería identificar el fin del Estado y del Derecho con la preservación de unos derechos y exigencias particulares y abstractas, que se hallarían como levitando frente a la acción de los poderes públicos. La razón de ser de estos, por su parte, radicaría en el resguardo de aquellos. Los ciudadanos ya no serían miembros de una empresa colectiva común en cuyo seno persiguen el cumplimiento de su fin terreno; empresa portadora de un estilo propio de la convivencia que expresa un talante espiritual aquilatado por la historia propia –y que tiene el derecho a la independencia frente a todo otro poder político-jurídico–. Por el contrario, esta perspectiva ve a las partes de cada concreta comunidad política, ante todo y principalmente, como titulares de derechos que deben ser tutelados por una estructura

nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente” (CSJN, Fallos, 335: 197).

de poderes (indistintamente nacionales o internacionales, pues la misión de tales poderes se consume en la protección de los derechos y no en la conducción a un bien común social). Ahora bien, nótese que tal idea, a saber la de que el poder tiene como función primaria proteger a individuos y grupos es una clave de bóveda del falso planteo individualista, falso en tanto pretende explicar la realidad política (más aun: la entera realidad social) a partir de la yuxtaposición de intereses particulares, necesitados de protección y garantías. Ya hemos demostrado en otros lugares que este planteo (asumido, por lo demás, por la ideología liberal) convierte a la sociedad en un ente de razón sin fundamento *in re*, es decir, niega la existencia de una realidad social y de un fin social (común, participable y supraordenado) distintos de los individuos y sus fines particulares²⁵. Por ello el fin legitimante del poder, el fundamento axiológico de su existencia, se reduciría a la tutela de la serie de intereses particulares de los miembros de una *sociedad* que ya solo tendría el nombre de tal. La prelación –implícita o explícita– de la protección de los derechos humanos como fin del poder y del ordenamiento jurídico supone el planteo individualista, viciado por un plexo de errores que lo comprometen desde sus presupuestos. Solo para mencionar el núcleo del problema preterido por el individualismo filosófico-social, señalemos que el orden del bien humano resulta inasequible a los individuos y a los grupos infrapolíticos como la familia, pues solo es alcanzable por la acción aunada de una comunidad que trasciende la esfera de los individuos, las familias y los cuerpos intermedios –y que persigue un bien completo en el plano temporal–. Y es ese, precisamente, el fin del poder político: su función primaria consiste no en proteger a las partes sino en dirigir al todo de orden político –y, por ende, también a sus miembros– al bien común político.

Precisamente esa tensión entre las exigencias de la naturaleza humana respecto de sus fines perfectivos más altos, por un lado y, por otro, la incapacidad del hombre para alcanzarlos sin la colaboración consociada y la integración en la comunidad política, se refleja, asimismo, en la estructura de los derechos humanos entendidos en sentido fuerte: como derechos subjetivos naturales²⁶. Cabe remarcar que estos derechos, llamados “anteriores al Estado”, son anteriores a este solo *por el título*, mas no por su posibilidad de realización. En efecto, es verdad que el hombre tiene el título, fundado en la ley natural –título, por lo tanto, ontológicamente “anterior” al Estado– a un orden de derechos exigidos por su misma naturaleza para su plenitud como persona; sin embargo, solo podría alcanzar los *fin*es a

²⁵Cfr., por todos, Castaño, S. R. (2016), *El poder constituyente, entre mito y realidad*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Academia de Derecho. Universidad Santo Tomás, 24-25.

²⁶Para la concepción de los genuinos derechos humanos (fundamentales) como derechos subjetivos naturales cfr. Hernández, H. H. (2000), *Derecho Subjetivo. Derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

los que esos derechos naturales se ordenan mediante la inserción en la comunidad política. Desde el básico derecho a preservar su existencia (librándose de enfermedades, por ejemplo) hasta los peraltados derechos a una identidad cultural o a conocer la verdad (pensemos en la verdad que trasciende el ámbito de la praxis cotidiana de una familia, como la verdad científica y filosófica) quedarían frustrados, en cuanto a su posibilidad de concreción efectiva, fuera de la participación del concreto bien común de la comunidad política. Esta dimensión de los derechos humanos, la de su cumplimiento, no es “anterior” al Estado, sino que exige la participación del bien común político. Como señala enérgicamente Millán Puelles impugnando la idea que los opone, hasta la misma dignidad de la persona humana supone la primacía del bien común político, reconocida y existencialmente asumida²⁷.

Luego resulta reductivo –*rectius*: abstractista– considerar como quicio axionormativo de la vida política y jurídica un abanico de derechos humanos. Porque estos derechos, en cuanto a su satisfacción y cumplimiento, son participaciones del bien común político, fin de una comunidad abocada a la consecución de un bien superior al que podrían alcanzar las partes por sí mismas. Por ello cabe reiterar que este bien –*medida última de lo justo concreto*²⁸–, y no los bienes particulares que se dan como participaciones de su riqueza perfecta, es fin del Estado y del Derecho y fundamento del principio primario de legitimidad del orden político-jurídico.

Quedaría en pie, con todo, la acuciante pregunta: más allá de todo lo dicho y sin perjuicio de ello, ¿no es acaso un cometido del poder político el “hacer justicia”, entendido esto como proteger a quienes sufren el avasallamiento de sus derechos? Sin duda alguna, tal es una misión que la conciencia común de la humanidad le atribuye al poder: acabado ejemplo de lo cual lo brinda la gran dramaturgia española del siglo de oro (así *Fuenteovejuna* y *El Alcalde de Zalamea*, por ejemplo). Pero ¿y qué ocurre cuando es el poder político mismo el que lleva adelante los atropellos, como sucede cada vez más a menudo? No esquivamos la gravedad de la cuestión. Pero resulta claro que la solución de esta tragedia epocal no se

²⁷Cfr. Millán Puelles, A. (1976), “El bien común”. En Millán Puelles, A., *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, Rialp, 107-127. Dice el autor en el esclarecido texto: “[u]no de los aspectos de la problemática del bien común que de hecho han sido tratados con la más perniciosa ambigüedad es el de la primacía de este bien, y ello en virtud de su aparente antagonismo con el principio de la dignidad de la persona humana. En nombre de esta misma dignidad se relativiza con frecuencia, cuando no es que en absoluto se la niega, la regla de la primacía del bien común, indispensable para el recto orden de la convivencia” (124). El reconocimiento de la dignidad de la persona humana, recuerda en esa línea Millán Puelles, le era retaceado al esclavo “no tanto porque privadamente fuese maltratado cuanto porque no se le reconocía ningún derecho a poder ocuparse del bien común” (Millán Puelles, A., “Los derechos del hombre y la dignidad de la persona humana”, *ibíd.*, 132).

²⁸Sobre la noción axial de lo justo concreto cfr. Lamas, F. A. (1974/5), “Justo concreto y politicidad del Derecho”, *Ethos*, N° 2, 205-221.

alcanza negando los principios del orden político y celebrando las pretensiones de instancias jurisdiccionales que ocultan la ilegitimidad de su ejercicio con el lema-talismán de los derechos humanos. Sino restaurando la vigencia de la ley natural y divina. Lo recordado en 1) abona (si es que resultara necesario hacerlo) esta afirmación evidente.

3. *CONCLUSIÓN SINTÉTICA FINAL*

Cerramos finalmente (en lo que al presente trabajo respecta) nuestra breve puntualización crítica con la conclusión final que con necesidad se desprende de lo afirmado hasta aquí: *es, sí, efectivamente, el bien común el que da la razón última de la primacía entre el tratado y la constitución. Pero es precisamente el bien común el que funda la primacía, prelación y superioridad axionormativa de la constitución política sobre la Convención y la interpretación que los equipos de la Corte IDH hagan de ella.*

DIGNIDAD HUMANA Y CALIDAD DEL ESTADO DE DERECHO. TRAS LOS PASOS DE ALBERTO RAMÓN REAL Y MARIANO R. BRITO

*Carlos E. Delpiazzo**

SUMARIO: I. Reconocimiento. El legado de los Maestros. II. Centralidad de la persona humana. 1. Fundamentos. 2. Dimensiones. III. Pilares del Estado de Derecho. 1. Supuestos básicos. 2. Principio de juridicidad. 3. Procura del bien común. IV. Compromiso. La responsabilidad por el cuidado de la calidad del Estado de Derecho.

I. RECONOCIMIENTO

Siguiendo los pasos de dos Maestros del Derecho Administrativo que marcaron mi vocación por esta rama del Derecho, me propongo recordar –y, al hacerlo, homenajearlos con gratitud y emoción– a Alberto Ramón Real y a Mariano R. Brito.

El primero me descubrió el amplio campo de esta disciplina y el segundo acompañó mi formación académica, profesional y humana.

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Autor de 75 libros y más de 500 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Respecto a Alberto Ramón Real (fallecido el 19 de octubre de 1982) pude escribir en 1986 que “Siendo estudiante, conocí a Real como Decano de la Facultad de Derecho; al ingresar al Departamento de Asesoría Jurídica de la Contaduría General de la Nación, fue mi Director; al iniciarme en el ejercicio de la profesión, fue el consejero; al comenzar la Aspirantía en Derecho Administrativo, fue un impulsor. Siempre fue generoso con su tiempo, con sus libros y, sobre todo, con su experiencia”¹.

En cuanto a Mariano R. Brito (fallecido el 31 de enero de 2014) he destacado en más de una oportunidad que fue para todos un Maestro con mayúscula, no solo en el aula sino sobre todo en la vida porque procuró cada día hacer bien lo que tenía que hacer, siempre con una sonrisa y un gesto amable, sin alardes ni estridencias sino con constancia y rectitud de intención, esforzándose en el cultivo de las virtudes humanas, que son el fundamento de las sobrenaturales².

A partir de la enseñanza de ambos, adquirí la plena convicción acerca de la esencialidad del encare humanista del Derecho Administrativo.

Por eso, al compartir estas páginas con queridos compañeros de la Generación del 70, quiero traer a ellas la enseñanza de quienes nos precedieron y sembraron en nosotros la responsabilidad por el cuidado de la calidad del Estado de Derecho centrado en la persona humana a cuyo servicio se encuentra la Administración³.

II. CENTRALIDAD DE LA PERSONA HUMANA

1. FUNDAMENTOS

Frente a las mutables categorías de la doctrina y a los vaivenes de modas que inciden muchas veces en el Derecho positivo, es necesario insistir en la centralidad de la persona –“protagonismo originario” lo llamaba

¹Carlos E. Delpiazzo, “Inhabilitación de personas por la Administración”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* (Montevideo, 1986), tomo II, N° 12, 347; y “Alberto Ramón Real, humanista”, en Carlos E. Delpiazzo (Coordinador), *Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo Uruguayo* (F.C.U., Montevideo, 2012), 440.

²Carlos E. Delpiazzo, “Semblanza del Profesor Mariano R. Brito”, en Carlos E. Delpiazzo (Coordinador), *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito* (F.C.U., Montevideo, 2008), 19 y ss.; “Homenaje al Prof. Mariano R. Brito”, en IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (F.C.U., Montevideo, 2010), 7 y ss.; y “Palabras en acto inaugural”, en “Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo” (U.M., Montevideo, 2014), 13 y ss.

³Carlos E. Delpiazzo, “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, 89 y ss.

Mariano Brito⁴ y “humanismo personalista” Alberto Ramón Real⁵– como destinataria del quehacer estatal y foco para la interpretación de las relaciones emergentes de la variedad de servicios que la Administración le brinda, sea en forma directa o indirecta.

Lo propio del Estado constitucional de Derecho, que impregna todo el Derecho Administrativo contemporáneo, es el reconocimiento de la primacía de la persona humana, derivada de su eminente dignidad, de la que se desprenden todos y cada uno de los derechos fundamentales y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez, al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos⁶.

Es imprescindible no perder de vista que, en todo momento, cualquiera sea su edad o normalidad, el hombre ostenta aquella interior dignidad que le viene no de ser un hombre de dignidad sino de tener la dignidad de un hombre; de esa dignidad eminente o intrínseca extraen su razón de ser los derechos humanos, cuyo titular no es la humanidad en su abstracción genérica ni un determinado tipo de hombre sino cada hombre en su personal concreción⁷.

Por eso, la afirmación y reafirmación de los derechos fundamentales –todos– parte del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera sean los valores prevalentes en la colectividad histórica.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, cabe suscribir la enseñanza de Jesús González Pérez en el sentido de que la dignidad de la persona actúa “como principio informador y límite de la actividad administrativa”, ya que “es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona”⁸.

⁴Mariano R. Brito, “Libertad y autoridad del Estado”, en A.A.V.V., “Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización” (F.C.U., Montevideo, 1991), 28; y en “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), 245.

⁵Alberto Ramón Real, “Estado de Derecho y humanismo personalista” (F.C.U., Montevideo, 1974).

⁶Carlos E. Delpiazzo, “Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho”, en *Rev. de Investigações Constitucionais* (Curitiba, 2014), volumen 1, Nº 3, 7 y ss.

⁷Arturo Ardao, “El hombre en cuanto objeto axiológico”, en “El hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi” (UPRED, Buenos Aires, 1980), 73 y 74.

⁸Jesús González Pérez, “La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo” (Jurua, Curitiba, 2007), 13.

Es que la dignidad humana es intangible y de máximo valor no por imperio de disposición alguna sino por el origen y naturaleza del hombre, impregnando, por tanto, todas las ramas del Derecho⁹ e incidiendo en la recta jurisprudencia sobre los derechos humanos¹⁰.

Consecuentemente, la dignidad de la persona implica el derecho que tiene todo hombre a que se le reconozca como ser dotado de fin propio y no como un simple medio para los fines de otros, y se erige como principio general de Derecho que sustenta todo el ordenamiento jurídico y sirve de base al universo de derechos de cada individuo.

2. DIMENSIONES

Al menos desde Aristóteles, es lugar común destacar que el hombre tiene una dimensión individual y una dimensión social, que conlleva la política sin confundirse con ella, a las que corresponde agregar una dimensión trascendente, siendo todas inescindibles entre sí porque la persona humana es una sola¹¹.

Por lo que refiere a la dimensión individual, surge de lo antedicho que los derechos fundamentales lo son por derivar de la naturaleza del hombre, de modo que la fuente de los mismos radica en su eminente dignidad humana¹².

Ya la legislación de Partidas reconocía que “La persona del home es la más noble cosa del mundo” (Ley 26 de Partida VII, Título I), precepto que el proverbio castellano tradujo por “Nadie es más que nadie” para

⁹Mariana Blengio Valdés, “El derecho al reconocimiento de la dignidad humana” (A.M.F., Montevideo, 2007), 55 y ss.; Néstor Sagües, “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en *Rev. de Derecho Constitucional y Político* (Montevideo, 1996), tomo XII, N° 72, 679 y ss.; Ricardo Francisco Seco, “Un contenido para los términos dignidad de la persona humana. Aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano”, en *Rev. Derecho Laboral* (Montevideo, 2010), tomo LIII, N° 239, 459 y ss.; y Raúl Cervini, “El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana”, en *Rev. de Derecho*. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2010), N° 5, 36.

¹⁰Mariano R. Brito, “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, en Carlos E. Delpiazzo (Coordinador), *Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo* (F.C.U., Montevideo, 2012) 165 y ss.; Mariana Blengio Valdés, “El derecho al reconocimiento de la dignidad humana” cit., 63 y ss.; y José Chavez Fernández Postigo, “La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano” (Palestra, Lima, 2012).

¹¹Carlos E. Delpiazzo, “Las dimensiones del administrado”, en “Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo” cit., 227 y ss.; y “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, 229 y ss.

¹²Mariano R. Brito, “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo” cit., 155 y ss.

poner de manifiesto que la supremacía del ser humano se manifiesta en que todos los hombres son iguales en dignidad¹³.

En nuestro país, así lo proclama expresamente el art. 72 de la Constitución cuando explicita que “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la persona humana”¹⁴.

Con palabras de Alberto Ramón Real, “Inherente significa que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa que no se puede separar”, de modo que “derechos inherentes a la personalidad humana son pues, aquellos inseparables por su naturaleza de dicha personalidad, de los que se goza por el solo hecho de ser hombres”¹⁵.

Ellos fincan en la eminente dignidad de toda persona, que “es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana; es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto esta es la realización existencial de la naturaleza humana”¹⁶.

Consecuentemente, todos los derechos inherentes a la condición humana se imponen no solo al legislador sino también al constituyente por cuanto preexisten a la organización estatal; no son creados por acto jurídico alguno sino que nacen con el hombre mismo, cualquiera sea su condición, sea varón o mujer, joven o viejo, enfermo o sano, cualquiera sea su raza, religión o ideología.

En cuanto a la dimensión social, es evidente que “El hombre no es solo en tanto que individuo, en dimensión de interioridad; se abre a los otros, formando el nosotros, o, inevitablemente, se mutila y empobrece, y aún se destruye... Por exigencia racional no puede alcanzar su perfección solo; reclama la apertura, referencia y vinculación a los demás”¹⁷.

¹³Jesús González Pérez, “La dignidad de la persona” (Civitas, Madrid, 1986), 24.

¹⁴Héctor Gros Espiell, “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en Catedra Unesco de Derechos Humanos, “Dignidad Humana” (Montevideo, 2003), 9 y ss.; José Aníbal Cagnoni, “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2003), N° 23, 11 y ss., y “La primacía de la persona: el principio personalista”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2004), N° 24, 135 y ss.; María Elena Rocca, “Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2004), N° 24, 139 y ss.; y Marcelo Laborde, “No solo de derechos vive el hombre. Los deberes de las personas en el artículo 72 de nuestra Constitución”, en Carlos E. Delpiazzo (Coordinador), *Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo* (F.C.U., Montevideo, 2012), 185 y ss.

¹⁵Alberto Ramón Real, “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” (Montevideo, 1965), 24.

¹⁶Santiago Altieri, “El estatuto jurídico del cigoto. ¿Persona o cosa?” (U.M., Montevideo, 2010), 63.

¹⁷Mariano R. Brito, “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” cit., 59 y 60.

Es una verdad incuestionable que toda persona necesita de otras y, en función de ello, a la esfera de lo individual, signada por la eminente dignidad humana, debe agregarse la esfera de lo social, comprensiva no solo de la organización estatal para el logro del bien común sino también de comunidades intermedias que los hombres forman por derecho propio.

Entre ellas, merece destaque en primer lugar la *familia* ya que el hombre es inconcebible sin relaciones familiares. Por eso, la generalidad de la doctrina destaca que la importancia de la familia es enorme en la vida social y política de los países como institución interpuesta como entidad autónoma entre el individuo y el Estado destinada a generar vida y preparar para vivirla¹⁸.

Es que la familia es una comunidad de personas ligadas por una unidad de origen: todo hombre es hijo y nunca deja de serlo. Ser hijo es incluso más radical que ser varón o mujer, porque indica el modo de originarse uno mismo: nacer. Ser hijo significa depender, proceder de, tener un origen determinado, reconocible en nombres y apellidos: es la estirpe a la que uno pertenece¹⁹.

Por lo tanto, la familia es una institución natural y permanente, que constituye lo que Adolfo Gelsi Bidart llamó con acierto “el lugar de la persona”²⁰. En la familia se aprende a vivir y se obtiene un perfil genético propio, tanto en lo físico como en lo psíquico (carácter, aptitudes, urdimbre afectiva, aprendizaje de conducta, costumbres, gestos, modos de hablar, cultura práctica, etc.). Pero además, la familia es el depósito de los valores que más profunda y permanentemente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación (actitudes religiosas, virtudes morales, modos de valorar, ideales, etc.).

De ahí el indiscutible valor de la familia, y de ahí también el sólido fundamento de su ser y existir perdurable.

Por eso, la Constitución uruguaya (1966) establece con precisión en la primera frase del art. 40 que “La familia es la base de nuestra sociedad”. También la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988) considera a la familia como “base de la sociedad” (art. 226) mientras que la Constitución de la República de El Salvador (1983) agrega la palabra “fundamental”. Dice que “La familia es la base fundamental de la sociedad” (art. 32).

En similar sentido, la Constitución Política de la República de Chile (1980) reconoce que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” (art. 1º, inc. 2º). En iguales términos se pronuncia la Constitución Política de Colombia (1991) (art. 42). Acudiendo al mismo concepto, la Constitución

¹⁸Carlos E. Delpiazzo, “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), 37 y ss.

¹⁹Ricardo Yepes Stork, “Fundamentos de Antropología” (EUNSA, Pamplona, 1996), 285 y 286.

²⁰Adolfo Gelsi Bidart, “La familia y el Derecho”, en Américo Pla Rodríguez y Ana María Ranzetti (Coordinadores), *El Derecho y la Familia* (F.C.U., Montevideo, 1998), 248.

de la República del Paraguay (1992) y la Constitución de la República Dominicana (2010) proclaman que “La familia es el fundamento de la sociedad” (arts. 49 y 55 respectivamente) y la segunda agrega que ella es “el espacio básico para el desarrollo integral de las personas”.

Por su parte, la Constitución de la Nación Argentina (1994) proclama la “protección integral de la familia” (art. 14 bis). Del mismo modo, la Constitución Bolivariana de Venezuela (1999) dispone que “El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas” (art. 75).

A partir de lo que viene de decirse, es constatable que las disposiciones constitucionales se alinean con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), conforme a la cual “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16, num. 3). La calificación de la familia como “elemento fundamental de la sociedad” aparece igualmente en el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Con parecidos términos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), conocida como Pacto de San José, preceptúa que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17, num. 1)²¹. El giro se repite en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988), conocido como Protocolo de San Salvador (art. 10).

Las expresiones “base”, “fundamento”, “núcleo fundamental”, “elemento natural y fundamental” califican la importancia y situación de primacía de la familia. En virtud de tal primacía, según lo reconocen los instrumentos internacionales y Constituciones citadas, la familia es acreedora de la protección estatal, la cual se expresa en un doble sentido: mediante la actuación y mediante la abstención.

Por un lado, a partir de la afirmación de la familia como sociedad natural y anterior a la sociedad civil –ya que la parte (la familia) es anterior al todo (la sociedad civil)– resulta con evidencia que el Estado tiene el deber de protegerla para la procura de sus derechos fundamentales²².

Por otro lado, la familia también tiene derecho al cuidado estatal a través de la abstención. En efecto, al Estado no le cabe introducirse en los aspectos que hacen al fuero personal de los integrantes de la familia, especialmente en lo que refiere a la aptitud para la trasmisión de la vida. Una injerencia estatal sustituyente de la familia en sus misiones naturales sería lesiva de la dignidad humana²³.

²¹Héctor Gros Espiell, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991), 108.

²²Mariano R. Brito, “El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del bien común en nuestros países”, en *Rev. de Derecho Público* (Santiago de Chile, 1995), N° 57-58, 170 y ss.

²³Mariano R. Brito, “Funciones del Estado en relación a la familia”, en Américo Pla Rodríguez y Ana María Ranzetti (Coordinadores), *El Derecho y la Familia* cit., 205 y ss.

En segundo lugar, la producción y la obtención de los medios necesarios para satisfacer necesidades mediante la técnica y el trabajo encuentran su expresión en la *empresa*, entendida genéricamente como la organización de capital y trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios (33).

La naturaleza social del hombre lo llevó muy pronto a descubrir las ventajas que aporta la coordinación de varios individuos y la utilización de instrumentos apropiados, conforme a un plan, para alcanzar los propósitos perseguidos.

Independientemente de la diversidad de formas jurídicas que puede adoptar, la empresa es una institución integrada por personas, bienes materiales e inmateriales, puesta al servicio del interés común en el resultado económico pretendido²⁴.

En tercer lugar, es preciso añadir que familia y empresa no agotan el elenco de manifestaciones de la dimensión social del hombre, existiendo *otras comunidades intermedias* que las personas pueden formar en ejercicio de su derecho de asociación y que conlleva el derecho a la institucionalización de la asociación²⁵.

En cuarto lugar, es preciso destacar que se habla de comunidades intermedias para diferenciarlas de la sociedad como colectividad jurídicamente organizada en el *Estado*, como expresión mayor de la dimensión social de los seres humanos²⁶, dentro de cuyo ámbito se desarrolla la *Administración* como organización servicial que tiene a su cargo, como actividad primordial, el ejercicio de la función administrativa²⁷.

En cuanto a la dimensión trascendente, con independencia de convicciones religiosas o posturas ideológicas, es una realidad evidente que la persona humana tiene un espíritu, aspecto en el cual se diferencia de todos los demás seres vivos.

Como tal, tiene una *conciencia* o espacio interior al que nadie puede acceder si uno no quiere y que permite a cada hombre direccionar su conducta sin que ningún cautiverio o castigo sea capaz de suprimirle ese nivel de libertad interior para sostener una creencia, pensamiento o deseo²⁸.

A partir de la libertad de conciencia queda claro que cada ser humano es la fuente de su actuar, de la que derivan los derechos a la libertad de expresión, a la libre discusión en la búsqueda de la verdad, a la libertad

²⁴Carlos E. Delpiazzo, "Derecho Administrativo Especial" (A.M.F., Montevideo, 2017), volumen 2, tercera edición actualizada y ampliada, 573 y ss.

²⁵Horacio Cassinelli Muñoz, "Libertad de asociación, personalidad jurídica y Poder Ejecutivo", en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 65, 273 y ss.

²⁶Carlos E. Delpiazzo, "Derecho Administrativo General" cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, 29 y ss.

²⁷Carlos E. Delpiazzo, "Derecho Administrativo Uruguayo" (Porrúa-UNAM, México, 2005), 7.

²⁸Carlos E. Delpiazzo, "Derecho Administrativo General" cit., volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada, 234 y ss.

religiosa (que incluye no solo creer sino también practicar), a vivir según el dictado de las propias convicciones y, en definitiva, a realizar el proyecto vital que cada uno elija.

De ahí la importancia vital en el Estado constitucional de Derecho de la *objección de conciencia* como derecho fundamental a incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia ya que de nada valdría la libertad de conciencia si no se la pudiera hacer valer en el momento en que ella es vulnerada²⁹.

Consiste en el rechazo de un individuo a realizar una conducta que le sería jurídicamente exigible (en virtud de una norma o de un mandato jurisdiccional o administrativo) por motivos de conciencia, es decir, guiado por la voz de su conciencia, juzgando críticamente las posibilidades de su obrar y confrontando cada una de ellas con la verdad de la cual está convencido.

Como bien se ha dicho, recordando los ejemplos de Sócrates, Antígona y Tomás Moro, “violentar la conciencia es la peor afrenta que puede inferirse a un ser humano, ya que allí radica lo más esencial de su ser. No están en juego valores de enorme importancia, tales como la libertad física, la propiedad o aún la vida, sino algo aún más esencial: la libertad de ser lo que cada uno piensa que está llamado a ser. Sin eso, se estará encarcelado aún libre, se estará despojado aún rico, se estará muerto aún vivo”³⁰.

III. PILARES DEL ESTADO DE DERECHO

1. SUPUESTOS BÁSICOS

Antes de ahora, he insistido en que “dos son los cimientos en que se apoya el Estado de Derecho en cualquiera de sus etapas, aunque perfeccionán-

²⁹Rafael Navarro Valls y Javier Martínez Torron, “Conflictos entre conciencia y ley (Iustel, Madrid, 2012), 2ª edición revisada, 29 y ss.; Juan G. Navarro Floria, “El derecho a la objeción de conciencia” (Abaco, Buenos Aires, 2004); Carmen Asiain, “Veto a la limitación de la libertad de conciencia”, en A.A.V.V., “Veto al aborto” (U.M., Montevideo, 2012), 121 y ss.; Juvenal M. Javier, “Reflexiones sobre la objeción de conciencia e ideario en el Uruguay a partir las leyes N° 18.987 y 18.473”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2013), N° 43, 33 y ss.; Bruno Berchesi, “Objeción de conciencia. ¿Sabemos qué significa?”, en *Rev. Jurídica La Ley Uruguay* (Montevideo, 2010), Año III, N° 3, 446 y ss.; y Marta Hanna, “Recepción jurisprudencial de la objeción de conciencia”, en *Rev. de Derecho*. Publicación arbitrada de la Universidad Católica de Uruguay (Montevideo, 2015), N° 12, 217 y ss.

³⁰Alberto M. Sánchez, “La objeción de conciencia en el agente estatal”, en Víctor Hernández Mendible, “Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela” (Paredes, Caracas, 2009), tomo I, 283 y ss.

dose en cada una de ellas: el principio de juridicidad y la procura del bien común”³¹.

Según la clásica noción difundida por Alberto Ramón Real, el Estado de Derecho es “aquel que en sus relaciones con sus súbditos y para garantía de los derechos de estos, se somete él mismo a un régimen de Derecho y está sujeto en su acción a reglas que, primero, determinan los derechos que se reservan los ciudadanos (los habitantes en general) y segundo, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado”, de modo que el Estado de Derecho supone, esencialmente, la finalidad estatal tutelar de los derechos humanos, es decir, el personalismo democrático republicano, por lo cual es inconciliable con el transpersonalismo, que implica su negación³².

Por ende, son rasgos capitales del Estado de Derecho en sentido material o técnico el reconocimiento constitucional de la personalidad humana y su libertad como valores de principio, la afirmación de que los órganos del Estado solo tienen poderes expresos y limitados, y un régimen de garantías para prevenir y reprimir todo desborde de autoridad, concebida como gestora servicial del bien común³³.

Como se ha señalado con magistral acierto, la categorización del Estado de Derecho radica, antes que en la sujeción formal, en la concreción de valores propios, cuya realización es fuente de legitimidad de su existencia y fin de su obrar, de modo que la exclusiva caracterización del Estado de Derecho por su subordinación al orden jurídico formal, es insuficiente. Por imperativo de su naturaleza instrumental, de su ser para fines, debe articular las esferas jurídicas de la persona humana, las comunidades menores, y la suya propia³⁴.

Si ello es así con carácter general, mucho más debe serlo en el momento actual de la evolución del Estado de Derecho³⁵, signado por el adveni-

³¹Carlos E. Delpiazzo, “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, 38.

³²Alberto Ramón Real, “El Estado de Derecho”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture* (Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957), 585 y ss.

³³Carlos E. Delpiazzo, “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, 32.

³⁴Mariano R. Brito, “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, en *Rev. Ius Publicum* (Santiago de Chile, 2001), N° 6, 63 y ss.; “Planificación y libertad en el Estado social de Derecho”, en *Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos* (Montevideo, 1977), Año I, N° 1, 31 y ss.; y “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, en *Rev. La Justicia Uruguaya*, tomo 90, sección Doctrina, 11 y ss.

³⁵Carlos E. Delpiazzo, “Transformaciones del Derecho Administrativo”, en Víctor Hernández Mendible (Coordinador), *Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello* (Ediciones Paredes, Caracas, 2007), tomo 1, 417 y ss.; “Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”, en *Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública* (Buenos Aires, 2007), Año XXIX, N° 348, 243 y ss.; “¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo?”, en Carlos Mario Molina y

miento del Estado constitucional de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana y en el que la limitación del poder se manifiesta en clave de garantía de todos los derechos fundamentales.

De este modo, el Estado constitucional de Derecho expresa una fórmula cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales³⁶, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana, de la que derivan todos sus derechos y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos³⁷.

2. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

Así caracterizado, el Estado de Derecho se singulariza no solo por su elemento sustantivo (el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales) sino también por la forma en que ese objetivo se alcanza: el sometimiento del Estado, y dentro de él de la Administración, a la ley, de donde deriva la individualización del principio de legalidad³⁸.

Sin embargo, en la medida que ese condicionamiento no es sinónimo de la ley en sentido formal sino más ampliamente de la pluralidad de fuentes que exhibe el Derecho contemporáneo, parece más apropiado, desde el punto de vista conceptual, hablar de *principio de juridicidad*, sustituyendo la denominación de “bloque de la legalidad” de que hablaba Maurice Hauriou por la más precisa referencia al “haz de la juridicidad”, tomando la expresión de Julio A. Prat³⁹.

Libardo Rodríguez (Coordinadores), *El Derecho Público en Iberoamérica* (Temis, Bogotá, 2010), tomo I, 373 y ss.; y “El Derecho Administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso”, en *Rev. de la Facultad de Derecho* (Montevideo, 2011), N° 30, 87 y ss.

³⁶Miguel Carbonell (Editor), “Teoría del neoconstitucionalismo” (Trotta, Madrid, 2007), 72 y 73; Miguel Carbonell (Editor), “Neoconstitucionalismo(s)” (Trotta, Madrid, 2005), 2ª edición, 49 y ss.; y Augusto Durán Martínez, “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo” (*La Ley Uruguay*, Montevideo, 2012), 3 y ss., y “En torno al neoconstitucionalismo”, en *Estudios Jurídicos* (UCUDAL, Montevideo, 2009), N° 7, 63 y ss.

³⁷Carlos E. Delpiazzo, “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, 36 y 37.

³⁸Carlos E. Delpiazzo, “Afirmación y evolución del principio de juridicidad. Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou”, en Andry Matilla, Jaime Orlando Santofimio y Héctor Santaella (Coordinadores), *Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013), 197 y ss.; y “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”, en *Rev. de la Facultad de Derecho* (Montevideo, 2012), N° 32, 143 y ss.

³⁹Julio A. Prat, “El significado del principio de legalidad en la Administración moderna”, en *Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos* (Montevideo, 1980), Año IV, N° 1, 78.

En el caso concreto del ordenamiento jurídico uruguayo, la expresión que de mejor modo refleja el principio de juridicidad es la de “*regla de Derecho*”, recogida en el art. 309 de la Constitución y comprensiva tanto de principios como de normas, cualquiera sea su rango, según lo explicita el art. 23, lit. a) del decreto ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 15.524 de 9 de enero de 1984, a cuyo tenor se considera tal “todo principio de Derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”⁴⁰.

En cuanto a su naturaleza, el de juridicidad es un principio general de Derecho que, al decir de Benoit Jeanneau⁴¹, se trata del “principio de los principios” ya que, como reza el acápite del art. 2° de nuestro reglamento de procedimiento administrativo aprobado por el Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991⁴², “La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho”⁴³. “Una sociedad que no lo reconozca o que, reconociéndolo, le agregue reservas o excepciones, no vive verdaderamente bajo un régimen de Estado de Derecho”⁴⁴ que verá gravemente deteriorada –cuando no conculcada– su debida calidad.

Siguiendo la pedagógica enseñanza de Eduardo Soto Kloss, “Si quiéramos tener una noción breve, de fácil retención y manejo, y al mismo tiempo exacta, de lo que es el principio de juridicidad, podría decirse que es la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar”⁴⁵.

En primer lugar, con la expresión *sujeción* se significa en su sentido más pleno e intenso la idea de sometimiento, de obediencia, de conformidad al Derecho, la que opera en términos de limitación (vinculación negativa) pero también no dejando espacios libres a la actuación de la Administración, que debe hacerlo siempre conforme a Derecho (vinculación positiva)⁴⁶.

⁴⁰Carlos E. Delpiazzo, “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en “Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Netbiblo, La Coruña, 2008), 607 y ss.; y en Mariano R. Brito, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Carlos E. Delpiazzo y Augusto Durán Martínez, “Los principios en el Derecho Administrativo uruguayo” (A.M.F., Montevideo, 2007), 47.

⁴¹Benoit Jeanneau, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative” (Sirey, París, 1954), 134.

⁴²Carlos E. Delpiazzo, “Texto Ordenado de Procedimiento Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2016), tercera edición actualizada y ampliada, 31.

⁴³Carlos E. Delpiazzo, “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa - UNAM, México, 2005), 7 y 178.

⁴⁴León Duguit, “Traité de Droit Constitutionnel” (París, 1930), tomo III, 732 y 733.

⁴⁵Eduardo Soto Kloss, “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo II, 24.

⁴⁶Carlos E. Delpiazzo, “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, 39.

En segundo lugar, al calificar la sujeción estatal al Derecho como *integral*, se quiere enfatizar que la misma no admite excepciones, de modo que no existe la posibilidad de que algún órgano del Estado pueda estar por fuera o por encima de la regla de Derecho.

En tercer lugar, al optar por la individualización del principio como de juridicidad y no tan solo de legalidad, ya se ha puesto de manifiesto que la sujeción debida es a la *regla de Derecho* en todas sus formas de expresión, abarcando tanto normas como principios.

En cuarto lugar, el sometimiento del Estado al Derecho alcanza a todos sus órganos tanto *en su ser* porque la existencia misma de ellos es creación del Derecho como *en su obrar* ya que toda su actuación, cualquiera sea la función que ejerzan, debe estar bajo la regla de Derecho.

3. PROCURA DEL BIEN COMÚN

En la medida que la razón de ser del Estado (y de la Administración en particular) radica en su servicialidad⁴⁷ a la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, material y espiritual, sustentada en la primacía que corresponde a su eminente dignidad⁴⁸, el principio de juridicidad se vincula íntimamente con la procura del bien común.

Como bien se ha dicho, “El bien común es el medio necesario para el pleno desarrollo de la persona humana en su triple dimensión individual, social y trascendente. No coincide por cierto con el bien del Estado ni con el de la Administración, pero ese bien del Estado y el de la Administración no pueden ser incompatibles con el bien común, puesto que a él están finalizados”⁴⁹.

Por bien común se entiende “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección”⁵⁰.

Por sus características, puede definírsele como *expansivo* (pues es el bien de todas las partes que integran el todo comunitario), *distributivo* (en tanto se realiza en la justicia distributiva, según se verá), *indeterminado* (ya que alcanza a todos los bienes de orden temporal susceptibles de satisfacer las necesidades de la comunidad), *subsidiario* (en la medida que

⁴⁷Carlos E. Delpiazzo, “Bien común, sociedad y Estado”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo* (Montevideo, 2012), Año XI N° 21, 81 y ss.

⁴⁸Carlos E. Delpiazzo, “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), 27 y ss.; José A. Cagnoni, “La primacía de la persona: el principio personalista”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 2003), N° 24, 135 y ss.; y Eduardo Soto Kloss, “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real* (F.C.U., Montevideo, 1996), 507 y ss.

⁴⁹Augusto Durán Martínez, “Estudios de Derecho Público” (Montevideo, 2008), volumen II, 266.

⁵⁰Constitución “Gaudium et Spes” del Concilio Vaticano II, N° 26, reiterada, entre otros documentos, en la Encíclica “Laudato Si’”, N° 156.

apunta a lo que los individuos y grupos intermedios no pueden satisfacer o alcanzar) y *solidario* (porque responde no solo a lo que a cada uno corresponde sino a lo que cada uno necesita)⁵¹.

En palabras de José Luis Meilán Gil, “el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo”⁵².

Es que el bien común “no es otra cosa que el propio bien de la persona humana, en su totalidad (material y espiritual), pero no un bien como los demás, particularizado y apropiable individualmente sino ese bien continente que se da precisamente en la sociedad y en virtud del cual nada menos que esta existe –razón de ser de la propia autoridad del gobernante– bien que permite ese conjunto de condiciones aptas para obtener la plena suficiencia de vida, en sociedad, y alcanzar el fin último del hombre, de acuerdo con su propia naturaleza humana... Y este bien común –causa final de la sociedad misma– no es ni el bien de la comunidad como tal, en cuanto singular, ni la suma de los bienes individuales, sino que tiene un objeto distinto propio, que es el bien del hombre pero en cuanto ser social”⁵³.

IV. COMPROMISO

Si el Estado de Derecho es, como toda obra humana, algo perfectible, es posible pensar que la calidad del Estado de Derecho mejorará si se consolidan los pilares que lo sustentan: la sujeción a la regla de Derecho y la procura del bien común.

Ello será posible en la medida de la reafirmación esencial de la dignidad de la persona y la servicialidad administrativa en el Estado constitucional de Derecho de nuestros días.

⁵¹Rodolfo Carlos Barra, “Tratado de Derecho Administrativo” (Abaco, Buenos Aires, 2002), tomo I, 75 y ss.

⁵²José Luis Meilán Gil, “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español”, en *Rev. de Direito Administrativo & Constitucional* (Belo Horizonte, 2010), Año 10, N° 40, 171 y ss.

⁵³Eduardo Soto Kloss, “La democracia, ¿para qué? Una visión finalista”, en A.A.V.V., “Crisis de la democracia (Universidad de Chile, Santiago, 1975), 18 y 19.

En cambio, se descuida la calidad del Estado de Derecho cuando no se respetan los derechos ni se cumplen los deberes⁵⁴, cuando da lo mismo hacer las cosas bien o mal o no hacerlas⁵⁵, cuando se generan reductos de irresponsabilidad⁵⁶, cuando los controles fallan, son insuficientes o se les retacea el necesario financiamiento⁵⁷, cuando los fallos de la Justicia no se cumplen a cabalidad⁵⁸, y siempre que el principio de juridicidad deje de ser el foco iluminador y la procura del bien común en aras de la dignidad humana el objetivo primordial del quehacer público del Estado y de sus agentes.

Cuando así se procede, olvidamos el claro camino que nos trazaron Alberto Ramón Real y Mariano R. Brito entre otros⁵⁹, con el cual nos debemos sentir comprometidos como juristas y, especialmente, como docentes de nuevas generaciones a las que debemos transmitir el rico legado recibido.

⁵⁴Carlos E. Delpiazzo, "Los deberes del administrado. A propósito de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública", en *El Derecho Administrativo en Iberoamérica, en homenaje al Prof. Mariano Brito* (Universidad Panamericana, México, 2015), tomo I, 387 y ss.; y "Reflexión sobre los deberes del administrado", en *Rev. de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, 2015), Nº 97, 121 y ss.

⁵⁵Carlos E. Delpiazzo, "Ética y Administración Pública" (La Ley Uruguay, Montevideo, 2017), 3 y ss.

⁵⁶Carlos E. Delpiazzo, "Interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el Estado constitucional de Derecho", en Jaime Rodríguez Arana y otros (Coordinadores), "La responsabilidad patrimonial de la Administración. XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo" (Universidad Panamericana, México, 2014), tomo 1, 189 y ss.; y "La lucha contra las inmunidades del poder y el principio de tutela jurisdiccional efectiva", en Allan Brewer Carías y otros (Coordinadores), "La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro en homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría" (Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Tirant Lo Blanch, Bogotá, Caracas, Valencia, 2014), 533 y ss.

⁵⁷Carlos E. Delpiazzo, "Desafíos actuales del Control" (F.C.U., Montevideo, 2001), especialmente 57 y ss. y 97 y ss.

⁵⁸Carlos E. Delpiazzo, "Universalización de la justiciabilidad administrativa", en "Estudios de Derecho Público en homenaje al Prof. Horacio Cassinelli Muñoz" (U.C.U., Montevideo, 2016), 81 y ss.

⁵⁹Carlos E. Delpiazzo, "Panorama del Derecho Administrativo uruguayo a través de sus protagonistas", en *El Derecho Administrativo en América Latina. Homenaje al Prof. Rolando Pantoja Bauzá* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2016), 401 y ss.

NOTAS ACERCA DE LOS DERECHOS DEL CONTRATISTA DEL ESTADO EN CHILE

José Luis Lara A. y Carolina Helfmann M.***

SUMARIO: 1. Régimen normativo chileno. 1.1. Configuración de regímenes especializados. 1.2. Bienes y servicios, obras públicas y áreas económicas. 2. Algunas consideraciones conceptuales sobre los contratos administrativos. 2.1. Concepto de contrato administrativo. 2.2. Clasificación de los contratos administrativos. 3. Prerrogativas de la administración y derechos del privado co-contratante. 3.1. El poder de modificación del contrato. 3.2. El poder de terminación del contrato. 3.3. Fundamentación de los actos administrativos. 4. Mecanismos de solución de controversias. 4.1. Regímenes especiales. 4.2. La Contraloría General de la República y los Tribunales Ordinarios de Justicia. 5. La excepción de contrato no cumplido (o *exceptio non adimpleti contractus*), una visión desde la Jurisprudencia. 5.1. La excepción de contrato no cumplido en la legislación chilena. 5.2. Jurisprudencia sobre la excepción de contrato no cumplido en materia de Derecho Público. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía citada.

1. RÉGIMEN NORMATIVO CHILENO

1.1. CONFIGURACIÓN DE REGÍMENES ESPECIALIZADOS

El desarrollo de la infraestructura de un país, la explotación sustentable de sus recursos naturales y el uso eficiente del gasto público, entre otros numerosos aspectos, son elementos fundamentales para el crecimiento de todo Estado. Para alcanzar los objetivos antes mencionados, resulta primordial no solo contar con un marco normativo claro y suficientemente acabado, sino que además con un estatuto normativo que contenga

*Director Académico y Profesor del curso Contratación Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Se desempeñó como abogado asociado del área regulatoria del Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner. Actualmente es asesor del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República de Chile, en materias de Derecho Administrativo y Potestad Reglamentaria.

**Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora del curso Contratación Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Asociada del Área Regulatoria del Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner. Los autores agradecen los comentarios y sugerencias formulados por don Jaime Irrazabal Covarrubias.

disposiciones que fomenten la iniciativa privada, aseguren la rentabilidad de la inversión y fortalezcan la posición del contratante privado frente al Estado. En dicho contexto, la intervención de la administración se puede manifestar de diversas formas, ya sea a través de la dictación de actos administrativos unilaterales, como ocurre por ejemplo a través del otorgamiento de un permiso o concesión para explotar una determinada actividad (concesiones marítimas, de acuicultura, de explotación de derechos de aprovechamiento de aguas, etc.), como también, a través de la celebración de actos bilaterales, como sería un contrato.

En Chile la contratación administrativa ha sido objeto de un tratamiento sistemático, especial y adecuado para cada área. De esta forma, no existe una norma de contratación administrativa de carácter general, sino más bien un conjunto de leyes y decretos que regulan esta materia aplicando un criterio de especificidad. De ahí, para conocer los mecanismos de contratación, los derechos de los contratantes, la forma de solución de las controversias, entre otros aspectos, es necesario acudir a cada uno de estos regímenes particulares.

1.2. BIENES Y SERVICIOS, OBRAS PÚBLICAS Y ÁREAS ECONÓMICAS

Es posible distinguir cuatro grandes áreas con normativa particular. Un primer grupo, es el relativo a la contratación de bienes y servicios por parte de la administración del Estado. Esta materia se encuentra regulada en la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (*Ley 19.886*), así como por su reglamento contenido en el decreto 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda.

Un segundo grupo es el relativo a obras. Podemos distinguir las obras públicas a las que se aplica la Ley 15.840, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas (DFL 850 de 1998 del Ministerio de Obras Públicas), que en su artículo 87 autoriza al Ministerio para ejecutar obras mediante el sistema de concesiones, así como el decreto con fuerza de Ley 164 de 1991 del mismo organismo (Ley de Concesiones de Obras Públicas) y el decreto supremo 956 de 1999 del Ministerio de Obras Públicas, que fija el Reglamento de Concesiones. Por otro lado, en materia municipal se aplica la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que establece que las municipalidades tienen la atribución de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido el subsuelo, existentes en su comuna. Los bienes pueden ser objeto de concesiones o permisos, siendo estos últimos esencialmente precarios, lo que significa que pueden ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización. Por su parte, las concesiones dan el derecho de uso preferente del bien otorgado en concesión.

De esta manera, cabe señalar que en Chile ha operado una especie de asociación público-privado, en virtud de la cual una empresa privada

puede construir, operar y financiar un proyecto de infraestructura y luego cobrar por su uso una tarifa (peaje) determinada. Esta modalidad ha tenido principalmente aplicación en materia de infraestructura pública, a través del mecanismo de la concesión de obra pública, principalmente enfocada a la construcción y operación de carreteras y otras rutas interurbanas. Sin embargo, normativamente no existen en Chile los contratos de colaboración entre el sector público y privado en los términos de los denominados *Public Private Partnerships* o PPP o *Colaboración Público Privada*¹, en los cuales se crea una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones.

Una tercera categoría serían las áreas económicas específicas, como por ejemplo, la industria portuaria. La Ley 19.542 que moderniza el sector portuario estatal, establece que las empresas portuarias podrán dar en arrendamiento u otorgar concesiones de sus bienes hasta por 30 años. De esta manera, operan una serie de empresas portuarias, las que pueden entregar en concesión la explotación de frentes de atraque a los particulares.

En cuarto lugar, existe también el régimen relativo a los contratos especiales de operación petrolera, consagrados en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República (CPR)², siendo estos aquellos contratos que el Estado celebra con un contratista (privado) para la explotación, exploración o beneficio de yacimientos de hidrocarburos. Este régimen, tiene la particularidad de que el cuerpo normativo³ que regula esta materia se encarga de señalar de manera expresa que el contrato no afecta el dominio del Estado sobre el yacimiento y que no constituyen concesiones, lo que implica que no otorgan ningún derecho sobre dichos yacimientos y tampoco conceden facultades de apropiación o aprovechamiento sobre los mismos.

¹Concepto que se encuentra referido en el *Libro Verde de la Comisión de la Naciones Europeas sobre La Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones*, así como en otras normas tales como Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada.

²Inciso décimo del artículo 19 N° 24: “La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional”.

³Decreto Ley 1.089 de 1975.

De acuerdo a lo anterior, la conceptualización del régimen jurídico de la contratación administrativa en Chile constituye una materia que requiere la revisión de un variado grupo de normas, en tanto no existen reglas generales, sino un conjunto de disposiciones en nuestro ordenamiento según la materia o área de que se trate. Situación diversa a lo que acontece en el caso del derecho privado con el Código Civil y por ello, los principios generales del derecho adquieren un rol importante, ya que permiten orientarse en este conjunto de normas.

Las presentes reflexiones no pretenden, en ningún caso, hacer una enumeración o sistematización de los contratos administrativos ni de las normas o principios a los que estos se subordinan, sino que simplemente intentan plantear cuál es la relación existente entre el privado (co-contratante) y el órgano público en el marco de una relación contractual. Para lo anterior haremos referencia a ciertas normas particulares e intentaremos enunciar ciertos parámetros de acción que tienen cabida en la relación privado-administrativo.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCEPTUALES SOBRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Pese a la inexistencia de una conceptualización legal del contrato administrativo en Chile, es posible advertir diversas definiciones relativas a este concepto. Sin embargo, dada la extensión del presente trabajo, solo se hará referencia a dos de estas.

Un primer concepto es aquel dado por el profesor don Enrique Silva Cimma, quien señala que es “[e]l acto jurídico bilateral celebrado entre la administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público y se somete a las reglas del derecho público”⁴.

Una segunda definición, es aquella aportada por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (CGR), la que ha manifestado en diversos dictámenes (29.401 de 1984, 12.254 de 1993, 46.532 de 2000) que este concepto “abarca los diversos tipos de contratos que celebren los entes de la administración, tanto en el ámbito de sus potestades exorbitantes como en el de su actuación en el plano de igualdad con los particulares”.

A partir de estas nociones, es posible colegir que el contrato administrativo puede definirse tanto desde una óptica amplia como también restringida. Así, a partir de la definición dada por la CGR, se desprenden dos tipos de contratos administrativos, que se diferencian en razón de las

⁴Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Hechos, Actos, Contratos y Bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, 174.

potestades con las que la administración actúa, pero sin pronunciarse respecto de las reglas a las que se someten. De esta manera, habría que distinguir entre aquellos contratos en los que la administración interviene en ejercicio de sus potestades exorbitantes, situándose en una condición jurídica de preeminencia respecto del particular co-contratante, frente a aquellos en que existe una simetría desde la perspectiva de los efectos del contrato. La distinción entre uno y otro régimen, debe realizarse tomando en consideración el interés público comprometido.

2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por otra parte, el Profesor Claudio Moraga KLenner, al clasificar los contratos administrativos, plantea los siguientes criterios de distinción: i) régimen jurídico aplicable; ii) objeto general que se contiene; iii) función que cumple el contrato; iv) connotación obligacional que emana del pacto; y v) si existe o no una comunidad de intereses a la que se deben sujetar todas las partes contratantes. Dentro de la primera de estas clasificaciones, el citado autor señala que “[e]s sabido que las actividades de la administración están sujetas preponderantemente a reglas e instituciones del derecho público –y es lo habitual–. Pero también es innegable que la administración pública es destinataria de normas de derecho privado. En otras palabras, el orden jurídico privado no es ajeno al orden estatal: es derecho del Estado y como tal expresión de su poder”⁵.

Un aspecto que no puede ser olvidado, es que la contratación administrativa, se vincula con la idea clásica del contrato propio del derecho romano, es decir, un intercambio (equilibrio) justo de prestaciones (bienes y servicios), y en este sentido las normas de derecho privado no le son ajenas. Tanto es así, que hoy un cuerpo normativo en Chile, la Ley 19.886 relativa a la contratación de bienes y servicios, establece en su artículo 1° que “[l]os contratos que celebre la administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de derecho público, y en defecto de aquellas, las normas del derecho privado”. Por lo tanto, y aunque sea solo en subsidio de normas especiales, se entiende –por disposición expresa de la ley– que las normas de derecho privado son plenamente aplicables a este tipo de contratos. Lo anterior, con la salvedad –aunque la Ley 19.886 no lo señale– de que se trate de una norma o principio que no se encuentre reñido con otra norma de carácter especial o que forme parte del ordenamiento de derecho público.

⁵Moraga, Claudio, *Contratación Administrativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, 52.

3. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHOS DEL PRIVADO CO-CONTRATANTE

La contratación pública se diferencia de la privada, principalmente en que una de las partes, la administración, tiene ciertas prerrogativas especiales en tanto órgano dotado de imperio cuyo análisis resulta muy relevante. Así, se puede distinguir el poder de dirección, fiscalización y control; el *ius variandi*; el poder sancionador y el poder de terminación del contrato⁶. Atendida la extensión de la presente exposición, nos limitaremos a revisar el denominado *ius variandi* y la facultad de poner término al contrato.

Por su parte, el contratista privado también tiene ciertos derechos, como el de cobrar el precio convenido; el derecho a ser indemnizado en caso de que la administración haga uso de la facultad de modificar el contrato o en caso de que este varíe por una causa ajena al interés público; y el derecho a suspender la ejecución del mismo. Este último se relaciona con la facultad de hacer uso de una institución que tradicionalmente se ha entendido como integrante exclusiva del derecho privado, como lo es la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), y que analizaremos más adelante en este trabajo.

3.1. EL PODER DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

“Dada la naturaleza del fin que persigue la administración de manera frecuente contrata con terceros, con particulares, sea individualmente, sea, en especial, constituidos en sociedades, empresas o consorcios, contratación realizada a obtener la satisfacción de determinadas y específicas necesidades públicas.

Dada la naturaleza del fin que persigue la administración (fin público/bien común) y dada su propia posición jurídica dentro del ordenamiento estatal (posición supraordenadora, atendida esa finalidad), el régimen jurídico de la contratación administrativa es un régimen de derecho público, pues que mira a la utilidad común”⁷.

Tal como señalamos al comienzo, no se aprecia en esta materia una norma general en nuestro ordenamiento. En materia de concesiones de obras públicas, existe una norma, introducida en la última reforma a la Ley de Concesiones de Obras Públicas⁸ que establece en su artículo 19 que el concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto de auto-ridad sobreviniente, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

⁶Moraga, *op. cit.*, 223.

⁷Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2009, 470.

⁸Ley 20.410, que modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas, publicada en el Diario Oficial de 20-I-2010. Los criterios referidos se encuentran en el artículo 19.

i) El acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación; ii) no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; iii) no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales; iv) que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate; y v) altere significativamente el régimen económico del contrato.

Agrega esta misma norma en su inciso tercero lo siguiente: “El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que este incurriere por tal concepto”. Agrega además que: “Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario podrá estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el quince por ciento del presupuesto oficial de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito con la sociedad concesionaria”.

Los contratos de suministro y prestación de servicios tienen causales comunes para su modificación y terminación, las que serán analizadas en el apartado siguiente.

3.2. *EL PODER DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO*

La facultad para finalizar un contrato no depende de un capricho de la administración, sino que debe encontrarse sustentada en el interés público. Lo anterior, queda graficado de manera muy clara de la normativa municipal que establece que la municipalidad podrá en cualquier tiempo ponerle término “cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público”⁹. El principal inconveniente de esta casual, reside en que es la propia autoridad la que se encuentra facultada para determinar cuándo hay un detrimento grave al uso común o cuáles son las razones de interés público que justifican poner término a un contrato, configurándose de esta manera un espacio para la discrecionalidad administrativa.

Las normas particulares sobre terminación se encuentran en cada uno de los cuerpos normativos respectivos.

La Ley 19.886 sobre contratos de suministro y prestación de servicios, por su parte, establece que dentro de las facultades de la administración

⁹Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, art. 36, inciso tercero.

se encuentran las siguientes: “Artículo 13: Los contratos administrativos podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: a) La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes; b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante; c) El estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato; d) por exigirlo el interés público o la seguridad nacional; e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes.

Las resoluciones o decreto que dispongan tales medidas deberán ser fundadas”.

Finalmente, se debe destacar que la enumeración de la Ley 19.886 es de aquellas denominadas de *numerus apertus*, lo que significa que no se encuentra limitada a lo allí establecido sino que se otorga libertad a la administración para que en las respectivas bases o en el contrato establezca otras causales de término anticipado.

De esta manera, el legislador respecto de los contratos de suministro de bienes y prestación de servicios, estableció causales comunes expresas para la modificación y terminación de los contratos, quedando la decisión en poder de la administración, pero siempre sujeta a la modificación del acto administrativo respectivo.

En lo que respecta a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, esta también contempla un artículo destinado a establecer las causales que ocasionan la extinción de la concesión¹⁰. Como es posible apreciar, ambas normas contienen disposiciones muy similares en cuanto a las causales que extinguen la relación jurídica.

En relación a estas causales, el cumplimiento del plazo y el mutuo acuerdo no ameritan mayores comentarios. En lo que respecta al incumplimiento grave de las obligaciones del contratante o concesionario, respectivamente, es menester señalar que en el caso de las compras públicas la ley no establece nada respecto a la declaración de incumplimiento grave, en cambio, en el caso de las concesiones de obras públicas, el legislador se preocupó de establecer que esta declaración deberá ser solicitada por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Arbitral basándose en una causal establecida en el contrato o en las bases de la licitación, y dedicando tres extensos artículos a regular la forma en

¹⁰Artículo 27°. La concesión se extinguirá por las siguientes causales: 1. Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere, 2. Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario. El Ministerio solo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan constituida a su favor la prenda establecida en el artículo 43 consintieren en alzarla o aceptaren previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada; 3. Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y 4. Las que se estipulen en las bases de licitación.

que se debe proceder con posterioridad a la declaración. Respecto de lo anterior, resulta destacable (y a modo de sanción) lo establecido en el artículo 28 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en el sentido de que una vez declarado el incumplimiento, la concesionaria y sus personas relacionadas no podrán postular a licitaciones ni participar en una nueva concesión, por un plazo de cinco años desde la declaración del incumplimiento grave. En cambio, tratándose de las compras públicas, no se aprecia una disposición en tal sentido, y en la práctica solo se utiliza como un criterio y/o factor de evaluación, lo que ha sido confirmado por la Contraloría General de la República¹¹.

Mención aparte merece la facultad de poner término a la relación contractual en atención al interés público. En el caso de las compras públicas, se establece en el mismo artículo que regula las causales que habilitan para modificar o poner término al contrato, en cambio, en el caso de las concesiones de obras públicas, el legislador dedicó un artículo completo a esta materia. Aspectos a destacar de esta última regulación son los siguientes: (a) Limita el uso de esta facultad a la etapa de construcción; (b) establece que procede, ya sea por un cambio de circunstancias que hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de necesidades públicas, y en caso de que fuera necesario el rediseño o complementación de las obras y que esto supere el 25% del presupuesto oficial de la obra; (c) para proceder a esta declaración es necesario contar con informe previo del Consejo de Concesiones; (d) la declaración se realiza por decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, el que además deberá contar con

¹¹Dictamen de Contraloría General de la República 60.032 de 2009: “Por su parte, el inciso primero del artículo 6° de la también precitada Ley 19.886, reitera lo expuesto en el citado artículo 17, al disponer que las bases de licitación deberán establecer 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, las cuales, en ningún caso podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes.

Como se advierte, la normativa reseñada, al indicar que los Órganos de la Administración del Estado pueden considerar en las bases de los procedimientos concursales a que convoquen, cualquier criterio objetivo de evaluación de las propuestas que sea necesario, a fin de determinar la oferta más ventajosa para los intereses del órgano contratante, hace procedente que las bases respectivas consideren el grado de cumplimiento y el comportamiento anterior de los proponentes, con la limitación de que no puede afectarse el principio de igualdad de los oferentes que rige a todo proceso licitatorio, lo que, tal como ha precisado este Organismo Contralor mediante los dictámenes N° 25.924, de 1992, y 32.746, de 2009, entre otros, se alcanza al establecer en las bases requisitos impersonales y de aplicación general, vinculantes de igual manera para todos los participantes.

Ahora bien, es pertinente anotar, en este punto, que los incumplimientos anteriores que pudiere presentar el proveedor con Carabineros de Chile, en caso de ser evaluados de acuerdo a los parámetros expuestos, no pueden hacerse extensivos a las personas jurídicas en que este sea socio, ni este puede verse afectado por los incumplimientos de las sociedades en que forme parte, como quiera que dichas personas jurídicas constituyen entidades distintas e independientes de las personas naturales que las componen, considerando que el ordenamiento jurídico que regula la materia no contempla normas en este sentido”.

la firma del Ministro de Hacienda; y (e) el concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente a la inversión, la que será calculada de acuerdo a la fórmula establecida en las bases de licitación. El monto de la indemnización será fijado de común acuerdo entre las partes y aprobado por el Ministerio de Hacienda. En caso de no haber acuerdo, se recurre al procedimiento de solución de controversias¹².

Cabe señalar que bajo el supuesto de la asimetría existente entre la administración y el particular, siempre se encuentra envuelta la posibilidad de poner término a un contrato fundamentándose en razones de interés público. En este caso, y en virtud de lo dispuesto en la CPR, específicamente en su artículo 19 N° 24, procedería –por la vía de la expropiación– el pago de una indemnización. En efecto, la norma en comento establece en su inciso tercero lo siguiente: “Nadie puede, en caso alguna, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.

De esta manera, la administración siempre podrá invocar la causal de interés o necesidad pública para poner término a un contrato pero retribuyendo al concesionario con la debida indemnización por el daño efectivamente causado. En caso de existir norma especial, se aplicará esta. De lo contrario, tendrá lugar la norma general y el particular si ha estimado que ha sido perjudicado, podrá reclamar de la legalidad del término del contrato, demandando los perjuicios correspondientes, los que en definitiva, serán estimados por el órgano jurisdiccional correspondiente.

3.3. FUNDAMENTACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Respecto al último aspecto mencionado por el artículo 13 relativo a que las resoluciones o decretos que dispongan la modificación o término anticipado de un contrato deben ser fundamentadas, es necesario destacar que la Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, contiene una norma de aplicación general en esta materia estableciendo en su artículo 41 inc. 4° que: “Las resoluciones contendrán la decisión, que

¹²Estos artículos (28 bis y 28 ter) fueron incorporados en la última modificación a la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Antes no se encontraba establecida la mencionada inhabilidad. Por su parte, la declaración era realizada por la Comisión Conciliadora y nada se establecía respecto a la indemnización.

será fundada". Lo anterior, dice relación con lo que la doctrina ha denominado la motivación del acto administrativo, considerando que tanto el objeto como el fin son los elementos básicos del acto administrativo, y que unidos al cumplimiento de cada uno de los aspectos del principio de juridicidad consagrado en el artículo 7° de la CPR (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal) permiten que un determinado acto administrativo produzca plenos efectos jurídicos.

Así, la doctrina nacional ha entendido por fundamentación: "La exposición formal y explícita de la justificación de la decisión. Es decir, la expresión formal de las atribuciones normativas que le permiten a un sujeto/órgano dictar un acto administrativo, de los antecedentes de hecho y de las razones que dan justificación lógica/racional de la decisión que se adopta, para satisfacer una determinada necesidad pública"¹³.

De esta manera, la fundamentación constituye un requisito de validez del acto administrativo, que no puede ser eludido por la administración, pues constituye un principio del derecho administrativo. En este sentido, la Contraloría General de la República ha sostenido en múltiples oportunidades, a través de su potestad dictaminante, que el principio de juridicidad, es un concepto amplio y moderno, que exige que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues, en tal caso, resultan arbitrarios¹⁴.

4. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

4.1. REGÍMENES ESPECIALES

Uno de los aspectos de mayor relevancia al celebrar un contrato es tener claridad respecto al mecanismo de solución de controversias existente en caso de surgir alguna disputa entre las partes.

Tal como señalamos al comienzo, no existe en Chile un único mecanismo para resolver controversias en caso de contratación administrativa¹⁵, sino que principalmente dos sistemas, especialmente creados para la necesidad de cada régimen de contratación.

Por lo anterior, y a objeto de no extendernos mayormente abordaremos principalmente los mecanismos establecidos a propósito de las obras públicas y para la contratación de bienes y servicios.

¹³Soto Kloss, *op. cit.* 352.

¹⁴Dictámenes 17.701 de 2008; 34.501 de 2007; y 69.157 de 2009, entre otros.

¹⁵Lo anterior, por cuanto no existen en nuestro sistema jurisdiccional tribunales contenciosos administrativos. La Constitución de 1980 mantuvo la referencia de la Constitución de 1925 relativa a los tribunales contencioso-administrativos, los que nunca fueron creados, siendo finalmente eliminados en el año 1989.

En el caso de la provisión de bienes y servicios, por medio de la Ley 19.886, se creó el Tribunal de la Contratación Pública (TCP), estableciéndose como un órgano jurisdiccional especial, independiente de la administración del Estado, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

En cuanto a su competencia, esta se encuentra determinada en los incisos primero y segundo del artículo 24 de la Ley 19.886¹⁶. De acuerdo a esta norma, la competencia del tribunal se encuentra definida por los siguientes elementos: (i) actos u omisiones arbitrarios o ilegales ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación; (ii) respecto de organismos públicos regidos por la ley; y (iii) el acto arbitrario o ilegal debe haber ocurrido entre la aprobación de las bases y su adjudicación. De este modo, se encuentran excluidos los convenios marco y los tratos directos de la competencia del TCP.

Desde el punto de vista temporal, se ha sostenido que “opera como tribunal contencioso administrativo de licitaciones de carácter precontractual, ya que conoce de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación entre la aprobación de las bases y la adjudicación”¹⁷. No obstante lo anterior, es menester mencionar que desde hace varios años se ha estado trabajando en un anteproyecto de reforma al TCP, cuyo principal propósito sería –justamente– ampliar la competencia de este órgano jurisdiccional, de manera de no limitarlo a ser un tribunal de la *pre-contratación*, sino que también dotarlo de competencia para conocer de la ejecución y cumplimiento de los contratos.

De la revisión de la historia de la Ley 19.886 es posible percatarse que en los orígenes de este proyecto no se contempló la creación del Tribunal, sino que las reclamaciones serían conocidas por la Dirección de Compras y Contratación Pública¹⁸, siendo el TCP incluido a través de una indicación sustitutiva contenida en el primer informe de la Comisión de Hacienda¹⁹.

¹⁶“El tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley. La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive”.

¹⁷Barra, Nancy y Celis, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, Santiago, Legal Publishing, 2008, 145.

¹⁸Organismo que cuenta entre sus funciones con las siguientes: asesorar a los organismos públicos en la planificación de sus procesos de compras y contrataciones; licitar bienes y servicios, de oficio o a petición de algún organismo, a través de la suscripción de convenios marco; promover la máxima competencia posible, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes; etc.

¹⁹Historia de la Ley 19.886 en <http://www.bcn.cl>.

En el caso de las obras públicas, el mecanismo de solución de controversias fue recientemente modificado. Con anterioridad a la reforma del año 2010, el artículo 36 de Ley de Concesiones de Obras Públicas establecía que cualquier controversia o reclamación que se produzca entre las partes con motivo de la interpretación o aplicación del contrato sería conocida por una “Comisión Conciliadora”²⁰. Esta Comisión, como primera actuación debía buscar el acuerdo entre las partes, y en caso de que este no se produjera en el plazo de 30 días el concesionario podía solicitar a la Comisión que se constituyera en Arbitral, o recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Si el concesionario no ejercía ese derecho, la resolución o acto impugnado quedaba firme. Una vez planteada la reclamación, y a solicitud del reclamante, la Comisión podía decretar la suspensión de la resolución o acto del Ministerio de Obras Públicas que haya sido objeto de la reclamación.

Por medio de la reforma en referencia, se sustituyó el artículo 36 estableciéndose que cualquier discrepancia de carácter técnica o económica se someterá a un “Panel Técnico”, también denominado *Dispute Board*²¹, a solicitud de cualquiera de las partes. Este Panel Técnico no ejerce jurisdicción de acuerdo a lo que señala expresamente la Ley 20.410, sino que se limita a otorgar una recomendación técnica a las partes la que no es vinculante y no obsta a la facultad del concesionario para accionar ante la Comisión Arbitral o ante la Corte de Apelaciones, quienes tendrán la recomendación como un antecedente. Así, este Panel Técnico se constituye en un órgano especializado que opera como una etapa precontenciosa.

Por otro lado, la referida Ley 20.410 agrega un artículo 36 bis, por medio del cual se consagra que cualquier controversia o reclamación que se produzca con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión será conocida por una Comisión Arbitral²² o por la Corte de Apelaciones de Santiago, estableciéndose como única limitación que las controversias relativas a los aspectos técnicos o económicos solo podrán ser llevados a conocimiento de los mencionados órganos en la medida

²⁰Integrada por un profesional universitario designado por el Ministro de Obras Públicas, un profesional universitario designado por el concesionario y un profesional universitario nombrado de común acuerdo entre las partes.

²¹De acuerdo a la Cámara de Comercio Internacional “[u]n Dispute Board (DB) generalmente se establece al inicio de un contrato para asistir de manera informal a las partes, si estas así lo desean, en relación a la solución de las desavenencias surgidas durante el transcurso del contrato, y para emitir recomendaciones o decisiones sobre las disputas alegadas por las partes”. En http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4528/langtype1034/index.html, revisado el 22-X-10.

²²Compuesta por tres profesionales universitarios, dos al menos abogados. Los integrantes son nombrados de común acuerdo por las partes a partir de dos nóminas de expertos, la primera de abogados y confeccionada por la Corte, y la segunda de profesionales designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Estas nóminas se renuevan parcialmente cada 5 años.

que previamente hayan sido puestos en conocimiento del Panel Técnico y cuenten con una recomendación del mismo. Los integrantes de esta Comisión Arbitral deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión, y son remunerados por el concesionario y por el Ministerio de Obras Públicas, en partes iguales.

Como se puede apreciar, la Ley 20.410 incorpora normas más detalladas que las anteriormente existentes. Así, establece que la Comisión en cuanto se designe y constituya deberá determinar ciertas normas procesales, tales como notificaciones, audiencias, etc. En relación a los plazos, la regla general para presentar reclamaciones es de dos años, salvo resoluciones del Ministerio de Obras en que el plazo será de un año, y que se vería disminuido a 120 días cuando se trate de resoluciones que impongan multas, plazo que se suspenderá por la interposición del recurso de reposición o jerárquico, hasta su resolución.

Existen ciertas similitudes con la anterior Comisión Conciliadora. A saber, la Comisión Arbitral puede llamar a conciliación de oficio o a solicitud de alguna parte, tiene facultades de árbitro arbitrador y aprecia la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Asimismo, la sentencia definitiva no es susceptible de recurso alguno. Respecto a la improcedencia de recurso alguno en contra de la sentencia definitiva de la Comisión Arbitral, esta disposición no fue objeto de control por parte del Tribunal Constitucional²³. Sin perjuicio de lo anterior, siempre será procedente acudir ante el órgano jurisdiccional correspondiente a través de la interposición de un recurso de queja y/o de una acción constitucional en caso de vulneración de una garantía constitucional.

A diferencia de lo que acontecía en el caso de la Comisión Conciliadora, en que ella misma podía decretar la suspensión sin tener que realizar otra gestión, ante la Comisión Arbitral se puede solicitar la suspensión, tramitándose esta con audiencia del Ministerio, debiendo concurrir motivos graves y calificados, y acompañando comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. La ley establece como única limitación que la Comisión Arbitral no podrá, autorizar o disponer la paralización de las obras o de la prestación del servicio por un plazo superior a sesenta días, salvo que exista acuerdo entre las partes.

En lo que respecta a la Comisión Arbitral, esta sufrió modificaciones sustanciales durante la tramitación de la ley, cuyo proyecto no contenía modificaciones tan profundas como las que finalmente se concretaron. Tanto es así, que originalmente el Panel Técnico no se encontraba contemplado²⁴.

De acuerdo a todo lo antes expuesto, es posible concluir que en Chile existen regímenes distintos de solución de controversias en materia de contratación administrativa, diferenciándose según se trate de contratación

²³Sentencia de fecha 26-XI-09. Rol 1.536-2009, <http://www.tribunalconstitucional.cl>.

²⁴Historia de la Ley 20.410 en <http://www.bcn.cl>.

de bienes y servicios o de concesiones de obra pública. Además, de las funciones que corresponden a la Contraloría General de la República y a los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Actualmente, y al igual como ha ocurrido en las últimas décadas, se ha cuestionado la coexistencia de estos regímenes, surgiendo voces que abogan y reviven la histórica discusión relativa a la necesidad de que existan tribunales contenciosos administrativos de competencia común en nuestro país, o en su defecto, como acontece en otros ordenamientos consagran derechamente el sometimiento de las cuestiones relativas a controversias contractuales del Estado a la justicia arbitral.

4.2. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA

La Contraloría General de la República (CGR) es un órgano superior de fiscalización de la administración del Estado, contemplado en la CPR. Ejerce labores de fiscalización de carácter jurídico, contable y financiero, debiendo siempre cautelar el principio de juridicidad/ legalidad, es decir, verificar que los órganos de la administración del Estado actúen dentro del ámbito de sus atribuciones y con sujeción a los procedimientos que la ley contempla. Asimismo, interpreta las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo, labor que se materializa en la emisión de informes jurídicos que son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización, y que se conocen como jurisprudencia administrativa.

El referido control de carácter jurídico se denomina toma de razón, y consiste en un proceso interno de la administración que produce efectos *extra administración*, por cuanto permite perfeccionar un acto administrativo. La toma de razón se encuentra consagrada en la Ley 10.336 Orgánica de la CGR, y las normas específicas sobre su procedencia se encuentran establecidas en la resolución 1.600 de 2008 de CGR²⁵.

²⁵Es importante destacar que en Chile, la Contraloría General de la República no solo actúa como tribunal de cuentas sino que también y por expreso mandato del constituyente ejerce el control de legalidad/juridicidad de los actos administrativos. Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro sistema la regla general va a ser la exención de la toma de razón, salvo respecto de aquellos casos que –por su naturaleza o entidad– se determine la sujeción a dicho trámite por parte de la propia entidad contralora. Las normas más pertinentes son las siguientes: 9.1.1 “*Contratos para la adquisición de bienes muebles y para la adquisición o suministro de bienes muebles, de créditos, instrumentos financieros y valores mobiliarios, por trato directo o licitación privada por un monto superior a 2.500 unidades tributarias mensuales.*”

“*Contratos para la adquisición de bienes inmuebles y para la adquisición o suministro de bienes muebles, de créditos, instrumentos financieros y valores mobiliarios por un monto superior a 5.000 unidades tributarias mensuales.*”. Lo anterior, es sin perjuicio de ciertas exenciones. 9.4.2 “*Ejecución de obras públicas o su contratación, incluida la reparación de inmuebles, por adjudicación directa o propuesta privada de un monto superior a 5.000 unidades tributarias mensuales.*”

En efecto, atendido el monto de la licitación, los contratos celebrados por la administración estarán o no afectados al trámite de toma de razón, siendo la regla general la exención. Dicha exención no es sinónimo de inmunidad de control, dada la existencia de mecanismos de control de reemplazo *a posteriori* que podrán tener lugar ya sea por iniciativa de la propia CGR en sus procesos de auditorías o bien por medio de denuncias formuladas por particulares.

Así, cabe destacar que resulta posible frente a vicios acaecidos con posterioridad a la adjudicación, instar una denuncia ante la CGR, aún cuando el acto administrativo que oficializa el contrato resultante se encuentre exento del trámite de toma de razón. Para ello, si bien no existe en la normativa particular de la Contraloría un plazo, en la práctica este viene dado por la consolidación de los efectos patrimoniales en el adjudicatario y en mayor medida por el cumplimiento del plazo para invalidar (2 años)²⁶, atribución que si bien no es ejercida de manera directa por Contraloría –conforme lo ha dispuesto su jurisprudencia ya que carece de potestad invalidatoria– limitándose a ordenar el ejercicio de ella al órgano emisor del respectivo acto²⁷.

Es el caso de las licitaciones cuyo contrato se encuentre afecto a toma de razón²⁸, a nuestro juicio y conforme lo ha entendido la jurisprudencia de la CGR, ello no es óbice para que terceros presenten aquellos antecedentes que estimen pertinentes, en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 de la CPR²⁹. Esta presentación de antecedentes deberá hacerse de manera formal y haciendo ver a la entidad superior de control la necesidad de no tomar razón de dicho acto³⁰.

Ejecución de obras públicas o su contratación, incluida la reparación de inmuebles, por propuesta pública, por un monto superior a 10.000 unidades tributarias mensuales’.

²⁶La Invalidación se encuentra consagrada en el artículo 53 inciso primero de la Ley 19.880, en los siguientes términos: “La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”.

²⁷Así ha señalado recientemente que “[e]n este sentido, esta Entidad Fiscalizadora, a través de los dictámenes 19.551 y 61.699, ambos de 2008, ha manifestado que la invalidación de un acto administrativo debe ser resuelta por la misma autoridad que dispuso la medida supuestamente irregular, a través de la emisión de un nuevo decreto o resolución que ordene dejar sin efecto el primitivamente dictado, siempre, por cierto, que la invalidación sea procedente y los vicios se encuentren fehacientemente acreditados”. Dictamen 41.891, de 2009. Por lo tanto, la CGR ha sido clara y concordante con lo señalado por la doctrina, respecto a que es el mismo órgano que dictó el acto, el que debe invalidarlo.

²⁸De acuerdo a la resolución 1.600, están afectados a toma de razón los convenios celebrados por trato directo o licitación privada cuyo monto exceda 2.500 UTM. En el caso de las licitaciones públicas, estarán afectados a toma de razón aquellos convenios cuyo monto exceda 5.000 UTM (Párrafo 2).

²⁹N° 14: “El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

³⁰*Vid.* dictamen 3.449 de 2006.

De esta manera, ya sea en el marco de una resolución, afecta o no a toma de razón, la Contraloría podría frente a vicios en el procedimiento licitatorio ordenar retrotraer la licitación a la fase de concurrencia del vicio (especialmente tratándose de aquellos contratos administrativos no afectos a la Ley 19.886), confirmar la legalidad del procedimiento o abstenerse de cursar el acto administrativo respectivo.

Mención aparte merecen los Tribunales Ordinarios de Justicia, que también tienen injerencia en la materia en cuestión. En efecto, las decisiones que emita el TCP son susceptibles de recurso de reclamación en el plazo de cinco días contados desde notificada la sentencia, el que será conocido por la Corte de Apelaciones. Por su parte, en materia de obras públicas las decisiones que emita la comisión arbitral no son susceptibles de recurso alguno.

Por otro lado, y como consideración general, es posible ejercer algunas acciones que se encuentran contempladas en la CPR. Así, puede solicitarse la Nulidad de Derecho Público, en caso de contravención al principio de legalidad³¹, o bien instar la interposición de una acción constitucional, como en la especie resultaría una acción de amparo económico (artículo 19 N° 21 de la CPR y artículo único de la Ley 18.971 que lo establece), o una acción de amparo general de los derechos o recurso de protección (artículo 20 de la CPR).

Especialmente relevante ha sido la acción de amparo económico³², cuyo bien jurídico protegido es el orden público económico, entendiendo por este el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla. Se trata de una acción eminentemente declarativa, es decir, cuyo objeto es declarar que se ha infringido lo dispuesto en el número 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental³³. Más aún considerando jurisprudencia judicial por medio de la cual, lamentablemente, se limita la facultad de la Corte de adoptar medidas concretas reafirmando su carácter declarativo.

³¹Establecido en el artículo 7° de la CPR que establece en su inciso 1° lo siguiente: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

Y agregando en su inciso 3° que “[t]odo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

³²La norma constitucional amparada por esta acción es el artículo 19 N° 21 que garantiza a todas las personas la libertad para emprender cualquier actividad económica e igualmente fija los límites al Estado Empresario.

³³El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Finalmente, en caso de querer demandar la indemnización por los perjuicios ocasionados por un contrato, la sede idónea serán los Tribunales Ordinarios de Justicia.

5. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO (O *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*), UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA

5.1. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

En el campo del derecho privado el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío de las obligaciones por una de las partes de un determinado contrato bilateral, permite al contratante diligente, esto es aquel que ha cumplido su obligación, ejercer la excepción de inejecución de contrato o de contrato no cumplido, en virtud de la cual si una de las partes en la relación contractual exige el cumplimiento de su crédito sin haber ejecutado (cumplido) su propia obligación, la contraparte puede negarse a cumplir oponiendo la excepción de inejecución de contrato.

Esta institución se encuentra consagrada en el artículo 1.552 del Código Civil, el que señala que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos”. A propósito de esta institución, el Profesor Abeliuk ha señalado que “[t]ambién puede ocurrir que la contraparte no haya cumplido su obligación; por ejemplo, el comprador no ha pagado el precio en tiempo oportuno; en tal caso el acreedor de esta obligación puede negarse a cumplir la suya; en el caso propuesto, el vendedor puede negarse a entregar la cosa vendida”³⁴. La aplicación de esta norma en materia de contratación administrativa pareciera ser aplicable, en tanto no existe regla jurídica alguna que haya dispuesto tal exclusión respecto de este tipo de contratos, y en tanto así parece confirmarlo la jurisprudencia.

Siguiendo con la distinción que hemos realizado, es menester señalar que en materia de contratación de bienes y servicios no cabe duda acerca de su aplicación, en tanto la Ley 19.886 señala que los contratos de suministro y de prestación de servicios, se regirán por normas de derecho público y, en subsidio, por normas del derecho privado.

³⁴Abeliuk, René, *Las Obligaciones*, t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, 5ª versión actualizada, 75.

5.2. JURISPRUDENCIA SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN MATERIA DE DERECHO PÚBLICO

Sin perjuicio de lo anterior, las normas de derecho privado no han sido frecuentemente reconocidas por el TCP. Así, en la sentencia dictada con fecha 19-XII-06 en la causa rol 28- 2005 seguida entre Bestpharma S.A. y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, en el considerando 15 se estableció, a propósito de lo que la doctrina ha denominado *excepción de contrato no cumplido*: “Que no admite discusión la consideración que el precepto antes mencionado pertenece exclusivamente al campo del derecho privado, no solo por encontrarse incluido en la codificación civil, que en nuestro ordenamiento conforma el derecho común, en la parte que regula los actos y contratos de esa naturaleza, sino también porque su propio ámbito de aplicación se encuentra restringido por la misma norma, pues de su tenor literal se infiere que reconoce tal posibilidad de oposición únicamente cuando se trata de obligaciones originadas en ‘los contratos bilaterales’. De manera que dicha excepción solo es posible oponerla dentro de la esfera de cumplimiento de obligaciones recíprocas, pertenecientes a una determinada especie de contrato”.

De lo anterior es posible concluir que el aludido tribunal niega la aplicación de esta excepción, por considerarla exclusiva del derecho privado, además de señalar que solo es aplicable a los contratos bilaterales, clasificación que no existiría en el derecho administrativo³⁵.

A propósito de la clasificación de los contratos en el derecho privado, se señala que una de las razones por las que interesa distinguir entre contratos unilaterales o bilaterales, es que la regla “la mora purga la mora” solo tiene cabida en los contratos bilaterales. “En ellos, ninguno de los contratantes puede exigir al otro su cumplimiento si, por su parte, no lo ha cumplido o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. De lo contrario, el demandado podría oponer a la demanda la excepción contemplada en ese artículo y que la doctrina denomina *non adimpleti contractus*”³⁶.

Por su parte, la jurisprudencia de la CGR ha tratado esta institución señalando que “en relación con lo anterior, corresponde puntualizar que la excepción de contrato no cumplido, prevista en el artículo 1.552 del

³⁵En efecto, la doctrina no distingue entre contratos administrativos bilaterales y unilaterales. Sin embargo, atendida la definición de los contratos bilaterales, dada por el artículo 1.439 del Código: “...[C]uando las partes contratantes se obligan recíprocamente”, es posible señalar que esta categoría sí resulta aplicable a los contratos administrativos, por cuanto resulta sencillo identificar aquellos contratos en que las partes –Estado y particular– contraen obligaciones recíprocas.

³⁶Alessandri, Arturo, *De Los Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 1ª ed., 21.

Código Civil, ha sido definida por la doctrina como aquella que corresponde al deudor en un contrato bilateral para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplirla". Agregando que "[a] respecto, cabe hacer presente que la reiterada jurisprudencia administrativa emanada de esta Entidad de Control, contenida en los dictámenes 30.390 de 1989, 30.885 de 1992, 31.822 de 1998, 42.992 de 2007 y 32.657 de 2008, ha señalado que todas las materias que dicen relación con la interpretación de disposiciones contractuales o el cumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato, constituyen por su propia naturaleza, controversias que revisten el carácter de litigiosas, cuyo conocimiento no le compete a este Órgano Contralor, conforme al citado artículo 6°, de la Ley 10.336". Añadiendo que "[a] mayor abundamiento, la aplicación de multas por parte de la administración del Estado deriva del conjunto de potestades con que esta ha sido dotada por el ordenamiento jurídico en el ámbito de los contratos administrativos, las que no son propias del ámbito contractual, de modo que a su respecto no se aplica el artículo 1.552 del Código Civil". A través del pronunciamiento anterior, lo que hace la CGR es negar la aplicación de este principio, escudándose en que la imposición de multas que pueden surgir de un contrato administrativo emana de las potestades con que actúa la administración, respecto de las cuales no sería posible aplicar una norma de derecho privado.

Lo anterior es una clara manifestación de un abuso del derecho³⁷, ya que existiendo incumplimiento o cumplimiento tardío, es plenamente aplicable la institución en referencia, sin importar que esta no se encuentre expresamente consagrada por el ordenamiento administrativo, ya que lo contrario importaría transgredir principios que trascienden a un ordenamiento en particular, como son la equidad y la buena fe, entre otros, y que como ha señalado el Tribunal Supremo Español, son "la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas"³⁸, el que no siempre se encuentra en normas de derecho público, lo que llevó a que el legislador casi innecesariamente estableciere que en subsidio de las normas de derecho público, se aplican normas de derecho privado³⁹.

³⁷En Rodríguez, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 41, el autor señala al respecto lo siguiente: "Esta doctrina, ya universalmente conocida, incluso recepcionada en el día de hoy por el derecho positivo, permite resolver una controversia o conflicto intersubjetivo, dejando de lado el mandato normativo expreso. Hay otros valores que se sitúan por encima de él y que se aplican preferentemente". Y agregando que "[p]or ahora, lo que interesa destacar es el hecho de que su reconocimiento importa introducir en el derecho una fórmula de solución que se aparta del mandato normativo positivo, haciendo prevalecer, por encima de él, otros mandatos o dando al derecho un sentido más próximo a sus fundamentos últimos, según se demostrará".

³⁸Sentencias de fecha 30-IV-88 y 16-V-90.

³⁹García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, Madrid, Civitas, 2004, 92.

Los Tribunales Ordinarios de Justicia, específicamente la Corte Suprema, también se han pronunciado sobre la aplicación de la excepción de contrato no cumplido consagrada en el Código Civil, en el caso de los contratos administrativos. A propósito de un recurso de protección interpuesto por una empresa prestadora del servicio de transportes de pasajeros en un aeropuerto, en contra de la sociedad concesionaria del recinto, la que puso término unilateralmente al contrato de subconcesión suscrito por ambas, señalando que el contrato en cuestión, tiene su fundamento en el convenio administrativo celebrado entre la sociedad concesionaria del aeropuerto y el Ministerio de Obras Públicas, por lo que sus obligaciones y los efectos que estas traen para los contratantes trascienden el límite del derecho civil y se adecuan también a principios del derecho administrativo. La recurrida fundamentó su decisión en el incumplimiento de la obligación de pago establecida en el contrato de prestación de servicios. De acuerdo a lo señalado por la Corte Suprema, fácil resulta concluir que la reacción de la recurrida no puede ser estimada como un acto ilegal o antijurídico, ni menos arbitrario, de justicia por su propia mano, que lesione el derecho con reconocimiento constitucional reclamado, sino que ella aparece como el resguardo legítimo, autorizado en la ley civil, que proviene, en primer término, de que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, de manera que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (artículo 1.545 Código Civil), en virtud de lo cual el deudor debe estar llano a cumplir en forma íntegra, efectiva y oportuna todas las obligaciones que el contrato le imponga, sean estas de su esencia, de su naturaleza o meramente accidentales (artículo 1.444 del Código Civil). Y en lo que nos interesa, señaló que al tratarse de un contrato bilateral, es lícito y legítimo rehusar el cumplimiento de su obligación si el otro contratante no cumple o no está llano a cumplir sus obligaciones, en la forma y tiempo debidos (artículo 1.552 del Código Civil)⁴⁰.

De esta manera, la Corte Suprema afirmó en este caso la aplicación de ciertas normas consagradas en el Código Civil, al tratarse de normas que tutelan legítimamente los intereses de las partes, citando el principio que hemos utilizado como ejemplo, cual es la excepción de contrato no cumplido, y reconociéndolo en definitiva como una institución que trasciende al derecho privado y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico en su totalidad.

Por otro lado, en lo que respecta a las obras públicas el decreto supremo 75 de 2004, que contiene el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, en su artículo 188 establece que: “[l]a Dirección queda facultada para suspender, en casos calificados por el Director General, la liquidación de un contrato, cuando un mismo contratista tuviese pendientes dos o más

⁴⁰*Eneauto Limitada con Concesión Aeropuerto de la Florida*, Rol 1-2000.

contratos cuyas obras estuviesen terminadas o en casos de liquidación anticipada, a fin de hacer posible la compensación de los saldos favorables y desfavorables que pudieren resultar en unos y otros respecto de los contratantes”.

Por otra parte, la jurisprudencia administrativa, a propósito de una presentación de la empresa constructora SICAL S.A.⁴¹ hizo aplicable la institución jurídica de la compensación. Lo anterior es muy interesante, ya que se trata de un caso en que se otorga reconocimiento a una institución que es propia y originaria del derecho civil como es la compensación, y cuyos fundamentos podrían ser asimilables a los de la excepción de contrato no cumplido, en el sentido de que ambas instituciones tienen por objeto proteger principios fundamentales como son la equidad y la buena fe, los cuales se verían quebrantados si tales instituciones no existieran. Por lo tanto, carece de todo sentido señalar que una institución es aplicable y la otra no, basándose en que una se encuentra reconocida expresamente y la otra no, sobre todo si se toma en consideración, que la Ley 19.886 es clara al señalar que se podrán aplicar normas y principios del derecho civil en defecto de las normas de derecho público.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es menester señalar que no toda institución que se presenta como de carácter general, será necesariamente aplicable, siendo imperativo distinguir en cada caso su aplicación. Así, el máximo tribunal chileno, ha distinguido realizando la referida diferenciación, y, negando en definitiva, la aplicación de la institución de la prescripción en casos en que se ha solicitado la declaración de nulidad de derecho público⁴². Lo anterior es concordante con que la nulidad de derecho público constituye una excepción en nuestro

⁴¹Dictamen 57.774 (2003). “Finalmente, sobre la compensación de los saldos desfavorables con otros contratos ejecutados por la recurrente, cabe consignar que el artículo 188 del reglamento ya citado faculta a la Dirección General de Obras Públicas para suspender en casos calificados por el Director General la liquidación de un contrato cuando un mismo empresario tenga pendiente dos o más contratos cuyas obras estén terminadas o en caso de liquidación anticipada, posibilitando la compensación de los saldos favorables y desfavorables que resulten en unos y otros, respecto de los contratantes”.

⁴²Gloria Molino Martínez con Fisco de Chile (1999). “Tercero: Que en el caso *sub lite* se trata de una acción de nulidad de derecho público, cuya existencia encuentra su fundamento máximo en el párrafo constitucional de las bases de la institucionalidad y cuyo asidero práctico se halla en el artículo 7° incisos segundo y tercero de la Constitución Política de la República. Estos preceptos consagran el principio de la separación de los Poderes del Estado y demás órganos constitucionales, de modo tal que ellos, para actuar válidamente, deben hacerlo previa investidura legal, dentro de la esfera de su competencia, recalando el inciso tercero del citado artículo 7°, como corolario obligado de lo anterior, que todo acto en contravención a esta disposición es nulo, originando las responsabilidades y sanciones que señale la ley. La doctrina en general ha considerado que esta nulidad, por las características que presenta y el modo como está concebida en el ordenamiento básico de la institucionalidad, opera de pleno derecho de modo que solicitada al tribunal, este, al asentar los elementos de hecho que representan una invasión de potestades, no tiene otra función que reafirmarla, constatando su existencia y siendo así, no puede aplicársele las normas generales de Derecho Privado sobre

ordenamiento jurídico, cuya consagración se encuentra en la CPR⁴³. Por el contrario, en aquellos casos en que se ha invocado por parte de un particular la aplicación de normas del Código Civil a efectos de obtener el resarcimiento de un daño causado por la administración, la Corte Suprema le ha reconocido plena aplicación a estas normas⁴⁴.

6. CONCLUSIONES

El legislador chileno optó por tratar la contratación administrativa en cuerpos normativos independientes, adoptando un criterio de especificidad. De esta manera, no existe un cuerpo normativo general y común acerca de la contratación administrativa, sin perjuicio del régimen garantístico general previsto en la CPR. Por ello, los sistemas de contratación, los derechos y obligaciones de cada parte, así como los sistemas de solución de controversias dependerán del régimen especial de que se trate. Lo anterior, permite contar con reglas específicas y adecuadas para cada sistema. La contrapartida de lo antes dicho es la mayor dificultad en la configuración de reglas generales.

De esta manera, es posible distinguir dos regímenes principales en materia de contratación administrativa. Por un lado, el sistema de concesiones de obras públicas que ha sido muy exitoso, por cuanto desde la dictación de la Ley de Concesiones de Obras Públicas se ha logrado la construcción de autopistas, carreteras y aeropuertos en un período de tiempo muy reducido, lo que fue posible gracias a contar con una normativa clara y precisa que regula los diversos aspectos de la asociación público-privada en cada una de las etapas del proyecto de concesión.

Por otro lado, en materia de contratación de bienes y servicios, a partir de una normativa clara se ha creado un sistema electrónico que otorga gran transparencia y seguridad a los privados que quieran contratar con la administración, y que a la vez le otorga a esta enormes beneficios económicos pues le permite adquirir bienes y servicios compatibilizando de

prescripción de las acciones. Por consiguiente, cabe llegar a la conclusión que esta nulidad es imprescriptible”.

⁴³Artículos 6° y 7°.

⁴⁴*Gloria Molino Martínez con Fisco de Chile* (1999). Octavo “Que esta manera, la sentencia impugnada, en esta parte, ha infringido la norma del artículo 1556 del Código Civil, que establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante..., pues si es un hecho no controvertido que bienes del causante de la actora a dominio del Estado en los años 1974 y 1975, parece evidente que ello, además del perjuicio consistente en haber hecho salir de dicho patrimonio tales sus bienes, también ha causado detrimentos al no haber podido gozarse y disponer de ellos por quien correspondía, por habérselo impedido el Estado, daño que debe también ser indemnizado, de acuerdo con el citado artículo del Código Civil. Del mismo modo, infringe también la sentencia impugnada tal disposición, al no darse lugar al daño moral, pues ello contraviene el mandato que la indemnización, debe ser completa”.

la mejor manera posible la relación entre el precio y la calidad del bien y/o servicio ofrecido.

Así, más que la necesidad de contar con un único cuerpo normativo en materia de contratación administrativa, pareciera más adecuado disponer de reglas específicas y acabadamente descritas para cada área, que por un lado reconozcan el interés público subyacente en la contratación administrativa, y por otro otorguen garantías a los particulares que contraten con la administración. Este último aspecto, es primordial para el éxito de un determinado sistema de contratación en tanto no es posible que la administración se desligue de su posición de preeminencia frente al particular, ya que actúa en pos del bien común, lo que permite ejercer ciertas prerrogativas especiales que implican un quiebre en la simetría que generalmente está presente en los contratos regulados por el derecho privado.

En tal sentido, durante los últimos años, advertimos un vertiginoso esfuerzo regulador en Chile tendiente a otorgar mayor certeza a los potenciales co-contratantes privados. De esta manera en el año 2003 se dictó la Ley 19.886, cuyo reglamento fue modificado el año 2009, y en el año 2010 se modificó la Ley de Concesiones de Obras Públicas, con el objeto de fortalecer aspectos que habían mostrado ciertas deficiencias.

En lo que respecta a los derechos del contratista privado, es menester señalar que a pesar de que no existen reglas generales establecidas en un cuerpo normativo, este, cualquiera sea el régimen de contratación, tiene derecho al precio; a mantener el equilibrio financiero del contrato; a la compensación ante la posibilidad de la administración de alterar la ejecución del contrato por razones de interés público. Finalmente, es posible invocar la aplicación de ciertas instituciones que forman parte de nuestro ordenamiento y que encuentran su fundamento en principios que inspiran nuestro sistema jurídico. Así, se puede recurrir a la teoría de la imprevisión que habilita al privado para obtener una compensación si existen variaciones en la ejecución del contrato, y a la excepción de contrato no cumplido en caso de incumplimiento por parte de la administración, entre otras.

En suma, estimamos que las características que presenta el desarrollo de la regulación en materia de contratación administrativa en Chile, han sido un factor relevante en la implementación de diversos proyectos de infraestructura que han derivado en la captación de enormes volúmenes de inversión, motivados en la claridad de los derechos y garantías que el régimen particular y específico imperante aseguran al contratista del Estado.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abeliuk, René, *Las Obligaciones*, t. 1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, 5a versión actualizada.

- Alessandri, Arturo, *De Los Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 1a ed.
- Barra, Nancy y Celis, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, Santiago, Legal Publishing, 2008.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogota, Temis, 1987.
- Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, Madrid, Civitas, 2004.
- Moraga, Claudio, *Contratación Administrativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Rodríguez, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Hechos, Actos, Contratos y Bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2009.

PRINCIPALES NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República.
- Ley 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial, 30-VII-03.
- Ley de Concesiones de Obras Públicas, contenida en el decreto con fuerza de ley 164. Diario Oficial, 18-XII-96.
- Ley 10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República. Diario Oficial, 10-VII-64.
- Resolución 1.600 de 2008 de la Contraloría General de la República. Fija Normas sobre Exención de Trámites de Razón. Diario Oficial, 06-XI-08.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE NULIDAD Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

*Gustavo Delgado Bravo**

SUMARIO: Introducción. I. La presunción de legalidad de los Actos Administrativos. II. Efectos de la presunción de la legalidad de los Actos Administrativos en el procedimiento contencioso-administrativo. Conclusiones. Abreviaturas. Bibliografía citada.

INTRODUCCIÓN

En nuestro Derecho, son pocos los trabajos que han estudiado la presunción de legalidad de los actos administrativos en sus aspectos procesales¹. La explicación podría hallarse, tal vez, en la inexistencia de tribunales y de procedimientos contencioso-administrativos generales².

Cualquiera sea la razón, estos aspectos son de particular importancia para la defensa de los derechos de las personas en tribunales, por lo que su estudio merece un mayor desarrollo.

Esto nos ha animado a revisar los alcances que se suele dar a la presunción de legalidad en nuestro Derecho, buscando encontrar definiciones más claras sobre su naturaleza y sus efectos en el procedimiento contencioso-administrativo general. Particularmente, quisiéramos responder

*Abogado. Profesor de Clínica Jurídica en Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: gdelgadob@uc.cl

¹Entre nosotros, se refieren especialmente a la presunción de legalidad de los actos administrativos los siguientes artículos: Aguerrea Mella 2003, Aróstica Maldonado 1991, Bermúdez Soto 2010, Bocksang Hola 2011, Cordero Vega 2007, Delgado Lara 2018, Ferrada Bórquez 2007, Hunter Ampuero 2016, Riveros de Gatica 2006, Soto Kloss 2003, Soto Kloss 2010, Soto Kloss 2013, Soto Kloss 2017 y Venegas Palacios 2012. Entre estos, se refieren especialmente a los aspectos procesales de la institución: Bocksang Hola 2011, Ferrada Bórquez 2007 y Hunter Ampuero 2016. La única monografía (libro) chilena referida exclusivamente a la presunción de legalidad de los actos administrativos, se encuentra en Barriga Alarcón 2018.

²*Vid.* Vergara Blanco 2014.

dos preguntas: ¿es la presunción de legalidad de los actos administrativos, verdaderamente, una presunción?, y ¿se ve alterada la carga probatoria en el contencioso-administrativo general, por su virtud?

Con ese propósito, en primer lugar, examinaremos las fuentes de la institución (en Chile, la ley y la jurisprudencia contralora) y revisaremos cómo han sido interpretadas y criticadas por la doctrina nacional y comparada, y por nuestros tribunales. En segundo lugar, revisaremos –muy someramente– las principales características del procedimiento contencioso-administrativo general en materia probatoria, para determinar si es que la presunción de legalidad de los actos administrativos tiene algún efecto en ella.

I. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *Fuentes.* El inciso primero del artículo 3° de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos establece que “las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.”³ El inciso segundo de la misma norma dispone que “[p]ara efectos de esta ley, se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”⁴. En cuanto a las características de los actos administrativos, el inciso final del artículo 3° de la LBPA establece que “[l]os actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”⁵.

El señalado inciso fue incluido en el proyecto de ley de Bases de los Procedimientos Administrativos por una indicación del senador Andrés Zaldívar. Su agregación fue aprobada por la Comisión de Gobierno, entendiendo que el principio ya tenía reconocimiento en nuestro Derecho: “Si bien los principios mencionados en el precepto propuesto están reconocidos en el ordenamiento jurídico chileno, la Comisión estimó oportuno reafirmarlos en este cuerpo legal y, en consecuencia, aprobó esta indicación pero, como se dijo en su oportunidad, incluyó su texto como inciso

³Ley N° 19.880, de 2003.

⁴*Idem.*

⁵*Idem.*

final del artículo 3º que se refiere al concepto del acto administrativo y las diversas formas que éste adopta”⁶.

Y es que, antes de la LBPA, la presunción de legalidad de los actos administrativos ya había sido reconocida en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República. Como explica el profesor Soto Kloss, “[p]or su Dictamen N° 1.589, de 1957, declaraba el órgano contralor que un ‘decreto supremo’(esto es, una decisión emitida por el Presidente de la República), una vez que ha sido tomado razón por la Contraloría se ha establecido a su respecto una verdadera ‘presunción de legalidad’, no siendo lícito a los *funcionarios públicos integrantes de la Administración* excusarse de cumplirlos a pretexto de una supuesta ilegalidad del mismo, aunque añadía –rara compatibilidad, es cierto– que ello no constituía un impedimento para dichos funcionarios de su obligación (estatutaria) de ‘representar’ su ilegalidad a la autoridad jerárquica en la forma legal (nótese la frase cursiva que hemos destacado: esa presunción solo se refiere a dichos funcionarios)”⁷.

2. *Concepto, naturaleza y efectos según la doctrina y la jurisprudencia nacional.* Según Luis Cordero Vega, el artículo 3º de la LBPA determina que “los actos administrativos obligan ‘a su cumplimiento mediante acción de oficio o de ejecución forzosa, [...] ya que el cumplimiento de la función administrativa, a través de sus actos, constituye el ejercicio de la soberanía conferido a los órganos estatales, obligando por ello a todos’. Por esta razón, una vez que un acto ha sido totalmente tramitado, ‘no cabe discutir a su respecto sobre la posibilidad de acatar el mandato en que consiste o que contiene en su parte dispositiva, puesto que es obligatorio para los sujetos jurídicos en quienes incide, sino que, por su ejecutoriedad, el único papel que cuadra a los obligados es el darle cumplimiento en la forma que señale’”.⁸ En esto consiste, fundamentalmente, la presunción de legalidad de los actos administrativos. En un sentido semejante se pronuncia la mayoría de los autores chilenos⁹.

En Chile, la doctrina habitualmente¹⁰ encuentra el fundamento de la presunción de legalidad en la necesidad de una actividad administrativa eficaz¹¹. Como ha establecido el Tribunal Constitucional, “[l]a vigencia

⁶Biblioteca del Congreso Nacional de Chile 2018, 138.

⁷Soto Kloss 2013, 240-241.

⁸Cordero Vega 2015, 276.

⁹*Vid.*, por ejemplo, Aylwin Azócar 1958, 96; Caldera Delgado 1981, 54; Ferrada Bórquez 2007, 81; y Bermúdez Soto 2014, 158.

¹⁰Gabriel Celis sostiene que la presunción de legalidad se funda en la doctrina de la “deferencia razonada” o de “interpretación conforme” con la Constitución de todas las normas infraconstitucionales (inclusive los actos administrativos). Celis Danzinger 2011, 343-345.

¹¹*Vid.*, por ejemplo, Gómez Rodríguez 1966, 179-180; Hunter Ampuero 2016, 218; Barriga Alarcón 2018, 193 ss.

misma de un Estado de Derecho se haría francamente dificultosa si no se partiera de este supuesto y los actos de la Administración no tuvieran valor hasta tanto no fueran impugnados y validados en sede judicial o por la vía de otros mecanismos de control”¹².

En distintos grados y modos, varios autores nacionales¹³ se han opuesto a la aplicación de una presunción de legalidad de los actos administrativos en Chile, postura que, en algunos casos, tuvo reconocimiento jurisprudencial¹⁴. Refiriéndose a los vicios de constitucionalidad de fondo de que adolecería la LBPA, el profesor Soto Kloss –principal crítico de la presunción de legalidad de los actos administrativos– sostiene¹⁵: “Una primera contradicción con la Constitución se advierte al pretender establecer esta ley una *presunción de legalidad de los actos administrativos*: ni la ley ‘se presume’ conforme a la Constitución, según la Constitución, ni las resoluciones judiciales poseen, según la Constitución, una tal presunción de constitucionalidad o legalidad. Es que ello significa un *privilegio* que pugna y choca con la prohibición de ‘persona’ privilegiada que consagra el inciso 1° del artículo 19 N° 2, y de ‘diferencia arbitraria’, de su inciso 2°. Ha de advertirse que el texto tan claro del art. 7° de la Constitución tampoco da pie para sostener tal privilegio que se pretende que tendría la Administración, ya que sus actos serán válidos *solo, única y exclusivamente*, en la medida que se hayan adecuado a las exigencias del art. 7° incs. 1° y 2°, y a lo dispuesto en el art. 6° inc. 1° (normas dictadas en conformidad a la Constitución); de ello no se desprende presunción alguna para estimar válido todo acto de dicha Administración. Tal presunción no pasa de ser una pura invención de ideología estatista, incompatible con el art. 1° incs. 1° y 4° de la Constitución, y una simple reminiscencia del

¹²Sentencia TC Rol N° 1345 (2009).

¹³Vid. Aróstica Maldonado 1991, Soto Kloss 2003, Soto Kloss 2010, Soto Kloss 2013, Riveros de Gatica 2006.

¹⁴Vid. Aróstica Maldonado 1989.

¹⁵En su trabajo más reciente referido a esta materia, plantea su crítica así: “La Constitución, en su artículo 7° (en relación con su art. 6°), establece que los actos de los órganos del Estado son válidos “única y exclusivamente” en la medida que se conforman, se someten, se adecuan, con la Constitución; de no ser así, es decir, si la violan, son nulos/inexistentes, nulidad/inexistencia que se produce en el mismo instante en que se incurre en el vicio que viola la Constitución. De allí que, en una actitud ‘autodepurativa’ y ‘autosuficiente’, sea la propia Constitución la que impide que tal decisión que la vulnera *entre* al ordenamiento, como un acto administrativo en este caso, y de ser aplicado por la Administración, ella actúa sobre la base de una ‘vía de hecho’ (que no de un acto jurídico), a través de una autotutela ejecutiva ilícita, carente de todo sustento en el Derecho, ejecución que si produce daño origina *ipso iure* la responsabilidad del Estado (arts. 6° inc. 3°, 7° inc. 3° y 38 inc. 2°). Por ello, de acuerdo con este claro planteamiento constitucional *no hay nada que presumir*, ya que dichos actos son válidos no por ser dictados, emitidos o producidos por la autoridad estatal –administrativa en nuestro tema– y tomados razón por la Contraloría General (como si la tal autoridad estatal hubiera sido dotada de impecabilidad e inerrancia), sino son válidos solamente si se han adecuado a la Constitución (arts. 6°, incisos 1° y 2°, y 7°, incisos 1° y 2°)”. Soto Kloss 2013, 252-253.

absolutismo monárquico, enteramente anacrónico hoy en un Estado que se pretende de Derecho. A menos que tal presunción se entienda en su exacto sentido, rigiendo sólo dentro de la Administración, para evitar el deber de los funcionarios de ‘representar’ las órdenes que estimen ilegales (Estatuto Administrativo, artículos 55 letra f), y 56). Claro es, sin embargo, que si se plantea tal presunción de legalidad de los actos administrativos, ¿cómo se entiende que la misma Administración (artículo 53) pueda invalidarlos por ilegales?”¹⁶.

3. *Concepto, naturaleza y efectos según la doctrina comparada.* Es importante advertir que, en el Derecho Comparado (y particularmente en España), la presunción de legalidad de los actos administrativos también recibe el nombre de “autotutela declarativa” de la Administración, entendida como una vertiente de la prerrogativa de la “ejecutividad” de los actos de la Administración¹⁷. Normativamente, la presunción de legalidad de los actos administrativos en España está prevista en el número 1 del artículo 39 de la ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (que, antes, fue el número 1 del artículo 57 de la ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común): “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

La “autotutela declarativa” no difiere, esencialmente, de aquello que la mayoría de la doctrina chilena entiende por “presunción de legalidad de los actos administrativos”: “Todos los actos administrativos, salvo aquéllos a que expresamente la Ley se lo niegue, son ejecutorios; esto es, obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad. [...] Por ello se dice que la decisión administrativa («decisión ejecutoria» en la terminología francesa) se beneficia de una «presunción de legalidad» que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa. Previamente a cualquier verificación por el juez (la cual queda desplazada a una eventual intervención *a posteriori* en el posible proceso impugnatorio que contra el acto puede montarse), la decisión de la Administración vincula a la obediencia”¹⁸. Explicaciones semejantes se encuentran en otros autores extranjeros¹⁹.

¹⁶Soto Kloss 2003, 99.

¹⁷Astray Suárez-Ferrín 2015, 249.

¹⁸García de Enterría y Fernández 2017, 559-560.

¹⁹*Vid.* Astray Suárez-Ferrín 2015, 249 y Bermejo Vera 2008, 270.

Naturalmente, los críticos de la aplicación de la “presunción de legalidad” en Chile tampoco admiten la existencia de una “autotutela declarativa” (ni ejecutiva) general de los actos administrativos²⁰.

II. EFECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. *El contencioso-administrativo en Chile.* Como es sabido, en Chile no existe “un” procedimiento contencioso-administrativo: nuestro sistema de control jurisdiccional de la Administración es lo que el profesor Alejandro Vergara llama un “modelo pluriforme”²¹, basado en una diversidad de acciones y procedimientos. Por esto, nuestro trabajo se basa en el análisis de las reglas aplicables a lo que más se acerca a un procedimiento contencioso-administrativo “ordinario” o “de aplicación general”: el procedimiento del juicio ordinario de mayor cuantía del Libro II del CPC, bajo cuyas reglas se tramitan la acción de nulidad de derecho público y la acción general de responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. *La prueba en el contencioso-administrativo ordinario.* Como en casi cualquier otro juicio, la prueba en el contencioso-administrativo es, la mayoría de las veces, fundamental²². Ahora bien, según la doctrina, existen ciertas

²⁰Vid. Soto Kloss 2017 y Enteiche Rosales 2014. En palabras de Eduardo Soto Kloss: “Suele decirse e incluso afirmarse por texto de ley que los actos administrativos están dotados de ciertos principios como del llamado ‘presunción de legalidad’ y del denominado ‘ejecutoriedad’, entre otros. Que lo afirmen textos legales de otros países no nos incumbe pero sí nos incumbe comprobar que este último no es propiamente un ‘principio’ en nuestro derecho administrativo chileno, ni tampoco de suyo poseen esa ejecutoriedad. Nuestro sistema es diferente y por una razón sencilla, atendido que *nuestra Constitución privilegia la protección de los derechos de las personas frente al actuar de la Administración* y obliga a esta en su actividad a *respetar esos derechos* bajo el efecto de la *nulidad* de sus actos si los violare (arts. 1° inciso 4°, 5° inciso 2°, 6° y 7°). Para estudiar en forma rigurosa este punto [la aplicación de los actos administrativos] hemos sostenido desde hace más de 35 años que la posibilidad de aplicar un acto administrativo (que no sea de ‘ejecución instantánea’, como hemos dicho) depende de la ‘exigibilidad’ de los efectos que produce respecto de sus destinatarios. Es decir, no es problema de ejecutoriedad o ejecución de oficio (a la francesa) sino de exigibilidad de los efectos que produce un acto administrativo emitido conforme a Derecho, o sea que se adecue y se ajuste ‘a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad’ (art. 6° inciso 1°). Es así que debe distinguirse si las obligaciones que ha originado un acto administrativo –tanto para su autor como para su destinatario– son obligaciones de ‘dar’, de ‘de hacer’ o de ‘no hacer’ y, además, si se trata de exigir la prestación a *la Administración* (autora del acto administrativo) por parte del destinatario de un acto de ‘beneficio’ a su respecto, o bien se trata de exigir la Administración a un destinatario la prestación de un acto administrativo que le ha impuesto un gravamen o una sanción”. Soto Kloss 2017, 44.

²¹Vergara Blanco 2014, 278.

²²Bermejo Vera 2008, 437.

particularidades que definen el probatorio del contencioso-administrativo: se sostiene que la carga de la prueba no debe recaer necesariamente sobre alguna de las partes²³, ya que el juez ha de tener un rol inquisitivo en el juicio. Esto, ya que el procedimiento “está dirigido a determinar con fuerza de verdad legal la ilegalidad o la legalidad de un acto administrativo que se presume legítimo y que se pretende ilegítimo”²⁴. En cuanto a los medios de prueba, en general, son los mismos disponibles en los procedimientos civiles²⁵.

3. *La presunción de legalidad de los actos administrativos ¿es, propiamente, una presunción?* En doctrina, se dice que “[j]urídicamente, la presunción es el resultado de una operación lógica mediante la cual la ley o el juez, partiendo de un hecho conocido, deduce o infiere de él otro hecho desconocido”²⁶. Ahora bien ¿cumple la presunción de legalidad del art. 3º de la LBPA, con esa definición?

Frente a esta interrogante, nuestros autores se hallan divididos. Sostienen que la presunción de legalidad es efectivamente una presunción, entre otros, Aylwin Azócar (“se entiende que las autoridades obran dentro del marco de la ley”²⁷), Caldera (“del acatamiento a los trámites que regulan su gestación se infiere la legalidad del acto”²⁸), Ferrada (“[e]ste privilegio es una presunción *iuris tantum*”²⁹), Gómez (“es una presunción simplemente legal, ya que admite prueba en contrario, cuya oportunidad para rendirla es precisamente el proceso administrativo”³⁰) y Celis Danzinger (“opera bajo el alero del principio de la interpretación conforme a la Constitución [...], conforme a la cual los actos públicos gozan de una presunción de constitucionalidad relativa, de efectos *iuris tantum* o *iuris de iure*”³¹). Esta idea también se encuentra en autores extranjeros³². En contra, se cuentan Soto Kloss³³, Riveros de Gatica³⁴, Barriga Alarcón³⁵ y Valdivia³⁶.

Para ofrecer una respuesta propia, revisemos la construcción legal de la institución.

²³Gómez Rodríguez 1966, 177-178.

²⁴Gómez Rodríguez 1966, 172.

²⁵Vid. Reyes Poblete 2014, 377-468.

²⁶Riveros de Gatica 2006, 118.

²⁷Aylwin Azócar 1958, 96.

²⁸Caldera Delgado 1981, 48.

²⁹Ferrada Bórquez 2007, 81.

³⁰Gómez Rodríguez 1966, 172.

³¹Celis Danzinger 2011, 343-345.

³²Vid., por ejemplo, Bermejo Vera 2008, 437.

³³Soto Kloss 2013, 251.

³⁴Riveros de Gatica 2006, 120.

³⁵Barriga Alarcón 2018, 243.

³⁶Valdivia 2018, 202.

Como hemos visto, de acuerdo al artículo 3° de la LBPA, la presunción de legalidad se aplica a los “actos administrativos” desde su “vigencia”. A su vez, de acuerdo al artículo 51 de la LBPA, “[l]os decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación”. Por lo tanto, el supuesto de hecho que determina la aplicación de esta presunción en beneficio de determinado acto, es su comunicación.

Pues bien, si la “proposición base” de la presunción de legalidad del acto administrativo es que existe un acto administrativo vigente, y estamos ante una presunción legal, entonces la institución es inútil: quien alega la presunción debería probar la existencia de un “acto administrativo vigente”, para lograr que, como efecto de la presunción, se tenga por probado que existe un “acto administrativo vigente”. La presunción de legalidad del acto administrativo podría formularse en los términos siguientes: se presume que los actos administrativos válidos son actos administrativos válidos. Lógicamente, entendemos que el legislador no ha pretendido eso.

Lo que en verdad establece la ley es que *aquellos* –no decimos “acto administrativo”– que una Administración *considera* –alega en juicio– es un acto administrativo válido, y ha sido *comunicado* como tal, debe presumirse acto administrativo válido, salvo prueba en contrario. En este sentido, la presunción de legalidad convertirá a las “vías de hecho” comunicadas en actos administrativos obligatorios, mientras no se pruebe y declare que no han sido comunicadas o que son actos administrativos inválidos.

Con todo, esta “presunción” no descansa sobre ningún hecho que permita deducir la regularidad del acto administrativo: basta que el acto se haya comunicado para que se genere el efecto presuntivo del artículo 3° de la LBPA. Como señala Hunter, “[l]a Administración no tendrá que demostrar ningún hecho relevante para que esta opere [...]”³⁷. Por eso, si al contestar la demanda en un contencioso-administrativo, la Administración afirma que el acto administrativo impugnado cumplió con las exigencias legales del caso (indicando cómo), y prueba que lo publicó o notificó, entonces se presumirá que existe un acto válido (es decir, que el acto comunicado cumplió con los supuestos de hecho –adicionales a la comunicación– necesarios para que se considere válido), aun si el propio acto no se acompaña al expediente.

Evidentemente, que la Administración alegue la existencia y pruebe la comunicación de un acto administrativo, no son hechos “indicadores” de que este se adecue a Derecho. Como mucho, se puede confiar en que la Administración no comunicará la existencia de un acto administrativo sin que haya una materia sobre la cual pretenda aplicar esa calificación (un instrumento que la autoridad considere un acto administrativo escrito). Sin embargo, la sola existencia de ese objeto tampoco permite *inferir* la regularidad del mismo como acto administrativo.

³⁷Hunter Ampuero 2016, 223.

En este mismo sentido, si bien hay una correlación estadística entre actos comunicados (publicados o notificados) como actos administrativos y actos administrativos no invalidados (vigentes y eficaces), ella tampoco dice nada sobre la real adecuación a Derecho de los mismos. Esa correlación simplemente obedece a que la impugnación exitosa de un acto administrativo es la excepción al *statu quo*: para que se declare la “ilegalidad” de un acto administrativo comunicado, es necesario mover a la Administración o al Juez. Por eso, es bastante previsible que, en la mayoría de los casos, los “actos administrativos” no sean nunca declarados nulos, ilegales o inválidos.

En resumen, el mero hecho de que algo se comunique con el nombre de “acto administrativo”, no permite inferir, con lógica, una probabilidad de validez del acto. Como sostiene el profesor Soto Kloss: “Si la presunción se da cuando de algo conocido se nos lleva –por conjetura o probabilidad o indicios– a algo desconocido ¿qué es lo conocido aquí en el acto administrativo que nos lleva a algo desconocido y que, por tanto, se presume por indicios? Nada en verdad. *Completamente nada*”³⁸.

En este punto, aparece una diferencia entre la presunción de legalidad del artículo 3° de la LBPA y aquella presunción de origen contralor (además de la –más evidente– referida a los actos alcanzados por cada una): para operar, la primera solo depende de la comunicación (notificación o publicación) del acto; la segunda, en cambio, depende de la existencia de un documento con el timbre de “toma de razón” del Ente Contralor. Según la Contraloría General de la República, “la toma de razón, imprime al acto administrativo una presunción de legalidad, vale decir, el acto que ha sido totalmente tramitado, cumple con las exigencias del ordenamiento jurídico, lo que permite que sea ejecutado y deba ser acatado por las autoridades y los funcionarios o administrados a quienes afecten [...]”³⁹. Una disidencia del Tribunal Constitucional, del Ministro Juan Agustín Figueroa Yávar, reconoce este hecho: “[...] Contraloría tomó razón del decreto supremo requerido, lo que revela que lo estimó legal y constitucional, incluso en aquella parte que constataba la exención de toma de razón respecto de la resolución que aprobaba la comentada metodología. Es evidente el celo que pone dicha repartición en lo que son sus potestades, de manera que, el hecho de no haber reparado el acto, es demostrativo que dicha repartición no estimó que el decreto supremo cercenará sus facultades controladoras. Se debe ponderar también que la toma de razón le confiere al decreto supremo una sólida presunción de legitimidad, que sólo muy poderosas razones pueden desvirtuar”⁴⁰. De este modo, la presunción de legalidad creada por la jurisprudencia

³⁸Soto Kloss 2013, 248-251.

³⁹Dictamen N° 34.314 (2007).

⁴⁰Sentencia TC Rol N° 370 (2003).

contralora sí está fundada en un hecho que puede servir como indicador de –del cual se puede deducir– la regularidad de un acto (la existencia del timbre de la toma de razón prueba que el acto fue visado por un órgano especializado en la función controladora). Se trataba, por lo tanto, de una verdadera presunción.

Por todo esto, a nuestro juicio, la presunción de legalidad de los actos administrativos, en cuanto a su fundamento y operación, es más bien una ficción legal. Comparte esta opinión, entre nosotros, Hunter⁴¹. Con todo, nuestra conclusión no es aplicable a la presunción de legalidad del acto administrativo de otras legislaciones: esto se relaciona íntimamente con la configuración jurídica del sistema de inexistencia e ineficacia de los actos administrativos⁴² y es particularmente claro en el caso español (como explican García de Enterría y Fernández⁴³).

Si bien es cierto que la presunción de legalidad de los actos administrativos del artículo 3º de la LBPA fija como verdadero un hecho del mismo modo que lo haría una ficción legal (es decir, sin inferencia o deducción lógica⁴⁴), su operación y efectos son los propios del medio de prueba “presunción”.

⁴¹Hunter Ampuero 2016, 217.

⁴²García de Enterría y Fernández 2017, 664.

⁴³“El artículo 39 LPAC afirma al respecto que «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa». El precepto citado establece, pues, una presunción *iuris tantum* de validez, que permite al acto desplegar todos sus posibles efectos en tanto no se demuestre su invalidez y que traslada, en consecuencia, al particular la carga de impugnarlo, en la vía administrativa o contencioso-administrativa, según proceda, si quiere obtener su anulación y frenar su eficacia. Hay que advertir, sin embargo, que esta desvinculación entre validez y eficacia no es absoluta. Se trata, como hemos dicho, de una presunción *iuris tantum*, operante solamente en tanto no se demuestre y se declare en firme la invalidez del acto. Pero es que, además, para que la presunción legal de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la Ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que le presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. Así ocurre cuando tal autoridad es manifiestamente incompetente o cuando demuestra serlo al ordenar conductas imposibles o delictivas o al adoptar sus decisiones con total y absoluto olvido de los procedimientos legales. En tales supuestos, que examinaremos con detalle en su momento, se dice que el acto es absoluta y radicalmente nulo (nulidad de pleno derecho) y por ello insusceptible de producir efecto alguno. Este planteamiento ha sido ratificado por la vigente LPAC, cuyo artículo 117.2. b) autoriza a suspender los actos nulos de pleno derecho, excepcionando de ese modo la regla general de la eficacia inmediata. En la base de esta determinación legal está, pues, la idea de que la presunción de validez solo opera a partir de unas condiciones externas mínimas, que, por hipótesis, no reúnen los actos nulos de pleno derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna”. García de Enterría y Fernández 2017, 628-629.

⁴⁴Pascal García-Huidobro 2016, 299.

En efecto, si la presunción del artículo 3° de la LBPA fuera una ficción legal, no admitiría prueba en contrario. Y esto, evidentemente, no ocurre –ni sería aceptable–: si ese fuera el caso, nunca podría discutirse en juicio la legalidad de un acto administrativo.

La presunción del artículo 3° de la LBPA es una presunción de aquellas reguladas como medios de prueba en los artículos 47 y 1712 del CC y 426 y 427 del CPC. En particular –ya que admite prueba en contrario y está prevista en la ley–, se trata de una “presunción legal”.

Como hemos visto, el supuesto de hecho sobre el cual descansa la presunción de legalidad de los actos administrativos del artículo 3° de la LBPA, es la comunicación del acto. Por lo tanto, para que esta institución tenga efectos en un juicio, es necesario probar esa base fáctica (que lo calificado como acto administrativo ha sido publicado o notificado), siempre que ella sea controvertida. La prueba de esa base corresponde a quien alegue la presunción en su favor, según las reglas generales⁴⁵.

Establecida la existencia del supuesto de hecho que justifica la aplicación de la presunción de legalidad del artículo 3° de la LBPA, los efectos de la presunción pueden “destruirse” probando los hechos que fundan la alegación de ilegalidad del acto administrativo impugnado (sus vicios). En tal caso, el juez deberá apreciar la prueba contradictoria (la presunción del artículo 3° de la LBPA, en abono de la legalidad del acto, y los demás medios de prueba que estén contra ella) según las reglas de la sana crítica, como manda el artículo 428 del CPC. En nuestra opinión, considerada la naturaleza particular de esta presunción legal (cuyo efecto probatorio no resulta de una deducción lógica a partir de su elemento basal, sino que responde más bien a una ficción), conforme a la sana crítica, la presunción de legalidad deberá tenerse por destruida siempre que haya plena prueba del hecho que funda un vicio de legalidad del acto impugnado. En este sentido, se puede decir que la presunción de legalidad es una presunción legal especialmente débil: nunca podrá prevalecer en el análisis comparativo de la prueba, cuando sea contradicha.

4. La presunción de legalidad de los actos administrativos, ¿altera la carga de la prueba del contencioso-administrativo, en relación con las reglas generales? Siguiendo a Henri Motulsky, el profesor Gabriel Bocksang sostiene que la carga de la prueba puede ser definida como “la necesidad, atribuida a cada una de las partes so pena de perder el juicio, de fundar por medios legalmente admitidos la convicción del juez respecto de la verdad de aquellas circunstancias de hecho que correspondan a los elementos generadores del derecho reclamado por dicha parte, y que hayan sido válidamente controvertidas por su adversario”.⁴⁶ Como señala Hunter,

⁴⁵Vid. Pascal García-Huidobro 2016, 403.

⁴⁶Bocksang Holo 2011, 218.

“[l]a carga de la prueba en sentido formal responde a una simple pregunta: ¿quién debe probar? ¿El demandante o el demandado? ¿El impugnante del acto o la Administración? [...] En otras palabras, la carga formal de la prueba cumple una función *informativa* respecto de cada parte acerca de los hechos que caen bajo su responsabilidad probatoria, y al mismo tiempo, advierte a quién perjudicará la falta o insuficiencia de prueba de una u otra alegación, es decir, sincera el criterio del riesgo procesal en la actividad probatoria”⁴⁷.

En doctrina, se sostiene que existen al menos dos alternativas para la distribución de la carga de la prueba en un juicio: la carga de la prueba originaria o inmóvil y la carga dinámica⁴⁸. En el juicio ordinario chileno, sin embargo, no parece haber espacio para una carga dinámica: tradicionalmente, se ha sostenido que la carga de la prueba pesa sobre el actor, por aplicación del artículo 1698 del CC. En este sentido, Casarino enseña que “todo aquel que entabla una acción judicial deberá probarla, y todo aquel que pretende excepcionarse de dicha acción, deberá probar la correspondiente excepción”⁴⁹. Don Carlos Anabalón Sanderson ahonda en este asunto: “el principio dominante lo proporciona el artículo 1698 del Código Civil, al disponer que ‘incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta’, locución en que la palabra ‘obligaciones’ se usa o debe entenderse en un sentido amplio o genérico, según lo observado anteriormente. De aquí resulta como norma general que todo aquel que quiere hacer valer un derecho o pretensión en juicio, debe probar los hechos que lo constituyen o que revelen su actual existencia, lo mismo que todo aquel que invoque la inexistencia de un derecho o su extinción, debe probar los hechos impeditivos o los extintivos del caso. En realidad, el aludido principio proviene del antiguo y conocido aforismo latino: *actori incumbit probatio; excipiendo reus fit actor*, y puede enunciarse diciendo que ‘la prueba incumbe al actor’; pero esta palabra ‘actor’ no está tomada exclusivamente para significar la persona del demandante sino a toda aquella que hace una afirmación en el juicio –incluso el propio demandado– aun cuando se trate de formular una negativa, siempre que en esta negativa se contenga alguna afirmación: *reus in exceptione actor est*”⁵⁰.

Pues bien: en Chile se suele decir que la presunción de legalidad de los actos administrativos determina una modificación de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo, y que, en su virtud, el demandante debe probar la existencia de vicios (más bien, de los hechos que

⁴⁷Hunter Ampuero 2016, 219.

⁴⁸Bocksang Hola 2011, 232 -233. *Vid.*, también, Gómez Rodríguez 1966, 179-180.

⁴⁹Casarino Viterbo 2008, 47.

⁵⁰Anabalón Sanderson 1954, 204-205.

configuran un vicio) del acto o “vía de hecho”, so pena de que se rechace su pretensión por falta de prueba.

Esta idea prevalece en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores. La Corte Suprema, por ejemplo, ha fallado: “Que, así las cosas, al concluir que la actora no demostró ‘la existencia del vicio invocado’ y en el que sustentó su acción, de modo que la ‘presunción de legalidad que asiste a los actos administrativos’ no ha sido desvirtuada, los sentenciadores no incurrieron en los errores de derecho que se les imputan, pues no concurre causal alguna que justifique la anulación de la Resolución [...]”⁵¹. También: “Que, entonces, no existe duda de que el Municipio actuó [...] ejecutando actos administrativos que [...] gozan de presunción de legalidad. Corresponde a la reclamante desvirtuar tal presunción, acreditando la ilicitud del actuar edilicio, o la desviación de poder, o el carácter arbitrario del uso de tales facultades legales.”⁵². De modo semejante, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha establecido que la “[...] presunción de legalidad [...] altera la carga de la prueba y [...], por ende, exige que quien reclama la ilegalidad de un acto administrativo, debe probarla”⁵³.

En la doctrina aparece la misma noción, y desde antiguo. Por ejemplo, ya en 1966, Gómez: “[...] todas aquellas fórmulas fraguadas clásicamente para fijar la carga de la prueba en el régimen civil: incumbe probar a quien alega un hecho, a quien pretende su extinción, a quien pretende su modificación, o a quien pretende su imposibilidad de generación, etc., en el proceso administrativo no tienen vigencia. Aunque, no puede afirmarse que el proceso civil repugne por naturaleza a los principios que hemos señalado para el administrativo en la materia. Hay que puntualizar que el peso de la prueba en el proceso administrativo está alterado en su fuente misma. El principio por el cual incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta, consagrado en el art. 1698 del Código Civil patrio, recibe radical excepción o por mejor decir, derogación en materia administrativa, ya que, a pesar de que es la administración quien, a través del acto administrativo que se impugna, afirma la existencia de una obligación o deber ser con respecto al administrado actor, en virtud del principio de la presunción de legitimidad del acto administrativo, el peso de la prueba se traslada *prima facie*, a quien afirma la inexistencia o imperfección jurídica del deber ser contenido en el acto administrativo que se ataca”⁵⁴.

⁵¹Municipalidad de Chillán Viejo con Comisión Nacional del Medio Ambiente (2018).

⁵²González Poblete con Ilustre Municipalidad de Santiago (2016).

⁵³Sociedad de Inversiones Pizarro Limitada con Municipalidad de Valparaíso (2010).

⁵⁴Gómez Rodríguez 1966, 179-180.

La misma idea se encuentra en varios otros autores nacionales (por ejemplo, Riveros de Gatica⁵⁵, Flores Rivas⁵⁶, Celis Danzinger⁵⁷, Poblete Vinaixa⁵⁸ y Barriga Alarcón⁵⁹). La opinión de esta doctrina se resume bien en las palabras de Miguel Ángel Reyes: en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos, “corresponderá al interesado esgrimir y acreditar los vicios del mismo siguiendo las reglas generales del *onus probandi*”⁶⁰.

En nuestra opinión, esta idea es un error, y ello aparece de manifiesto en la misma afirmación de Reyes. La presunción de legalidad no modifica la regla general de distribución de riesgos probatorios propia del contencioso-civil de impugnación de actos jurídicos (acción de nulidad absoluta o relativa): “Al igual que tratándose de la nulidad absoluta, el que alega la nulidad relativa debe probar la causal en que la funda; todo acto se presume válido y la prueba incumbe a quien pretende destruir la situación adquirida que deriva de ese acto”⁶¹.

En realidad, la carga de la prueba en materia contencioso-administrativa no resulta de la presunción de legalidad de los actos administrativos, sino de las reglas del procedimiento aplicable en Chile al contencioso-administrativo general: el juicio ordinario (con las modificaciones del juicio de hacienda, según el caso).

En efecto, para declarar la existencia de una obligación y del derecho correlativo –esto es, para acoger una acción–, el juez debe dar por establecida la existencia de los fundamentos de hecho que determinan, por aplicación de la ley, la existencia de esa obligación y derecho (artículos 170 del CPC y 1698 del CC). Puesto que en el juicio ordinario prevalece el principio dispositivo, lo habitual es que el único sujeto del proceso que incorporará prueba en favor de los fundamentos de la acción, será el demandante. Por ello, el incumplimiento parcial o total de esa actividad probatoria resultará –sencillamente– en la inexistencia de pruebas que permitan demostrar los fundamentos de la demanda y, por lo tanto, en la imposibilidad jurídica de acoger su petitorio, por aplicación del principio de congruencia (artículo 160 del CPC). Por eso la carga de la prueba “*también se aplica a la Administración cuando ella desempeña el rol de actora*”⁶², como advierte el profesor Bocksang.

En conclusión, en el contencioso-administrativo general chileno, la carga de la prueba no es dada ni modificada por la presunción de lega-

⁵⁵Riveros de Gatica 2006, 118.

⁵⁶Flores Rivas 2017, 514.

⁵⁷Celis Danzinger 2011, 343-345.

⁵⁸Poblete Vinaixa 2009, 19-20.

⁵⁹Barriga Alarcón 2018, 252.

⁶⁰Reyes Poblete 2014, 105.

⁶¹Alessandri Besa 1949, 925.

⁶²Bocksang Hola 2011, 230.

lidad de los actos administrativos que se impugnan, sino por la vigencia del principio dispositivo, de acuerdo a las reglas generales.

Esto es confirmado por varios autores nacionales, aunque sin fundamento –explícito, al menos– en el CPC ni en el artículo 1698 del CC (con todo, algunos de ellos plantean distribuciones de la carga de la prueba que, en nuestra opinión, no son compatibles con las leyes que regulan el juicio ordinario⁶³). Por ejemplo, Soto Kloss⁶⁴, Bocksang⁶⁵, Cordero Vega⁶⁶, Hunter⁶⁷ y Valdivia⁶⁸. También es compartido por la doctrina comparada⁶⁹. En España, García de Enterría y Fernández, por ejemplo, fundan esta idea no en reglas procesales, sino en la misma naturaleza de la presunción de legalidad: “Conviene notar que el mecanismo expuesto [la presunción de legalidad de los actos administrativos], que desplaza la carga de accionar al administrado, no implica necesariamente un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba dentro del proceso. La jurisprudencia incurre con frecuencia en ese error, especialmente en materia sancionatoria, lo cual reviste alguna gravedad. La Administración es titular de la carga de la prueba con normalidad en el plano material de las relaciones (art. 77 LPAC), de modo que si la ha desatendido y no obstante ha dado sin prueba por acreditados determinados hechos la decisión que adopte será inválida (en este sentido, rotundamente, la Sentencia de 12 de noviembre de 1974; vid. también la reciente Sentencia de 8 de abril de 2013). El administrado tendrá la carga de impugnar esta decisión y de justificar su ilegalidad, desde luego, pero para hacerlo le bastará con invocar la desatención de la carga de la prueba que incumbía a la Administración, argumento formal que no le grava a él en el proceso con la carga de hacer una prueba contraria, muchas veces, por lo demás (siempre que se trata de hechos negativos) virtualmente imposible”⁷⁰.

Lo dicho es una demostración más de la necesidad de una regulación especial para el procedimiento contencioso-administrativo general en nuestro país⁷¹. En efecto, la naturaleza de los gravámenes que se pueden imponer mediante actos administrativos exige –por justicia distributiva–⁷² hacer distinciones en cuanto a la carga de la prueba, que el procedimiento ordinario de mayor cuantía no prevé –pues fue diseñado para regular relaciones de justicia conmutativa, entre ciudadanos–.

⁶³Cordero Vega 2009, 80-81.

⁶⁴Soto Kloss 2013, 250.

⁶⁵Bocksang Hola 2011, 228.

⁶⁶Vid., por ejemplo, Cordero Vega 2009, 80-81 y Hunter Ampuero 2016, 212.

⁶⁷Hunter Ampuero 2016, 212.

⁶⁸Valdivia 2018, 202 s.

⁶⁹Bermejo Vera 2008, 437.

⁷⁰García de Enterría y Fernández 2017, 561.

⁷¹Vid. Pantoja Bauzá 2005 y Alvear 2019, entre otros.

⁷²Vid. Soto Kloss 2012, 31 ss. y 277 ss.

CONCLUSIONES

1. En Chile, la presunción de legalidad de los actos administrativos tiene reconocimiento legal expreso a partir de la LBPA. Antes, tuvo reconocimiento en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, como efecto del control preventivo de juridicidad de decretos y resoluciones (toma de razón).

2. La presunción de legalidad de los actos administrativos de la jurisprudencia de Contraloría General de la República era propiamente una presunción, pues infería la legalidad de un acto administrativo a partir del control jurídico desarrollado por un órgano especializado.

3. La presunción de legalidad de los actos administrativos del artículo 3° de la LBPA no opera según el método deductivo de una presunción, sino como el que utilizan las ficciones legales. De acuerdo a los autores examinados, esta conclusión no es siempre aplicable en el Derecho Comparado, debido a las diferentes configuraciones de sus sistemas de nulidades administrativas.

4. El supuesto de hecho de la presunción de legalidad de los actos administrativos del artículo 3° de la LBPA, es la comunicación del acto.

5. La presunción de legalidad de los actos administrativos del artículo 3° de la LBPA corresponde al medio de prueba “presunción legal”, pues admite prueba en contrario.

6. Para que la presunción del artículo 3° de la LBPA tenga efectos probatorios en un juicio ordinario contencioso-administrativo, es necesario probar que lo calificado como acto administrativo ha sido publicado o notificado, siempre que ello sea controvertido. La prueba de este elemento corresponde a quien alega en su favor la prueba de la presunción.

7. La presunción del artículo 3° de la LBPA no puede justificar la legalidad de un acto administrativo cuando existe un medio de prueba que haga plena fe de los hechos que configuran vicios de legalidad del acto impugnado.

8. La presunción de legalidad de los actos administrativos del artículo 3° de la LBPA no tiene influencia sobre la carga de la prueba respecto a la ilegalidad de un acto administrativo, en el juicio ordinario contencioso-administrativo. Esta carga de la prueba es determinada por las reglas generales del CPC y, en particular, por el principio que recoge el artículo 1698 del CC: *actori incumbit probatio*. La aplicación de dicha regla en el contencioso-administrativo no es necesariamente deseable, considerando la naturaleza de las relaciones de Derecho Administrativo.

ABREVIATURAS

CC: Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Justicia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. *Diario Oficial*, 30 mayo 2000.

- CPC: Ley N° 1552, Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 30 agosto 1902.
- CPR: Decreto Supremo N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.
- LBPA: Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguerrea Mella, Pedro (2003): "Las prerrogativas del acto administrativo en la Ley N° 19.880", en: Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, *La Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino* (Santiago, Universidad Santo Tomás), pp. 45-50.
- Alessandri Besa, Arturo (1949): *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno (Título XX del Libro IV del Código Civil)* (Santiago, Imprenta Universitaria), 1296 pp.
- Alvear, Julio (2019): "Los Tribunales Contenciosos Administrativos", en *El Mercurio Legal* (<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/01/14/Los-Tribunales-Contenciosos-Administrativos.aspx>), 2 pp.
- Anabalón Sanderson, Carlos (1954): *El juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 617 pp.
- Aróstica Maldonado, Iván (1989): "Impugnabilidad de los actos administrativos", en: *Revista Chilena de Derecho*, v. 16, N° 2, pp. 455-464.
- Aróstica Maldonado, Iván (1991): "¿Qué queda de la 'presunción de legalidad'?", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 88, N° 1, pp. 1-7.
- Astray Suárez-Ferrín, María (2015): "La ejecutividad de los actos administrativos. Fundamento y naturaleza. La ejecución forzosa por la Administración de los actos administrativos: medios en nuestro derecho. Examen de la vía de hecho: sus consecuencias.", en: Bueno Sánchez, José Miguel *et al.* [coord.], *Lecciones fundamentales de Derecho Administrativo. Parte General y Parte Especial* (Navarra, Thomson Reuters), pp. 249-262.
- Aylwin Azócar, Patricio (1958): *Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Universitaria) T. II, 194 pp.
- Barriga Alarcón, María Paz (2018): *La Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos* (Santiago, Círculo Legal Editores), 282 pp.
- Bermejo Vera, José (2008): *Derecho Administrativo Básico. Parte General* (Navarra, Editorial Aranzadi), 481 pp.
- Bermúdez Soto, Jorge (2010): "Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?", en *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 23, N° 1, pp. 103-123.
- Bermúdez Soto, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing), 794 pp.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2018): *Historia de la Ley N° 19.880* (www.bcn.cl/historiadelay), 295 pp.

- Bocksang Hola, Gabriel (2011): "La carga de la prueba de la nulidad de un acto administrativo", en: Arancibia Mattar, Jaime *et al.* [coord.], *Litigación Pública* (Santiago, Legal Publishing), pp. 217-244.
- Caldera Delgado, Hugo (1981): *El Acto Administrativo. Legalidad, Efectos e Impugnación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 185 pp.
- Casarino Viterbo, Mario (2008): *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), T. IV, 253 pp.
- Celis Danzinger, Gabriel (2011): *Curso de Derecho Administrativo*, T I (Santiago, Thomson Reuters), 532 pp.
- Cordero Vega, Luis (2007): "La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias", en *Revista de Derecho Público (Valdivia)*, N° 69, T. II, pp. 153-166.
- Cordero Vega, Luis (2009): *El control de la Administración del Estado* (Santiago, Legal Publishing), 189 pp.
- Cordero Vega, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Legal Publishing), 786 pp.
- Delgado Lara, Álvaro Roberto (2018): "Algunos comentarios sobre la presunción de validez de los actos administrativos en la ley de bases de los procedimientos administrativos", en: *Ars Boni et Aequi*, año 14, N° 1, pp. 83-114.
- Enteiche Rosales, Nicolás (2014): "La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile", en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 21, N° 2, pp. 137-182
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2007): "Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno", en: *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 20, N° 2, pp. 69-94.
- Flores Rivas, Juan Carlos (2017): "Responsabilidad del Estado por actos administrativos aparentemente válidos", en: Ferrada Bórquez, Juan Carlos *et al.* [coord.], *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 509-528.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2017): *Curso de Derecho Administrativo* (Navarra, Editorial Aranzadi), T. I, 871 pp.
- Gómez Rodríguez, Eleazar (1966): *Poder Judicial y Proceso Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 324 pp.
- Hunter Ampuero, Iván (2016): "¿Es la presunción de legalidad de los actos administrativos una regla de carga de la prueba?", en: Arancibia Mattar, Jaime *et al.* [coord.], *La prueba en la litigación pública* (Santiago, Librotecnia), pp. 221-231.
- Pantoja Bauzá, Rolando E. (2005): "La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile", en: *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N° 13, pp. 27-70.
- Pascal García-Huidobro, Enrique (2016): *Tratado de las Presunciones* (Santiago, Círculo Legal), 741 pp.
- Poblete Vinaixa, Julia (2009): *Actos y contratos administrativos* (Santiago, Legal Publishing), 323 pp.
- Reyes Poblete, Miguel Ángel (2014): *Medios de Prueba. Situación comparativa entre los procedimientos civiles y contencioso-administrativos en Chile y derecho comparado* (Santiago, Librotecnia), 553 pp.
- Riveros de Gatica, Beatriz (2006): "La presunción de legalidad del acto administrativo: El art. 3° de la Ley N° 19.880 de Procedimientos Administrativos a la luz de la Constitución de 1980", en: *Ius Publicum*, N° 16, pp. 117-124.

- Soto Kloss, Eduardo (2003): “La Ley 19.880, sobre Procedimientos Administrativos ¿‘Aleluya’ o ‘miserere?’”, en: Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, *La Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino* (Santiago, Universidad Santo Tomás), pp. 75-106.
- Soto Kloss, Eduardo (2010): “Sobre la pretendida presunción de legalidad de los actos administrativos: otro resabio de monarquías absolutas”, en: *Gaceta Jurídica*, N° 366, pp. 7-13.
- Soto Kloss, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing), 966 pp.
- Soto Kloss, Eduardo (2013): “Otra vez la presunción de legalidad de los actos administrativos. ¿Tiene un fundamento racional? ¿Es verdaderamente una presunción?”, en: Lara Arroyo, José Luis y Bocksang Hola, Gabriel [coord.], *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 233-256.
- Soto Kloss, Eduardo (2017): “La aplicación del acto administrativo”, en *Ius Publicum*, N° 39, pp. 41-53.
- Valdivia, José Miguel (2018): *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 448.
- Venegas Palacios, Marcelo (2012): “Toma de razón, presunción de legalidad y jurisdicción”, en: Contraloría General de la República, *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)* (Santiago, Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República), pp. 221-230.
- Vergara Blanco, Alejandro (2014): “El nuevo paradigma de Jurisdicción Administrativa pluriforme e hiperespecializada: Crónica de una espera, como la de Godot”, en: *Anuario de Derecho Público*, N° 1, pp. 269-292.

NORMATIVA CITADA

- Ley N° 1552, Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 30 agosto 1902.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Justicia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. *Diario Oficial*, 30 mayo 2000.
- Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.
- Decreto Supremo N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia TC Rol N° 370 (2003): Tribunal Constitucional, 9 abril 2003.
- Dictamen N° 34.314 (2007): Contraloría General de la República, 31 julio 2007.
- Sentencia TC Rol N° 1345 (2009): Tribunal Constitucional, 25 mayo 2009.
- Sociedad de Inversiones Pizarro Limitada con Municipalidad de Valparaíso* (2010): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 18 agosto 2010.
- González Poblete con Ilustre Municipalidad de Santiago* (2016): Corte Suprema, 20 diciembre 2016.
- Municipalidad de Chillán Viejo con Comisión Nacional del Medio Ambiente* (2018): Corte Suprema, 22 mayo 2018.

LA RECIA VITALIDAD DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO: Introducción. 1. La acción de nulidad de derecho público en materia de multas administrativas. 2. La acción de nulidad de derecho público en materia de agua. 3. En materia de acuerdo municipal con funcionarios en juicio laboral con sentencia ejecutoriada. 4. En materia de concesión de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas.

INTRODUCCIÓN

Algunos de mentalidad claramente estatista suelen gozar tratando de impedir la defensa de las personas frente a la Administración del Estado intentando siempre de “desactivar” el potencial protector que poseen de suyo las acciones procesales de nuestro ordenamiento constitucional y todo el entramado garantístico que posee la Constitución, basada en la insoslayable “primacía de la persona humana” y su consecuencial “servicialidad del Estado” (artículos 1° incisos 1° al 5°, 5° inciso 2° y además 6° y 7°).

Es así que denostan el “amparo proteccional” (art. 20) con argumentos de tipo procesal (hasta sostener que no constituye un debido proceso...) o sustancial (que para reclamar frente a la Administración deben haber tribunales administrativos, etc.), también el denominado “amparo económico” (Ley 19.871, como que no es una acción de amparo sino meramente declarativa, que no procede adoptar medidas de amparo, etc.), o con interpretaciones reductiva del llamado “reclamo de ilegalidad municipal” (Ley 18.695, art. 151), y recientemente que la “acción declarativa de mera certeza” habría sido eliminada del ordenamiento por el Tribunal Constitucional (dando una interpretación a ese fallo/rol/4672-2018, que de modo alguno establece tal despropósito).

*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.

Pero, sin duda, las palmas se las lleva la “acción constitucional de nulidad de derecho público”, como la llamara allá por 1989¹, a la cual la jurisprudencia suprema entre los años 2006 y 2016, aproximadamente, se dedicara a “reducir” la defensa de las personas por esta acción hasta afirmar que no existía tal acción (sic!), o que existiendo sería una acción “inespecífica”, “genérica” e incluso “subsidiaria”, solo procedente en la medida en que no existiera ninguna acción de nulidad de origen legal en la materia específica. Y que solo sería procedente ante “vicios esenciales o graves” y en ningún caso por el vicio de arbitrariedad. Todo ello lo hemos expuesto no hace mucho y a lo cual remitimos².

Pues bien, no obstante que hasta se ha llegado a afirmar que esos fallos –entre 2006 y 2015/16– habrían “puesto una lápida” a esta acción constitucional (curiosa afirmación esta según la cual fallos de la Corte Suprema habrían eliminado de la Constitución esta acción, o sea la Corte Suprema tendría potestades derogatorias hasta de los preceptos de la propia Constitución...), en estos dos últimos años –2017-2018– tal pretendida “lápida” ha sido “demolido” por sentencias que merecen ser comentadas y que admiten sin mayor problema la pretensión anulatoria de actos administrativos y bajo la acción de nulidad de derecho público expresamente reconocida en su fuente del artículo 7° inciso 3° de la Constitución y hasta deducida por el propio Consejo de Defensa del Estado... (como para no creerlo).

1. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN MATERIA DE MULTAS ADMINISTRATIVAS

Aguas Araucanía S.A. deduce esta acción constitucional en contra del Fisco por cuanto la Secretaría Regional Ministerial de Salud Región de La Araucanía (organismo fiscal, carente de personificación) le ha impuesto una multa sin que ella tenga competencia para emitir dicha sanción, desde que la autoridad atribuida de la potestad sancionatoria sería la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

El fallo del tribunal *a quo*, que el de apelación confirma, ha sostenido que esta acción resulta improcedente, ya que tratándose de multas aplicadas por la referida Secretaría Regional de Salud, “la vía apta para impugnar la resolución objeto de la demanda”, es el procedimiento del

¹“La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833”, en Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel. Anales de la Universidad de Chile. Quinta Serie. N° 20, agosto 1989, 803-833; también en mi *Derecho Administrativo* (2 vol.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2 Principio de jurisdicción, 114-145.

²Vid. nuestro *La nulidad de derecho público según la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción*, en *Ius Publicum* N° 34/2015, 73-92.

artículo 171 del Código Sanitario. Y no habiéndose recurrido por esa vía, había “caducado” su derecho a impugnarla; de allí que la acción constitucional del artículo 7° era improcedente.

La solución de la competencia o incompetencia del organismo sancionador no es objeto aquí de nuestro interés sino algo mucho más hondo como son las consideraciones que hace la Corte Suprema (tercera sala, ministros señor Aránguiz, señora Sandoval, y señores Cerda. Dahm y abogado integrante señor Gómez Balmaceda). Antes de entrar al tema de la casación en el fondo deducida, en sus considerandos 3° al 7° se encuentran afirmaciones que no pueden menos que sorprender a cualquiera que lea la Constitución según lo que ella expresa y no según su propia ideología. Veámoslo.

En su considerando 3°, inciso 2°, se señala que la NDP “es una institución destinada a garantizar la vigencia del principio de legalidad de acuerdo con el cual los órganos del Estado deben someterse en el desarrollo de sus actividades a lo preceptuado en la Constitución Política de la República y en las leyes dictadas conforme a ella”. Salvo la imprecisión de hablar de principio de “legalidad” lo que indica que es la “ley” la norma suprema, lo que, obviamente, es un error³ y decir “en las leyes dictadas conforme a ella”⁴, imprecisiones que denotan el poco manejo de la Constitución, el resto es posible compartirlo.

Su inciso 4° ya comienza no con imprecisiones sino con error, al afirmar que la “ilegalidad” de un acto administrativo, “puede acarrear su ineficacia” y señala las causales de ello, como la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable. En efecto, no se trata de “ilegalidad” (violación de un texto legal) en los tres primeros casos indicados, sino de “inconstitucionalidad”, pura y simplemente, como lo establece de modo claro e indiscutible el inciso 3° de su artículo 7° en relación con su inciso 1°. Parece no advertir la tercera sala suprema mencionada, que cuando se producen esas violaciones de la Constitución no es que “puedan” acarrear la ineficacia del acto administrativo viciado sino que la producen *directamente, ipso iure*, como lo

³Consecuencia de una época de supremacía parlamentaria o más bien de interpretación parlamentaria de la Constitución de 1833 y su práctica bajo la de 1925 y hasta 1973. En esa perspectiva la Constitución era un mero texto programático y sin aplicación práctica en sus disposiciones si no existía una “ley” que le diere aplicación, como muestran claramente los ejemplos de sus artículos 20 y 87.

⁴El artículo 6° de la Constitución no indica conforme a las “leyes” sino ha ampliado esa conformidad a todas las *normas* del ordenamiento, lo que es mucho más completo y exacto si se quiere configurar una efectiva vigencia de la supremacía constitucional, desde que ello incluye además de las leyes, las sentencias judiciales, los actos y contratos de la Administración, los dictámenes de la Contraloría General de la República, los tratados internacionales, e incluso los actos de la autonomía privada válidamente celebrados.

dispone de manera perentoria dicho inciso 3°, *Todo acto en contravención a este artículo es nulo...* Es decir, es la propia Constitución que declara nulo todo acto que la viola, que la vulnera, que la contraviene. Así de simple.

Pero, además, tanto la desviación de poder como las dos otras especies de antijuridicidad, no están en nuestro ordenamiento sino que son, simplemente, vicios del acto administrativo en el derecho francés, que ha carecido de un texto como el artículo 160 de nuestra Constitución de 1833, recogido por el artículo 4° de la de 1925 y ahora, completado, por el artículo 7° de la de 1980, vigente, cuyo inciso 1° señala claramente los vicios en que puede incurrir un órgano del Estado (cualquiera sea su función) al emitir un acto jurídico, acto administrativo en nuestro caso⁵. Son copias que han hecho nuestros jueces supremos –afrancesados, entre 2006 y 2016– por falta de pericia o desconocimiento del derecho administrativo, porque la “desviación de poder” (*détournement de pouvoir*) en nuestro régimen puede ser vicio en la “competencia” o del “procedimiento” y, por lo tanto, se encuentra dentro de los vicios que señala el artículo 7° inciso 1°; en cuanto a la “ilegalidad en los motivos” es un caso típico de vicio en la “competencia” sea que se refieran a los hechos (si no están previstos como *factum* de la potestad, o sea, en la norma atributiva de competencia), sea que se refieran a la “arbitrariedad” (si la decisión no está fundada racionalmente:/artículos 20 inciso 1° y 19 N° 2)⁶ y la “violación de la ley” de fondo aplicable (*violation de la loi*) es un típico caso de “incompetencia”, entre otros. De allí que hay en este considerando 4° error tras error. Cuán cierto sigue siendo aquello que sosteníamos allá por 1993 de *El derecho público por qué tan desconocido*⁷.

Pero en los considerandos 5° al 7° se multiplican los errores, pues el juez supremo se ha dedicado a crear normas, inventándolas como si estuviera desarrollando función legislativa y, peor aún, porque lo hace con total desprecio de la Constitución, como si esta no existiera (cosa que, por lo demás, el Parlamento ya desde el año 2014 en adelante, con clara mayoría de ideología marxista, se acostumbrara a hacer...).

Aun cuando afirma que sigue una línea jurisprudencial (“asentada por esta Corte” dice al inicio del considerando 4°) no por ello sigue siendo erróneo lo que afirma al inicio del considerando 5°, “inventando” que “uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de *conservación*, cuyo fundamento radica en que *revistiendo la nulidad*

⁵Vid. *Camacho Santibáñez*, Corte Suprema 28.6.2006, rol 3132-2005.

⁶Vid. sobre los vicios del acto administrativo en Chile, nuestro *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente* (tercera parte), en *Ius Publicum* 12/2014, 73-96, en 80-88; también, *La fundamentación del acto administrativo. Doctrina y jurisprudencia (contralora y judicial) en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Ius Publicum* 41/2018, 87-107.

⁷Vid. *Revista de Ciencias Sociales* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Valparaíso) 39/1994, 405-413, también en mi *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. 1996, vol. 1 Bases fundamentales, 21-34.

el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo...” (sic!) (cursivas nuestras). Dicho pretendido “principio de conservación” carece de todo sustento jurídico si simplemente se lee la Constitución en su artículo 7°, el cual no atiende de manera alguna a que la nulidad de los actos de los órganos del Estado sea “excepcional”; *todo lo contrario*, dicha norma es *imperativa, sin excepción* desde que su texto dice expresamente y sin lugar a la más mínima duda que *Todo acto en contravención a este artículo es nulo*, o sea, aquí todo acto administrativo que viola lo dispuesto en el artículo 7° (incisos 1° y 2°) *es nulo*.

¿Cómo pueden sostenerse tan orondo afirmaciones que contrarían frontalmente su texto clarísimo?

Lo que sigue en el fallo que comentamos es jurídicamente horrendo: la acción constitucional no solo es “excepcional” para estos jueces supremos sino que “solo será procedente *si el vicio es grave y esencial*”, asilándose en el artículo 13 de la Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos. ¿Cómo no advierten los magistrados supremos que esa disposición meramente legal y ley ordinaria, viola directamente la Constitución, la cual no distingue –y no podría distinguir tampoco– si la violación de ella es por un vicio grave, menos grave, leve o levísimo, si es esencial o no esencial o menor que no esencial...? ¡A cualquier entendido en el derecho público chileno no puede menos que llamarle la atención el hablar de vicio grave o esencial a una disposición constitucional si no existe texto que diga lo que es un vicio tal en un acto administrativo! Como no aparece ello, según este criterio supremo, ello le toca al juez determinarlo, a su libre arbitrio, como si fuera legislador y con total prescindencia de la certeza jurídica... ¿Es eso justicia? ¿Así se amparan los derechos de las personas... frente al Estado en su actuación antijurídica?⁸

Lo curioso (para ser diplomático...) es como colofón de este considerando 5°, el fallo, muy ufano, expresa que “no cualquier irregularidad o defecto jurídico justifica la declaración de nulidad sino *cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados*” (cursivas nuestras).

Aparte del hecho de llamar “administrados” a las personas como si estas fueran siervos o súbditos de un gobernante absolutista o totalitario, siendo que las “cosas” son las que se administran, jamás “las personas”, las cuales se “gobiernan” (lo que implica que ellas son racionales y libres), llama la atención que se diga que sí procede la nulidad de derecho público de un acto administrativo si hay una conculcación de las garantías de las personas, vulneración que procedería, entonces, sea grave o no grave el

⁸Vid. sobre la inconstitucionalidad patente del referido artículo 13 nuestro *La ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, ¿aleluya o misere?*, en Ley 19.880, sobre de procedimientos administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2003. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2004, 75-106, especialmente 93-94, ahora en mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edición). Legal Publishing Chile-Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 323-348, espec. 327-328.

vicio de que adolezca tal acto, sea esencial o no esencial. Es más, para eso existen, precisamente, los jueces, para amparar a quien es afectado en sus derechos por un tercero y, muy en especial, por el Estado y los muy numerosos organismos de su Administración⁹.

Pero aún peor –por la confusión que plantea y afirma– es lo que su considerando 6° sostiene como es que nada menos que no existe tal acción de nulidad de derecho público. “Que los artículos 6° y 7° de la Constitución no establecen una determinada acción procesal encaminada a obtener la anulación de los actos administrativos...”.

Que yo sepa o recuerde nadie ha sostenido que el artículo 6° aludido contiene dicha acción ya que lo que contiene es nada menos que el “principio de la supremacía constitucional” y la sujeción integral a Derecho de todos los órganos del Estado, incluidos, obviamente, los órganos administrativos (y, por cierto, los legislativos, contralores y judiciales). Pero afirmar que el artículo 7° no la contiene parece a todas luces un *ex abrupto*. Ya en la época de los años 90 del siglo pasado debí hacer frente a esa afirmación e incluso frente a un profesor de derecho constitucional que sostuvo que esta acción era “una invención de Soto Kloss”¹⁰.

Nunquam satis, habría que decir; nunca es suficiente reiterar lo verdadero cuando se trata de amparar los derechos de las personas y hacer frente a los estatistas inveterados (o recalitrantes) que adoran al Estado y desprecian a los mortales como nosotros, humildes “ciudadanos de a pie”. En efecto, si lo que el inciso 3° del artículo 7° de la Constitución no configura la acción de nulidad de los actos estatales que la violan, significa, entonces, que es solo “palabrería hueca”, sin ningún efecto jurídico y, por ende, algo enteramente inútil, inocuo, fútil, vacío, inane. No pensaban lo mismo los jueces del siglo 19, que aplicaban la misma disposición (artículo 160) sin remilgos en muy variadas situaciones en que los ciudadanos afectados recurrían de nulidad de los actos administrativos¹¹. Y es que *si la propia Constitución declara expresa y perentoriamente nulo todo acto que la contraviene, la viola, que la desconoce pasándola a llevar y despreciando sus preceptos, precepto que es autosuficiente y*

⁹Paso de largo por otra “invención” que plantea este considerando 5° como es la llamada “confianza legítima”, un injerto germanizante que no tiene asidero en nuestra legislación, pero que la Contraloría General de la República, a partir de mediados del año 2015 y hasta ahora, ha pretendido sostener asiduamente por puro “arbitrio contralor” y que ahora repite el juez supremo.

¹⁰Vid. acerca del origen de esta acción nota 1 | precedente. Sobre la existencia de esta acción véase el riguroso estudio de G. Fiamma O., *La acción constitucional de nulidad*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t.83/1986, Primera Parte, Sección Derecho, 123-128 con anexos en 129-156.

¹¹Vid. el acucioso estudio de G. Bocksang H., *El nacimiento del derecho administrativo patrio 1810-1856*. Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2015, con variados ejemplos; vid, al respecto, su comentario a *Ex Municipales de Vallenar*, en *Ius Publicum* 31/2013, 285-292.

autoprotectivo¹², resulta que por certeza jurídica elemental, dado que nadie tiene autotutela declarativa para declarar por sí la nulidad de un acto jurídico, sea por un particular frente a otro particular o frente al Estado, ni este para hacerlo por sí ante sí, aparece necesario en una comunidad civilizada que un tercero independiente e imparcial sea quien decida y la declare; ese tercero no es sino “un juez”, “un tribunal de la República”, cuya potestad es exclusiva y excluyente, como lo afirmaba con precisión el artículo 108 de la Constitución de 1833 y lo han reiterado la de 1925, artículo 80 y la de 1980 artículo 73/76. Y los tribunales de justicia son impulsados a actuar a través de las llamadas “acciones procesales”, algo hoy obvio. Y si el ciudadano afectado solicita una “pretensión” anulatoria resulta obvio que se trata de una “acción de nulidad”, que cualquier ciudadano afectado en sus derechos tiene el derecho constitucional de impetrar ante esos tribunales de justicia, “derecho fundamental” que la propia Constitución reconoce, garantiza y ampara, a toda persona en su artículo 19 N° 3 y de recurrir ante el denominado “juez natural” (ídem inciso 5°).

Es más, ese afectado por un acto administrativo que viola la Constitución tiene como garantía el ser amparado por un tribunal de la República y nada menos que en virtud de un principio fundamental de la jurisdicción como es la *inexcusabilidad* (artículo 73/76), que la Constitución impone al órgano jurisdiccional, como textualmente señala: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”, por lo cual el tribunal carece del poder de negarse a tramitar una demanda de nulidad pretendiendo basarse en que no existe esta acción, como dice tan desenfadadamente este considerando 6°.

Sigue a ello una contradicción palmaria en este mismo considerando 6°: luego de afirmar que no establece la Constitución (en sus artículos 6° y 7°; es obvio que no es el 6° sino el 7° el que la contiene) una acción procesal de nulidad (párrafo 1°), en su párrafo 2° que le sigue sostiene todo lo contrario, afirmando que la “denominada acción de nulidad de derecho público... Es entonces toda acción contencioso administrativa encaminada a obtener, por parte de un tribunal de la República, la anulación de un acto administrativo”. Que serían las leyes, en materias determinadas, las que establecerían esas acciones contencioso administrativas, con un procedimiento que ellas determinan y de no contenerlo “se puede utilizar el procedimiento ordinario”.

¹²Preceptos que son de “aplicación obligatoria” para todo órgano del Estado, también los administrativos y, además, de “aplicación directa”, sin necesidad de mediación de ley alguna: artículo 6° incisos 1° y 2°.

En otros términos, no existe en la Constitución una acción de nulidad de derecho público pero el legislador podría crear cuantas acciones procesales estime conveniente para anular actos administrativos. Surge una pregunta obvia: si el legislador puede crear estas acciones de nulidad específicas por materias ¿en qué norma constitucional se fundamenta? Porque si el artículo 7° no contiene ninguna acción de nulidad de derecho público el legislador carecería de base constitucional para hacerlo; de donde resulta lo afirmado por el fallador una “invención judicial” más. Y es un error sostener que el artículo 6° daría base para tal poder del legislador. Haciendo una comparación para demostrar que el artículo 7° sí contiene la acción procesal que comentamos, puede señalarse que si se puede perseguir la responsabilidad del Estado por su actividad o inactividad/omisión ilícita es porque tanto los artículos 6° inciso 3° y 7° inciso 3° establecen claramente la responsabilidad de los órganos del Estado por los perjuicios que produzcan en una víctima que no está obligada jurídicamente a soportarlos, y específicamente el artículo 38 inciso 2° respecto de los órganos de su administración, el cual precisamente establece la acción pertinente (sin perjuicio de la posibilidad de perseguir la responsabilidad personal del funcionario que hubiere cometido el daño).

Pero hay aún otro error, e incoherencia, que significa una afrenta al debido amparo de las personas frente a los desaguisados de la Administración, como es pretender que el afectado por un acto administrativo deba necesaria e ineludiblemente deducir esa acción anulatoria de origen legal y solo en la medida en que esta no exista sí podrá interponer la acción constitucional del artículo 7° (véase las cinco líneas finales de este considerando 6°). ¿Pero, cómo puede afirmar ello el fallo si ha dicho hace un instante que el artículo 7° no contiene ninguna acción de nulidad de derecho público? ¿No resulta, acaso, de una contradicción flagrante? ¿Es que no revisan los ministros lo que firman...? Es una lástima muy grande que las Facultades de Derecho no tengan en sus programas de estudios cátedras obligatorias (y de dos semestres o anual) de lógica y lógica aristotélica, de sentido común, y que la Academia Judicial no tenga cátedras anuales obligatorias, para aspirantes a jueces, o ministros, a fin de no tener uno que encontrarse con estas verdaderas “joyas” incluso en fallos supremos¹³.

Y dejo para el final lo que es el meollo, el núcleo, de la argumentación que sigue el fallo y de la cual parte todo el artificio intelectual para fundamentarlo, y es que entiende el tribunal que la acción constitucional de nulidad de derecho público es “subsidiaria” de las acciones anulatorias de actos administrativos, de origen legal. Es decir, que prima la acción procesal de origen legal por sobre la acción constitucional (artículo 7°), o

¹³Lo digo con el debido respeto de su redactor o redactores... ya que suele suceder y a menudo que varias manos intervienen en la redacción de un fallo, tornando contradictorios sus considerandos.

sea la ley está sobre la Constitución¹⁴. Y su conclusión no es otra que como las acciones procesales de origen legal imponen un plazo al afectado para recurrir en contra de un acto administrativo (usualmente muy breve) es en ese plazo que debe ocurrirse a los tribunales y si no se hace, el afectado se extingue su derecho de impugnarlo, curiosamente se “extingue” su derecho a la acción (artículo 19 N° 3), derecho fundamental que posee toda persona cuando es agraviada en sus derechos, y por tal argumentación se impide la defensa del afectado y queda “firme” un acto administrativo que a veces y no pocas, es abiertamente contrario a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad (artículos 6° inciso 1° y 7°).

Como se ve, otro artilugio para impedir la acción constitucional de nulidad de derecho público, que es “imprescriptible”, como lo venimos sosteniendo desde hace más de 30 años y que con vaivenes lo ha reconocido la Corte Suprema. Debe reiterarse, una vez más, que los ilícitos que cometen los órganos del Estado –aquí, de su Administración– no dejan de ser antijurídicos por el paso del tiempo, desde que tal nulidad constitucional (que la propia Constitución declara respecto de los actos administrativos, artículo 7° inciso 3°), es propiamente “inexistencia”, por lo que dicho paso del tiempo no hace adquirir existencia en el Derecho a ese “algo” (acto administrativo inconstitucional que jamás nació/existió en el Derecho), “algo” que es la nada¹⁵.

Este fallo del 27.7.2017 que comentamos, que a más de alguno puede haber parecido que asienta una perspectiva definitiva sobre esta acción constitucional, creyéndola, tal vez, como una “lápida” a su afirmación, y su “entierro”, y, por tanto, su desaparición, o a lo menos con una naturaleza solamente “subsidiaria”, pero tal afirmación resulta, en verdad, bastante

¹⁴Lo que significa que lo es por cuanto sería “genérica”, o “inespecífica” y, por ende, no aplicable ya que la ley sería la que la hace aplicable, olvidándose o despreciando una de las bases fundamentales de la institucionalidad y del derecho público chileno como es la supremacía constitucional, y la aplicabilidad directa de la Constitución, que adquiere, así, vigencia real en los hechos, en la práctica, sin quedar sujeta a la actividad del legislador y la supremacía de la Constitución subordinada al arbitrio del legislador. Da la impresión que los falladores desconocen enteramente estos principios. No puede olvidarse que este precepto del artículo 6° de la Constitución tuvo por finalidad precisamente terminar con el absurdo de creer que la Constitución es solo un “programa político” y no el baluarte de los derechos de las personas (en toda la tradición castellana leonesa de los fueros y recogida en el derecho indiano), pensando que si no intervenía el legislador los preceptos de la Constitución eran “letra muerta”, como deben recordarse los ejemplos trágicos de los preceptos contenidos en los artículos 20 y 87 de la de 1925; a este respecto puede ser de interés nuestro *La competencia contencioso administrativo de los tribunales de justicia*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 1/1974, N° 3/4, 349-359; ahora en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (2012), 761-768.

¹⁵Hemos desarrollado mayores consideraciones sobre lo dicho recientemente en nuestro *La nulidad de derecho público según la Corte Suprema, de su tergiversación a su devastación*, en *Ius Publicum* 34/2015, 73-92; sobre la nulidad como inexistencia, vid. G. Bocksang H., *De la nulidad de derecho público como inexistencia*, en *Ius Publicum* N° 16/2006, 91-116.

apresurada, por lo cual no debe alegrar en manera alguna a aquellos estatistas que gozan con la omnipotencia del Estado y de su Administración y con la indefensión de las personas frente a los excesos o abusos de poder de quienes ejercen el gobierno de nuestro país. Olvidan, en una posición ciertamente gramsciana, que el Derecho no es un “instrumento de dominación” de los miembros de la sociedad civil o de la comunidad política sino un “instrumento de justicia” para la pacífica convivencia social y la ansiada paz, que es siempre el mayor anhelo de la gente sensata y de bien. Y digo “apresurada” porque varios fallos posteriores de 2017 y 2018, de la tercera sala suprema, con integración diferente, dan un rotundo mentís a aquella postura, acogiendo sin cavilaciones esta acción constitucional y sin los retruécanos interpretativos que hemos venido denunciando.

2. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN MATERIA DE AGUAS

En *Contreras Méndez y otros con Peterman Trillat y otros* nos encontramos con un juicio sumario ante el Juzgado Civil de San Carlos en el cual se ventila una acción de nulidad de derecho público que fuera rechazada y confirmado dicho rechazo por la Corte de Apelaciones de Chillán (17.11.2016), e impugnada de casación en el fondo por los demandantes, pronunciándose la Corte Suprema el 23.10.2017, rol 99.899-2016.

Tal vez podría pensarse que dado la carátula del expediente sería improcedente esta acción constitucional que pareciera deducida contra particulares, desde que ella procede solamente cuando los “órganos del Estado” (artículo 7° inciso 1°) violan la Constitución (inciso 3°), y especialmente los que conforman su Administración¹⁶, sin embargo, este caso ha incidido en la “pretensión anulatoria” de un “acuerdo” del Directorio del Canal San Pedro “en cuanto determina que para proceder al cumplimiento de los pronunciamientos emitidos en dos juicios” [que se individualizan] se privará a los comuneros que se indican de las acciones de aguas de su propiedad, en las proporciones que se determinan en la demanda” que originara otro pleito ante el mismo tribunal. El problema radicaba en que en el Acuerdo impugnado se pretendía, dada la escasez de los recursos existentes, una redistribución de las aguas rebajando las acciones a todos los accionistas de la comunidad salvo a los ahora demandados (considerando 6° del fallo de casación). Dicho Acuerdo del Directorio sería nulo en razón de vulnerarse el artículo 7° de la Constitución por cuanto este carecía de competencia para resolver la distribución de las acciones de los usuarios de la comunidad, por cuanto estaría “expropiando” aguas de

¹⁶Recuérdese *Aciaras Órdenes c/Municipalidad de Copiapó y Servicio de Vivienda y Urbanismo Tercera Región de Atacama* (Corte Suprema 14.3.2013, rol 1163-2012).

sus accionistas, y además carecería de competencia para eliminar de esa rebaja a algunos usuarios¹⁷.

La pretensión anulatoria deducida fue rechazada por ambos tribunales por entender –tanto el tribunal de primera instancia como el de apelación– que los involucrados en el tema eran sujetos particulares, sujetos de derecho privado y no órganos de la Administración y, además, porque la vía procesal, según dichos jueces, para resolver sus diferencias es la que señala el artículo 244 del Código de Aguas con la posibilidad de recurrir ante el Directorio, que resuelve como árbitro arbitrador, y de su decisión puede ocurrirse a los tribunales de justicia. Existiendo esa posibilidad procesal y no habiéndose ejercido no puede ser reparada esa omisión por otra acción que no está considerada específicamente para la situación *sub lite* (así lo refiere el considerando 10° del fallo de casación)¹⁸.

De modo muy preciso la Corte Suprema (considerando undécimo) señala que la sola exposición de los hechos “deja al descubierto la falta de requisito y de análisis de las materias jurídicas sometidas al conocimiento del tribunal”, y es que no advierten los falladores ni entran a examinar el acto agravante y de quien emana. Sin entrar en detalles, la Corte Suprema establece que la sentencia recurrida no ha analizado la naturaleza de las funciones que el Directorio referido desempeña, cuyas decisiones no todas son recurribles por la acción prevista en el artículo 247 del Código de Aguas, y si bien es una entidad privada dicho Directorio, aparecía fundamental entrar al estudio de sus distintas funciones, entre las cuales –lo dirá el fallo supremo de reemplazo– hay propias de un servicio público y, por ende, impugnables por la acción de nulidad de derecho público. Dado el hecho de no haber sido extendida la sentencia impugnada de casación en la forma legal (artículos 768 N° 5 y 170 N°s 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil) la Corte Suprema procede a invalidarla de oficio.

La sentencia de reemplazo entra de lleno a recordar que las organizaciones de usuarios de agua exceden con mucho en sus facultades las propias de una corporación de derecho privado ya que ejercen “potestades públicas”, como las Juntas de Vigilancia, a las que la ley se las ha conferido en cuanto concierne con el aprovechamiento hídrico (considerando 3°). Los falladores de la instancia “soslayaron que en la actualidad los particulares despliegan actividades que envuelven el ejercicio de potestades públicas y, en consecuencia, se rigen por el derecho público administrativo” (considerando 4°). De allí que el control de la actividad de estas entidades ha de

¹⁷Véase artículo 241 n°s. 3 y 5 del Código de Aguas.

¹⁸Es lo que tantas veces hemos criticado, y también ahora, que fuera solución de la Corte Suprema en el período oscuro del 2006-2016, según la cual se inventó –sin rubor alguno– que la acción que tratamos era “inespecífica”, “general” y más encima “subsidiaria” y que solo sería procedente en ausencia de acción anulatoria específica de origen legal en la materia determinada: baste recordar *NN c/Secretaría Regional Ministerial Sexta Región* (Corte Suprema 7.11.2011, rol 7.750-2011), y nuestro trabajo citado en nota 15.

realizarse de acuerdo con las normas de derecho público y del principio de juridicidad (considerando 6°), dado que se trata de una organización de usuarios regida por el Código de Aguas y cuya actividad se gobierna por el derecho público (considerando 7°). Por ello, la legalidad de esa actuación “puede ser controlada por los tribunales de justicia a través del conocimiento de la acción de nulidad de derecho público impetrada en estos autos” (considerando 7°).

Ya en cuanto al fondo, la Corte Suprema, de manera lúcida, concluye que el Acuerdo impugnado del Directorio no decide como árbitro arbitrador –como han sostenido los demandados– ya que no consta procedimiento alguno al respecto, y que es una decisión unilateral, elaborado sin procedimiento y sin las exigencias de escrituración y motivación, conforme con lo que dispone la Ley 19.880 y, además, fuera del ámbito de la competencia de dicho Directorio. “vicios suficientes para declarar la nulidad del acto impugnado” (considerando 19). Por ello, se revoca la sentencia que había rechazado la pretensión y se decide que se acoge la demanda y se declara la nulidad de derecho público del Acuerdo de Directorio impugnado, el que, por consiguiente, se deja sin efecto¹⁹.

Como se ve, un fallo digno de un tribunal supremo y una verdadera lección de lo que debe ser una sentencia, que estudia a fondo el caso sometido a su decisión, con rigor intelectual y conocimiento de la materia, y que hace justicia, estudiando lo que es el organismo de cuyo acto se recurre, como es un Directorio de un canal de agua, que si bien pudiera en un primer momento considerarse un organismo privado, una corporación de derecho privado, sus funciones, revisadas con mayor precisión, indican que su ejercicio comportan verdaderas potestades públicas, propias de un órgano público, por cuanto regula en virtud de la ley situaciones referentes a los usuarios de aguas y a sus derechos de aprovechamiento, que, obviamente, pueden afectar esos derechos y por ello tienen la posibilidad jurídica de ocurrir ante los tribunales de justicia en defensa de ellos y por las acciones que otorgue tanto la Constitución como las leyes. Y algo muy importante que sustenta la Corte Suprema es el hecho que no puede subordinarse el ejercicio de los arbitrios procesales establecidos a nivel constitucional, como es la acción de nulidad de derecho público, a si existe o no acciones de origen legal que los protejan, desde que la Constitución expresamente establece, de modo clarísimo, su “aplicación directa” (artículo 6° inciso 2°) y no cabe dicha subordinación puesto que significaría que la ley prima sobre la Constitución y esta se encontraría bajo el imperio de aquella, absurdos ambos que son insostenibles en cualquier Derecho de una comunidad civilizada, y que, además, viola directamente su propio texto (como es el artículo 6° inciso 2° referido).

¹⁹Ministros señores Muñoz G., Aránguiz Z., Valderrama R. y abogados integrantes Quintanilla Pérez y Rodríguez Espoz, redactor.

3. EN MATERIA DE ACUERDO MUNICIPAL CON FUNCIONARIOS EN JUICIO LABORAL CON SENTENCIA EJECUTORIADA

En *Fisco c/Carmona y otros y Municipalidad de Chaitén* (Juzgado de Letras de Chaitén, 6.1.2012, rol 92.011, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 23.5.2017, Corte Suprema, 19.12.2017, rol 35.191-2017), nos encontramos con una demanda de nulidad de derecho público deducida por el Consejo de Defensa del Estado (sic!)²⁰ en contra de un acto municipal como es el Acuerdo del Concejo Municipal de Chaitén (28.9.2011) y de un acto jurisdiccional como es la transacción acordada en los autos *Carmona y otros c/Municipalidad de Chaitén*, del Juzgado de Letras de esa localidad; subsidiariamente, demanda la nulidad absoluta de tales actos fundados en normas del derecho privado. Es decir, se trata de una acción constitucional de derecho público (artículo 7°) en contra de un acto administrativo emanado de un órgano municipal colegiado y de un fallo judicial ejecutoriado.

Sin entrar en detalles, como que el Consejo demanda a través de esta acción un acto jurisdiccional, una transacción aprobada por una resolución judicial afinada (y sea aceptada la pretensión, caso único a mi conocimiento) y también un acto administrativo como dicho Acuerdo municipal (un organismo estatal que es parte de la Administración del Estado demanda a otro organismo igual en este aspecto), nos interesa mostrar que la Corte Suprema (tercera sala) por *unanimidad* acogió la demanda y sin mayores disquisiciones, dado el hecho que los funcionarios municipales de Chaitén carecían de fundamento legal al pretender por medio de una acción de cobro de pesos, un incremento previsional basado en el DL 3.501/1980, artículo 2°, inciso 2°, que en su exacto sentido establecía “un incremento para las asignaciones vigentes” al 28.2.1981, a fin de compensar, en esa época, a los trabajadores por el mayor costo de las cotizaciones previsionales que correspondía ahora pagar a ellos (considerando 5° del fallo supremo). De allí que el Acuerdo municipal impugnado adolecía de un claro vicio como la “incompetencia de su autor” para haberlo emitido, puesto que las Municipalidades carecen de atribuciones para establecer o convenir las remuneraciones de los funcionarios de sus dependencias, ya que la materia es de “reserva legal”, competencia propia del legislador (y de iniciativa presidencial, artículo 62/65 inciso 4° n° 4). Y ello trae aparejado (no se refiere el fallo a ello, seguramente para no complicar lo decidido) que carece de sentido (y fundamento jurídico) tanto la transacción

²⁰Tal como se lee, de no creerlo... si se recuerda que sus intervenciones como defensa del Fisco fueron precisamente dirigidas a “desactivar” esta acción, primero como que era “prescriptible” (ya desde la década de los años 90, por aplicación del código civil), y luego triunfante –periodo 2006-2015/16– con que era una acción “genérica”, “inespecífica” y luego “subsidiaria”.

convenida entre funcionarios demandantes y Municipalidad demandada, por medio del acuerdo del Consejo municipal, como la aprobación judicial de ese avenimiento acordado en el juicio de cobro de pesos cit., desde que aprobaba un acto nulo de derecho público, propiamente inexistente.

Un punto de real interés es el planteado por la casación en el fondo deducida por los demandados *Carmona y otros* (funcionarios de la Municipalidad referida): el Consejo de Defensa del Estado carece de “legitimación activa” para demandar, tema que el fallo en su considerando 7° despacha, a nuestro entender, de una manera un tanto ligera, apoyándose en la ley orgánica del Consejo (DFL/H n° 1/1993, artículo 3° N° 8), que se refiere a la representación del Estado en los asuntos judiciales en que la acción entablada tenga por objeto la anulación de un acto administrativo, pero cuando esta demanda sea deducida por un particular en contra de un acto emitido por un organismo administrativo del Estado pero no que el Estado sea quien demande a un organismo de la propia Administración del Estado a la cual este Consejo también pertenece.

Y ha pasado de largo también sobre un punto central como es el requisito de existir un “derecho afectado” del demandante; ¿Tiene un “derecho” el Consejo sobre los fondos públicos en general y sobre los fondos municipales, en particular? ¿Acaso ellos son bienes fiscales? Si se admite tal “derecho” habría sido de relevante interés que se expidiera la Corte Suprema sobre las argumentaciones para afirmarlo (dado que los fallos de la instancia precisamente habían rechazado la demanda por no admitirse tal legitimación); o bien, se expidiera con algo más simple –pero más peligroso– que es afirmar que basta un “interés” jurídico para impetrar esta acción constitucional, como sería la “vigencia del imperio del Derecho” o la “supremacía constitucional”²¹. Pero todo esto escapa a nuestro objeto aquí; tal vez, será para otra ocasión.

Lo que aquí nos interesa es mostrar con claridad que la Corte Suprema, sin entrar en disquisiciones tan artificiosas de años pasados –la última década– en *Fisco c/Carmona y otros y Municipalidad de Chaitén* afirma no solamente la existencia de la acción constitucional de nulidad de derecho público y su fundamento en la propia Constitución (artículo 7°) sino también la afirma como una acción principal, directa y unitaria (no hay dos acciones, objetiva y subjetiva), autosuficiente y autodepurativa, sino que la admite incluso cuando el propio Estado a través de uno de los organismos

²¹Recuérdese que en el caso *Le Roy Barría c/Esva S.A.* la Corte Suprema (27.1.2009, rol 3237-2007) admitió –mera invención suya– que habían dos acciones de nulidad de derecho público, una objetiva y una subjetiva y la primera no necesitaba probar la existencia de un derecho afectado (sic!), asunto que venía ya del caso *Aedo Torres c/Fisco* (Corte Suprema 7.11.2000, en *Gaceta Jurídica* 245/2000, 17-22, con mi comentario en *La Semana Jurídica* N° 7, 25.2.2000-1°.1.2001,13-15; hay una segunda sentencia que pretende ser rectificatoria en *Gaceta Jurídica* 248/2001, 250-253, que le agrega dos considerandos, a raíz de nuestro comentario precitado/algo verdaderamente insólito..., pero real.

de su Administración, como es el Consejo de Defensa del Estado, la interpone para solicitar ante los tribunales ordinarios de justicia la nulidad de un acto administrativo municipal, esto es en contra de una decisión de otro organismo de la propia Administración (y dotado de gran autonomía, tanto jurídica, como administrativa y financiera) como es una Municipalidad²².

Aquello que por ahí se afirma que la Corte Suprema le habría puesto una lápida a esta acción constitucional no pasa de ser una conclusión muy ligera y no actual puesto que en el propio año 2017 podemos comentar cuatro casos que refutan tal afirmación, acogiénola, pasando a referir el cuarto caso a continuación.

4. EN MATERIA DE CONCESIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

Siguiendo con esta verdadera “conversión” de la Corte Suprema al buen sentido y a la sana doctrina, en *Sociedad Química y Minera de Chile S.A. Soquimich c/Fisco de Chile, Dirección General de Aguas, Dirección Regional de Aguas de la Región de Tarapacá, Cosayach Nitratos S.A. Y Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Negreiros* (Corte Suprema 27.12.2017, rol 82.459, tercera sala), el tribunal acoge la casación en

²²Hay más casos semejantes al comentado en este año 2017, como es *Aleuy Catrián y 48 funcionarios c/Municipalidad de Frutillar* (Juzgado de Letras de Puerto Varas, rol 45.311-2010, que acoge la pretensión anulatória del Consejo de Defensa del Estado, confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 30.3.2017, Corte Suprema desecha casación de demandados, 19.12.2017, rol 18.255-2017, la misma Tercera Sala, redactor ministro M. Valderrama R. También, antes, debe mencionarse *Fisco c/Municipalidad de Licantén y 37 de sus funcionarios* (Corte Suprema 21.7.2016, rol 25.053-2015) caso semejante si bien con problemas de índole procesal, en el cual el Juzgado de Letras de Licantén había acogido la excepción dilatoria de incompetencia opuesta por los demandados ya que debía el Fisco demandar ante el Juzgado del Trabajo, fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Talca (24.8.2015) y en contra del cual el Fisco plantea casación de fondo. La Corte Suprema la acoge y establece que la acción de nulidad de derecho público deducida por el Fisco se constituye no a través de un juicio “ordinario” sino por medio de un juicio “de hacienda” y, por lo tanto, es de conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, por el juez civil y no por un juez laboral, declarando, además, que este juez civil deberá pronunciarse también sobre la excepción de cosa juzgada que ha interpuesto los funcionarios demandados. Reciente pero ya no el Consejo de Defensa del Estado como demandante, pero sí el mismo tema del DL 3.501/1980, (artículos 1° y 2°) aparece *Aguayo Méndez y otros (324 funcionarios públicos) c/Contraloría General de la República* (Corte Suprema, tercera sala, 10.9.2018, rol 12.207-2018), demandantes que interponen nulidad de derecho público en contra de dos dictámenes (44.764 y 50.142) que habrían negado el derecho a obtener el pago de los incrementos previsionales del artículo 2° del DL referido, además de solicitar en subsidio indemnización de perjuicios; recurren ante la Corte Suprema por casación de fondo en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (19.12. 2017, rol 11.402) que confirmaba rechazo de la demanda del tribunal de primera instancia. Se rechaza el recurso siguiendo los planteamientos asumidos en los casos anteriores mencionados, esto es que los recurrentes carecían del derecho a exigir tales incrementos.

el fondo presentada por el demandante en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (26.10.2015) que confirmara el fallo de primera instancia que rechazara la demanda.

Aquí la demandante solicita la nulidad de derecho público de doce resoluciones de la autoridad regional de Aguas referida, de octubre de 2006, que concedían a la Minera Negreiros cit. derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas al amparo de un sistema simplificado y especialísimo previsto en la Ley 20.017, artículos 4° y 5° transitorios (transferidos a Cosayach cit.), careciendo de competencia dicha autoridad recurrida ya que esa legislación está reservada para determinado grupo de personas (v. gr., agricultores pequeños, campesinos, agrupaciones indígenas y sus comunidades), entre las cuales, evidentemente, no se encuentran dichas sociedades mineras...

Se extiende el fallo con detención sobre cómo se ha producido un error de derecho en los falladores al rechazar la demanda, dado que han hecho aplicable un régimen legal del todo excepcional y temporal, de regularización de situaciones de agricultores, pequeños campesinos e indígenas, como si fuera un régimen general aplicable incluso a sociedades mineras, torciéndose de manera clara el sentido y la finalidad del régimen jurídico que regula el tema²³. De allí que se acoge la casación en el fondo por haber cometido un evidente error los falladores al aplicar una ley a una situación que ni remotamente estaba regulada por ella; como se dice bien por la Suprema, ha habido una notoria violación de la ley al otorgarse derechos de aprovechamiento de agua a quienes no correspondía dado que no cumplían los requisitos legales para tal otorgamiento. Ya el fallo de reemplazo deja sin efecto las doce resoluciones administrativas impugnadas que conferirían derechos en contrariedad al Derecho.

Cabe, sí, observar, que el considerando 8° del fallo que acoge la casación retiene una posición que *inventó* la Corte Suprema allá por 2007 en un caso *Eyzaguirre Cid c/Fisco* (28.6.2007, rol 1203-2016), según la cual habrían dos acciones de nulidad de derecho público (así como se ve...), una dirigida a solicitar solamente la nulidad de determinado acto administrativo y, otra, en la cual esta sería un “medio” para perseguir la responsabilidad de la entidad que dictó dicho acto y que ha producido un daño a una víctima (v. gr., su destinatario) a fin de obtener la indemnización por los perjuicios sufridos. Y este último tipo de acción anulatoria –y surge otra *invención suprema*– “requeriría de ley expresa” (sic!) para poder deducirse. Cómo se nota que por aquel tiempo la tercera sala no era muy respetuosa de la

²³Véanse especialmente sus considerandos 5° (hechos), 9° y 10°, 18 a 21 y sobre todo 23 y 24, ministros señores Muñoz G., Aránguiz Z. (redactor), Valderrama R. y Prado P., y abogado integrante Quintanilla P. Debe hacerse presente que hay dos votos en contra, el del ministro señor Prado Puga, prestigioso profesor de derecho comercial, y del abogado integrante señor Quintanilla Pérez, prestigioso abogado del Consejo de Defensa del Estado por décadas.

Constitución, de la separación de poderes, de la diversidad de funciones, de la supremacía constitucional, del principio de juridicidad, etc... Recuérdese que este artificio de la existencia de dos acciones de nulidad de derecho público fue acogido por instigación de la defensa fiscal en estos procesos de nulidad constitucional a fin de aplicarle a esta inventada segunda acción la normas del código civil sobre la prescripción (artículo 2332), porque decía el tribunal supremo que este segundo tipo o especie implicaría “derechos personales de carácter patrimonial” y lo patrimonial está regido –según dicho criterio verdaderamente esotérico– por el derecho civil... (como si no existiera un régimen constitucional al respecto)²⁴.

El fallo contiene una prevención muy importante del Ministro Muñoz Gajardo, quien concurre a él “sin compartir la doctrina de la prescripción respecto de la acción que pretende la nulidad del acto administrativo y sus efectos patrimoniales, puesto que en su concepto en ambos aspectos la acción es imprescriptible, por estar referida a una acción regida por el Derecho Público al cual no es posible aplicar la legislación relativa al Derecho Privado, como tampoco procede su consideración por analogía, por tratarse de un modo de extinguir las obligaciones que opera como sanción para el acreedor negligente, conforme se ha manifestado con detalle en diferentes fallos”²⁵.

Así de simple, sin mayores disquisiciones en torno a posiciones tan artificiosas como perversas para los derechos de las personas, en que incurriera la misma tercera sala en años anteriores pero con distinta conformación.

Este caso es otra demostración más que *esta acción constitucional goza de buena salud y es pieza vital del régimen de Derecho para defensa de las personas frente a la Administración*, a fin de mantener su condición de ciudadanos en una sociedad libre y no ser transformados en siervos por el poder no pocas veces subrepticamente totalitario del gobierno de turno²⁶.

²⁴Criticábamos estos planteamientos estatistas que promueven el poder autoritario del Estado (y conste que en plena democracia...) y desactivan la defensa de los particulares frente a sus torpezas, descuidos, negligencias o arbitrariedades en nuestro *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente* cit. (segunda parte), *Ius Publicum* 31/2013, 97-117, espec. 106-109 y 114, al comentar *Le Roy Barría c/Eskal* (Corte Suprema 27.1.2009, rol 3237-2007; sobre el tema y la jurisprudencia desde 2006 al 2015 vid. el resumen de las tres primeras partes en *Ius Publicum* 34/2015, 73.92, espec. 80.83.

²⁵Los votos en contra (señores Prado y Quintanilla) estuvieron por rechazar la demanda en razón de sostener que la acción estaba prescrita, cosa que a mi conocimiento había sido dejada de sostener después que el propio ministro señor Pierry aceptara su imprescriptibilidad (vid. *Hernández Hernández c/Municipalidad de Lago Ranco* Corte Suprema 2.9.2013 rol 2054-2013). Sobre la improcedencia de la prescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público como de la responsabilidad del Estado, alegaciones incesantes de la defensa fiscal durante tantos años, puede verse nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (2012), 524-545 para la primera y 855-867 para la segunda.

²⁶Debe hacerse presente que hay numerosos casos que la Corte Suprema ha conocido de casaciones en el fondo en procesos de nulidad de derecho público de actos administrativos en este solo año 2018 y que esperamos comentar en otra ocasión, Dios mediante.

IN MEMORIAM

ALEKSANDR SOLZHENITSYN (A cien años de su nacimiento/11.12.1918)*

I. LA INCÓMODA VOZ DE UN PROFETA

Afirma Hilaire Belloc en *La crisis de nuestra civilización* que “no se dice una verdad histórica cuando se cita pura y simplemente un hecho conocido, ni siquiera cuando se cita cierto número de hechos dentro de un orden correspondiente a la verdad. Solo puede expresarse la verdad con precisión cuando se citan los hechos conocidos teniendo en cuenta la jerarquía de los valores”.

Si dijéramos, entonces, que Aleksandr Solzhenitsyn nació el 11 de diciembre de 1918 en Kislovodsk y que murió el 3 de agosto de 2008 en Moscú diríamos verdades, sí, pero parciales, porque estaríamos omitiendo una verdad esencial: Solzhenitsyn es una marca registrada de integridad moral y espiritual en tiempos de violencia, de indiferencia, de cosmopolitismo y de secularismo.

“Yo puedo decirles lo siguiente: sé muy bien cuál es mi misión. Mi obligación es sentarme todos los días ante unas cuartillas blancas y escribir mis libros. Estoy convencido de que es mi deber aportar mi grano de arena para hallar la solución de unos problemas enormes, para salir del callejón en el que nos encontramos, mediante una aportación literaria”. Solzhenitsyn pronunció estas palabras el 10 de mayo de 1975 en una conferencia de prensa en París.

Entonces todavía existía la conocida “Guerra Fría” entre Estados Unidos y la Unión Soviética. “Es mi deber trabajar no solo para mi satisfacción –agregó–, no solo siguiendo mi vocación de novelista, pensando no solo en mi obra literaria, sino en los que murieron y yo conocí y en aquellos otros muchos que cayeron estando yo a su lado. Nunca me hubiera ocupado de estas cosas pero los muertos se levantan una y otra vez ante mí”.

“Debo decir, en primer término, que soy un escritor ruso. Mi suerte, mi destino, están vinculados a mi patria, a mi pueblo. De otro lado, soy un escritor del siglo XX, del nuestro”, sostuvo el 11 de abril de 1975 en una entrevista en la televisión francesa.

Exiliado en 1974 de su patria, Solzhenitsyn buscó toda su vida “regresar a Rusia”. “Siento continuamente que deseo y debo regresar a Rusia”, expresó el 12 de diciembre de 1974 en una conferencia de prensa en Estocolmo.

Cuando el periodista Walter Cronkite, de la CBS, le preguntó el 17 de junio de 1974 en qué estaba trabajando en ese momento, Solzhenitsyn le respondió: “Verá, no solo ahora, sino durante toda mi vida, he trabajado en una sola cosa: en escribir la historia de la revolución rusa. Desde 1936 trabajo en lo mismo”. En ese tiempo el patriota ruso contaba con 18 años.

*Textos publicados en *La Prensa*/Buenos Aires, Suplemento de Cultura, el 9.12.2018. Atención del Profesor Dr. Germán Masserdotti.

Mediante libros como su elocuentísimo *Archipiélago Gulag, Un día en la vida de Iván Denisovich* –por ella ganó el Premio Nobel de Literatura en 1970–, *La casa de Matrona, El primer círculo, Pabellón de cancerosos*, entre otros, fue un denunciador constante e inteligente del comunismo y no solamente en su patria sino también en el orden internacional.

“El comunismo es un tosco intento de explicar la sociedad y el hombre –explicó el 9 de julio de 1975 a un grupo de trabajadores de Estados Unidos–. Es como si el cirujano utilizase el hacha del carnicero para realizar su delicada operación. Lo más sutil de la psicología humana y de la organización de la sociedad –un organismo incluso más complejo– lo reduce a un burdo proceso económico. La creación Çhombreè la circunscribe a la materia. Es característico que, al estar tan falto de argumentos frente a sus oponentes, allí en los países comunistas, el comunismo no puede oponer absolutamente nada. *Como no tiene juicios echa mano del garrote, de la cárcel, de los campos de concentración y de los hospitales psiquiátricos*”.

Observador histórico perspicaz, señaló, en una conferencia de prensa en Estocolmo el 12 de diciembre de 1974, que “entre la revolución francesa y la revolución de Octubre existe la profunda semejanza de que ambas son ideológicas: *no asesinaban simplemente sino sobre la base de la ideología*”.

En más de una ocasión previno sobre el engaño de la “distensión” o déttente entre la Unión Soviética y los Estados Unidos durante la “Guerra Fría”. Había conocido “el vientre del dragón”. “El mundo no es analfabeto, en Occidente todos o casi todos saben leer. Sin embargo, es como si nadie quisiera comprenderlo. La humanidad se comporta como si no quisiera hacerse cargo de lo que es el comunismo. Como si no quisiera entender. Como si fuese incapaz de comprenderlo”, sostuvo el 9 de julio de 1975 en Nueva York ante otros trabajadores de Estados Unidos.

“Nuestro camino es: ¡no apoyar conscientemente la mentira en nada! Al tener conciencia de la demarcación de la mentira (cada cual la ve de distinto modo), ¡retrocedamos de la divisoria gangrenosa! No hay que encolar huesecillos muertos y escamas a la Ideología. No hay que remendar los podridos harapos. Nos asombrará entonces la rapidez e impotencia con que la mentira se desplomará. Lo que tiene que estar desnudo, comparecerá desnudo ante el mundo”, afirmó el 18 de febrero de 1974 en “¡Rechacemos la mentira!”.

“No son las dificultades del conocimiento lo que trastorna a Occidente sino el no querer saber; la preferencia emocional de lo agradable frente a lo severo... el cobarde autoengaño de sociedades y gentes que viven en la prosperidad y que han perdido la voluntad de autolimitación, del sacrificio y de la firmeza”, señaló en el 5 de septiembre de 1973 en “La paz y la violencia”.

“El mundo occidental ha perdido la conciencia y ya no tiene vergüenza. Estar saciado y, pese a todo, seguir luchando para obtener más y más. ¿No es horrible?”, comentó el 11 de abril de 1975 en una entrevista en la televisión francesa.

No obstante ser crítico de Occidente en la actualidad, también fue capaz de prescribir la cura para el declinar del coraje: “No queda en la tierra otra salida que la de orientarse siempre hacia arriba”, aseveró en “El suicidio de Occidente”, el famoso discurso que pronunció el 8 de junio de 1978 en la Universidad de Harvard.

Palabras de un profeta que recuerdan a Elías, a Isaías y a Jeremías.

GERMAN MASSERDOTTI

II. UN NACIONALISTA DE DOS MUNDOS

Aleksandr Solzhenitsyn, Premio Nobel de Literatura 1970, de cuyo nacimiento se cumplen el 11 de diciembre 100 años, es mi héroe. Un héroe cuya memoria es bastante menospreciada en la propia Rusia, adonde él volvió del exilio en 1994. Me voy a permitir una pequeña introducción personal, porque de lo contrario costaría comprender mi relación con el escritor. Soy hijo de exiliados políticos rusos. Después de la revolución de 1917 mis abuelos combatieron en la guerra civil contra los rojos, y se exiliaron tras la derrota de los “blancos”. Me trajeron a la Argentina cuando tenía 5 meses.

Los exiliados rusos creían firmemente que el comunismo iba a caer en unos meses o a lo sumo el año que viene. Y por eso, en aquella primera etapa del exilio, ni siquiera compraban propiedades, poco menos que no deshacían las valijas, esperando volver. Yo fui criado también en esa esperanza: volveríamos a tomar las armas para abatir a la tiranía comunista. Es que no era una emigración económica. Los “blancos” meramente se habían replegado, para algún día volver a atacar. Lamentablemente, casi ninguno de los blancos llegó a ver el momento de la caída del régimen comunista. Una caída parcial, por otra parte, por cuanto el sovetismo sobrevive y gobierna en la Rusia de hoy.

Educado en los principios de mis abuelos, pero viviendo en la Argentina, crecí como un nacionalista de dos mundos. Sentía de la misma manera la pasión por la patria de mis ancestros, como por mi patria adoptiva. Y por ende tuve una militancia paralela en el nacionalismo tradicionalista argentino y en el nacionalismo tradicionalista ruso, sin sentir en ningún momento que ambas militancias se contradijeran en lo más mínimo. Entendámonos: para mí solo vale la acepción de “nacionalista” del filósofo Jordán Bruno Genta: amor exasperado a la patria, cuando esta se encuentra en peligro.

Cuando fracasé en mi decisión de seguir la carrera militar (soy el primer civil en una estirpe de 500 años de militares rusos), porque la ley 346 bis prohíbe a cualquier no nativo de la Argentina no solo ser oficial en las Fuerzas Armadas, sino tampoco oficial de policía ni de la marina mercante, elegí el periodismo como otra forma de combate por la verdad: tanto en castellano como en ruso.

El periodismo en castellano me ha servido para la supervivencia económica, en tanto que en ruso siempre fue totalmente *ad honorem*. Lo ejercí en el periódico monárquico *Nuestro País*, fundado en 1948 en Buenos Aires por otro escritor que también padeció, como Solzhenitsyn, los campos de concentración comunistas, solo que antes de la Segunda Guerra Mundial: Iván Solonevich.

Solonevich se había fugado en 1934 a Finlandia, desde un campo de concentración en la Unión Soviética. Luego publicó su primer periódico en Bulgaria, adonde la policía política de la Unión Soviética, la Cheka-GPU-NKVD le mandó por correo una bomba, que mató a su mujer y a su secretario. Tras mucho peregrinar, Solonevich llegó a Buenos Aires en 1948 y empezó a editar este semanario monárquico ruso. Pero en 1950 luego de varias denuncias realizadas por elementos filosoviéticos, fue expulsado por el gobierno de Perón al Uruguay, donde murió en 1953. Sus ayudantes siguieron editando el periódico, hasta que en 1967 yo me hice cargo de la parte periodística.

Luego de que Solzhenitsyn fuera expulsado de la Unión Soviética, a principios de 1975, me llegó una carta suya al periódico, donde pedía que se publicara su exhortación a los que él llamaba “los rusos mayores de la revolución”.

En ella solicitaba documentación, memorias, fotos, testimonios sobre la revolución de 1917 y la consecuente guerra civil. El pedido tuvo mucho eco entre los rusos exiliados: le llovieron materiales al escritor. Ese fue su primer contacto con mi periódico. Después me hizo llegar otros escritos suyos, generalmente relacionados con la cruzada política que llevaba contra el régimen soviético, y establecí correspondencia con él. Siempre fue muy atento en sus respuestas, que eran sumamente interesantes. Yo, por supuesto, soñaba con conocerlo personalmente, y un par de veces le pedí que me concediera una entrevista, pero sin resultado.

En 1984, yo había recibido una invitación para hacer una gira con otros periodistas por el Extremo Oriente y el vuelo era vía Nueva York. Desde esa ciudad le envié al estado norteamericano de Vermont una carta, esta vez sin pedirle entrevista alguna, señalándole que sabía lo ocupado que estaba, pero que quería al menos estrecharle la mano, aunque mi visita fuese de 5 minutos. Y le dejé la dirección de mi tío neoyorquino. Cuando vuelvo de Extremo Oriente, y llamo a mi tío desde el aeropuerto Kennedy, este exclama: “¡Mañana te espera Solzhenitsyn!”.

Rumbo a Vermont. Darme cuenta de que finalmente iba a conocer a ese titán, a ese clásico viviente, fue un impacto tremendo. Lloré de emoción el trayecto entero en taxi hasta la casa de mi tío y no pegué un ojo en toda la noche.

A la mañana siguiente tomé un vuelo a Boston y de allí un avioncito hasta Cavendish, Vermont. La esposa de Solzhenitsyn me había escrito que me recibiría un señor estadounidense de unos 40 años, de nombre Lenart, una suerte de asistente, que había empezado como profesor de inglés de los hijos del escritor. Y le digo: “¡No puedo ir con las manos vacías! ¿Puedo comprar algo? ¿Le gustan las rosas a la mujer de Solzhenitsyn?”.

“Sí, sí, le gustan mucho, pero tiene que ser un número impar”. Me llevó a una florería del pueblito y compré todas las rosas que había, cuidando de que no fuera un número par. “Y a él, ¿qué le puedo regalar?”.

“A él no le gustan los regalos, siempre protesta contra ellos, pero creo que en su fuero íntimo no le pueden disgustar”. “Pero ¿qué le regalo? ¿Le gusta tomar vodka?”. “Sí, le gusta”. Pues le compré una finlandesa para él y como era Semana Santa, huevos de Pascua para los hijos.

Llegamos finalmente a su dacha, dos casonas ubicadas en el medio de un bosque (con una capilla privada en la cercanía), y Lenart me dice: “Ellos tienen un sistema: primero usted va a tomar café con Natalia Dmitrievna, su esposa, ella conversará con usted y después lo va a llevar al segundo edificio donde lo va a recibir Solzhenitsyn”.

La señora me pareció inteligentísima, brillante, muy culta y sobre todo muy compenetrada intelectual y espiritualmente con su marido.

Libros como soldados. Aquí tengo que hacer una digresión. Los que éramos descendientes de exiliados rusos blancos, al soñar con la liberación de Rusia del comunismo, seguíamos muy atentamente las novedades políticas y literarias de Rusia. Entonces, cuando aparece *Un día en la vida de Iván Denisovich*, el primer libro de Solzhenitsyn, publicado en la Unión Soviética en el año 1962, que más

tarde llega a mis manos, junto con su famosa carta abierta contra la censura comunista dirigida al Congreso de Escritores de 1967, yo percibí inmediatamente que era un tradicionalista ruso. ¡Pero lo percibí con el alma! Porque no había ningún indicio directo de ello, él usaba un lenguaje de Esopo.

Inclusive en Occidente, cuando apareció *Un día en la vida de Iván Denisovich*, bendecido además por Nikita Khrushchev que quiso aprovecharlo en su lucha contra la imagen de Stalin, todos dijeron: “Este es un marxista ortodoxo, por fin un marxista con rostro humano, no como los stalinistas”.

Pero yo sentía claramente que se equivocaban. Solzhenitsyn siempre fue un soldado, un estratega. Es muy significativo cómo habla de sus propios libros: son compañías, regimientos o divisiones, son tropas que están al ataque o agazapadas esperando el momento de contraatacar. Ese fue el Solzhenitsyn que yo percibí: él no estaba mostrando todas sus cartas, es decir todas sus “tropas” de entrada, sino que lo hacía en forma paulatina.

Cuando sale *Archipiélago Gulag*, ya nadie podía decir que este escritor era marxista, pero entonces comenzaron a sostener que era un liberal de tomo y lomo, de los buenos. “Bueno –se consolaban– no será marxista, pero es de los nuestros, es liberal”.

Sin embargo, cuando Solzhenitsyn llega a Estados Unidos y hace su famoso discurso en la Universidad de Harvard, fustigando las lacras de la cultura occidental actual, ya se dan cuenta que de liberal no tiene nada, sino todo lo contrario, y entonces exclaman: “¡Es un nacionalista ruso!”.

Con todo, a uno de estos “ejércitos” que él guardaba agazapado, Solzhenitsyn no lo blanqueó prácticamente nunca. Y en 1984 fui el elegido por el destino para conocer la existencia de este último “ejército”, esta última postura, la más recóndita, la más esencial de él. Y es que Solzhenitsyn resultó ser monárquico, zarista, aunque nunca lo dijera en público en forma absolutamente abierta, si bien su obra está sembrada de indicios de ello, visibles para el lector alerta. Al menos, así lo entendía yo.

Como el periódico que yo manejaba era monárquico, a mí me interesaba mucho corroborar en forma personal esta percepción que tenía. E iba a tener la oportunidad de hacerlo en esa reunión que se me iba a dar con Solzhenitsyn.

No mostrar su rostro enteramente, siempre fue parte central de su estrategia. En sus memorias literarias, *El becerro embestía al roble*, es apasionante leer sobre las distintas tácticas que iba implementando para engañar al gobierno soviético, porque de haberlo chocado de frente y con todas las cartas sobre la mesa, el Leviatán comunista lo hubiera aniquilado en un santiamén. Atacaba, finteaba, se replegaba, volvía a arremeter; pero sin comprometer en ningún momento sus principios.

Cuando, al tomar café con su esposa, oigo que ella me dice “Nosotros, los monárquicos”, me sentí absolutamente feliz. ¡No había errado en mi percepción! Natalia Dmitrievna me presenta a su madre, a su hijo menor Ignacio, que tenía en ese momento 11 años, y me dice: “Bueno, ¡ahora vamos a ver a Alexander Isaievich!

Así le veo la cara. Pasamos a la otra casona, donde él estaba trabajando. Tenía montones de mesas con material desparramado sobre cada una de ellas, caminaba entre las mismas y escribía de pie, inclusive en el jardín tenía una mesa alta para escribir parado. Me recibe con gran cordialidad y dice: “¿Quiere sentarse

a mi lado? No, ¡siéntese enfrente, así le veo la cara!”, y me empieza a preguntar muy concienzudamente sobre quién era yo, a pesar de que nos habíamos carreado durante bastantes años, sobre mi familia, mi trabajo, qué pensaba sobre determinados tópicos. Y mientras hablábamos iba haciendo anotaciones con esa letra minúscula que había elaborado en los campos de concentración: le cabían muchas frases en un pedacito de papel.

Luego me dice: “Pero ¿cómo es que usted..., tercera generación de rusos en el exilio, habla tan bien ruso y quiere hacer algo por la liberación de Rusia? Esto es extraño, explíquemelo”. Le contesto: “Es la educación que me dieron, hay muchos jóvenes rusos en el exilio que piensan igual, pero no saben cómo actuar para acercar la hora de la liberación de Rusia del comunismo. ¿Qué es lo que habría que hacer?”.

Pero continuaba interrogando: “Y usted, ¿por qué eligió el periodismo?”. “Bueno, elegí el periodismo porque consideré que era una manera de ser soldado, soldado de la verdad, aunque suene un tanto altisonante”.

“No, no, no, eso no es nada altisonante, a mí me gusta su actitud castrense, porque no está excluido que tengamos todavía que participar de una guerra y probablemente con las armas en la mano”. El escritor tenía ya 66 años, pero exudaba una vitalidad y energía increíbles. Yo no salía de mi asombro por la fuerza que despedía ese hombre en cada uno de sus movimientos, en cada una de sus palabras.

Entonces le pregunto: “¿Cómo se imagina usted esta guerra que habrá que hacer por la liberación de Rusia?”. Me contesta: “La situación es muy compleja. Imagínese usted esto: es como si nosotros avanzáramos por la cresta de una montaña; a la derecha está el comunismo, los comunistas son irrecuperables, y a la izquierda está el febrerismo (la ideología de quienes obligaron a abdicar al Zar Nicolás II en febrero de 1917). Nosotros caminamos por la cresta entre esos dos abismos, entre esas dos opciones absolutamente inaceptables”.

Cabe acotar aquí que, tanto en su monumental obra *La rueda roja*, como en numerosos artículos y entrevistas, Solzhenitsyn sostiene que la revolución masónica de febrero del 17 y no la bolchevique de octubre, es la causa principal de la destrucción de Rusia. Una le abrió paso a la otra.

Estuve en total tres horas con el escritor, quien me dijo entre otras cosas: “Considero que la mejor forma de gobierno es la monarquía, pero Rusia no puede pasar del estado de destrucción en que se encuentra directamente a una monarquía, van a hacer falta unos 50 años de dictadura militar, para que Rusia pueda sanearse primero”.

NICOLAS KASANZEW

III. OCCIDENTE Y EL VERDADERO ORIGEN DE SU DECADENCIA

Con suma justicia Aleksandr Solzhenitsyn ha pasado a la historia como el testigo supremo de los horrores del comunismo. Pudo dar testimonio porque antes fue víctima de la crueldad de un régimen totalitario y asesino. Su obra literaria fue

el medio en el que recogió las experiencias indecibles que debió atravesar, y las de millones más que como él padecieron aquella ideología inhumana. En la cumbre de ese empeño titánico reinan, elocuentes y abrumadoras, las páginas de *Archipiélago Gulag*.

Sin embargo, en los últimos decenios de su vida, Solzhenitsyn se convirtió en una suerte de profeta moderno impelido por la urgencia de amonestar, no ya a la tierra en la que había nacido, sino a la que lo había recibido cuando al fin pudo vivir en libertad. La decadencia de Occidente y el abandono de su tradición esencial lo preocuparon sin descanso. Lo expresó de muchas maneras y en diferentes ocasiones, pero ninguna con tanta elocuencia como la del célebre *Discurso de Harvard*, que pronunció el 8 de junio de 1978, en el comienzo del año lectivo de aquella universidad estadounidense.

El mensaje está formado alrededor de paradojas. Solzhenitsyn alertaba que el progreso occidental, visible en el bienestar económico y material, fomentaba una competencia que conducía a la ansiedad y la depresión. Una visión legalista de la vida, con amplitud de derechos para todos los ciudadanos, había terminado por esterilizar el sentido del sacrificio y la abnegación. También sofocaba el coraje y alentaba la criminalidad. “La defensa de los derechos individuales ha alcanzado tales extremos que deja a la sociedad totalmente indefensa contra ciertos individuos”, advertía en un anticipo de lo que hoy se conoce como “garantismo”.

Protegida por la más amplia libertad, la prensa no se veía obligada a cumplir con su “responsabilidad moral por la distorsión o la desproporción”. La ausencia de censura estatal tampoco ofrecía garantías respecto de la libertad de pensamiento. “Vuestros académicos son libres en un sentido legal –señalaba–, pero están acorralados por la moda del capricho predominante”.

Ese, de modo resumido, era el diagnóstico de Solzhenitsyn. ¿Y cuál era la causa de la afección occidental? Su respuesta, la médula del discurso que desconcertó a quienes veían en el escritor y disidente a un mero combatiente de la “guerra fría”, fue mucho más atrás en el tiempo y arañó la sustancia de lo que había terminado por denominarse “Occidente”. *El origen del error estaba “en la misma base del pensamiento humano de los últimos siglos”*. Era la visión occidental “que nace del Renacimiento y encuentra su expresión política a partir de la Ilustración” y que es “la base de todas las doctrinas políticas o sociales”.

Solzhenitsyn la llamaba *humanismo racionalista o autarquía humanística* y la definía así: “Es la autoproclamada y practicada autonomía del ser humano de cualquier fuerza superior”. “La nueva forma humanista del pensamiento, que había sido proclamada nuestra guía, no admitía la existencia de una maldad intrínseca en el ser humano, ni entreveía una misión más elevada que el logro de la felicidad terrenal”, recordaba. El capitalismo liberal pero también el comunismo marxista derivaban de esa presunción. Había entre ellos un *parentesco inesperado*.

Su terreno en común era el materialismo y la libertad desprovista de un orden espiritual al que sujetarse. Por eso, recordaba Solzhenitsyn, Marx pudo decir que el “comunismo es humanismo naturalizado”. Las “mismas piedras fundamentales” de ese humanismo “erosionado” se encontraban en ambos sistemas: “materialismo ilimitado; liberación de la religión y de la responsabilidad religiosa; concentración de las estructuras sociales bajo un criterio supuestamente científico”.

Por ello, más que la amenaza de una guerra devastadora entre los bloques que entonces eran enemigos, Solzhenitsyn advertía de otro desastre vigente en aquellos

días (y mucho más en los nuestros, cuando la guerra fría es apenas un recuerdo). Se refería “a la calamidad de una conciencia desespiritualizada y de un humanismo irreligioso”, el criterio que hizo del hombre, ser imperfecto, la medida de todas las cosas que existen sobre la tierra. “Estamos ahora pagando por los errores que no fueron apropiadamente evaluados al inicio de la jornada –observaba–.

Por el camino del Renacimiento hasta nuestros días hemos enriquecido nuestra experiencia pero hemos perdido el concepto de una Entidad Suprema Completa que solía limitar nuestras pasiones y nuestra irresponsabilidad. Hemos puesto demasiadas esperanzas en la política y en las reformas sociales, solo para descubrir que *terminamos despojados de nuestra posesión más preciada: nuestra vida espiritual*, que está siendo pisoteada por la jauría partidaria en el Este y por la jauría comercial en Occidente. Esta es la esencia de la crisis: la escisión del mundo es menos aterradora que la similitud de la enfermedad que ataca a sus miembros principales”.

Hoy sería conveniente releer este mensaje en momentos en que, una vez más, son tantos los que confunden a los villanos y no alcanzan a detectar el origen verdadero del mal de un mundo que avanza hacia su completa deshumanización a fuerza de leyes, derechos y satisfacción material.

JORGE MARTÍNEZ

CRÓNICA

REFLEXIONES TOMISTAS

I. JÓVENES Y FAMILIA, ¿EL COMPROMISO DE AMAR?

EL AMOR ES ALGO TAN GRANDE, QUE ES LO ÚNICO DIGNO
DE LA PERSONA HUMANA

A lo largo de octubre, mes de la familia, se han multiplicado las instancias dirigidas a profundizar en su importancia. Especialmente cuando algunos dudan de su centralidad y de sus elementos constitutivos como comunidad de vida y amor, los llamados a protagonizarla han sido en Roma objeto de un Sínodo durante el mes (del 3 al 28): el Sínodo sobre los jóvenes, su acercamiento a la fe desde la óptica del discernimiento, y su compromiso con la misma y con la sociedad. Se han reunido miembros de la Iglesia del mundo entero para reflexionar de manera colegiada sobre un tema de especial interés, en estrecho contacto con el Santo Padre, que preside varias de las sesiones. Y, por supuesto, ¡hubo también representación de Chile!

Hijos de su época, los jóvenes se mueven en el mundo de las redes y comunicaciones sociales, pero son, en muchos casos, víctimas de falsos ídolos: el placer fácil confundido con el amor, las evasiones prometidas como felicidad, el miedo al compromiso fruto en muchos casos de experiencias dolorosas, muchas de ellas cercanas, y, todo ello, en medio de una cultura de relaciones y vivencias poco profundas y más bien superficiales. Pero también se ha puesto de manifiesto su gran sensibilidad hacia los hermanos necesitados, su deseo profundo de amar y ser amados y su inquietante cuestionamiento acerca del sentido de bien y el mal y de la libertad. El joven, por lo tanto, no ha perdido su anhelo de metas elevadas ni tampoco, aunque parezca lo contrario, de un sentido religioso de la vida. Pero necesita ayuda para descubrir que es posible vivir un amor verdadero con el que comprometerse y por el que dar la vida. Y también para aprender que eso no se improvisa, sino que hay que dar pasos en la madurez personal para capacitarse para amar de verdad, que no es amar por placer o por utilidad, o porque se sientan ganas, sino porque la persona con la que construir ese proyecto de vida común es valiosa y digna de ser amada por sí misma, hasta el punto de perdonarle sus defectos y superar cansancios y dificultades para caminar juntos. Esta manera de amor, a la que santo Tomás denomina de benevolencia, hay que aprender a vivirla, sobre todo porque el peso del egocentrismo, signo de inmadurez, puede jugar en contra y ha de contrarrestarse para ser capaces de pensar en el otro antes que en sí mismo. Así lo enseña:

“[...] no todo amor tiene razón de amistad, sino el que entraña benevolencia; es decir, cuando amamos a alguien de tal manera que le queramos el bien. Pero si no queremos el bien para las personas amadas, sino que apetecemos

su bien para nosotros, como se dice que amamos el vino, un caballo, etc., ya no hay amor de amistad, sino de concupiscencia [...] Pero ni siquiera la benevolencia es suficiente para la razón de amistad. Se requiere también la reciprocidad de amor, ya que el amigo es amigo para el amigo. Mas esa recíproca benevolencia está fundada en alguna comunicación" (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 23, a. 1).

Los más llenos de esperanza son los jóvenes, como dice santo Tomás, pero también los más imprudentes porque tienen menos experiencia y son más impulsivos. Pues, "por el calor de la naturaleza, abundan en espíritus vitales, y por eso se les ensancha el corazón. Por eso los jóvenes son animosos y tienen buena esperanza. De la misma manera [...] por su inexperiencia de los obstáculos y deficiencias, fácilmente consideren posible una cosa" (*Ibid*, I-IIa, q. 40, a. 6, in c). La falta de experiencia propia puede equilibrarse con la docilidad al consejo de personas experimentadas y ejercitarse además en esas pequeñas y grandes virtudes que permiten querer el bien, para sí y los demás, no solo cuando se sienten ganas, sino siempre. El amor es algo tan grande, que es lo único digno de la persona humana. Lo demás –amar solo a temporadas o servirse de las personas egoístamente– lo degrada. Por su grandeza hay que pagar un hermoso precio: el prepararse a darse al otro desde la generosidad, desde el autodominio, templanza, la prudencia, la paciencia, la misericordia, justicia, etc. Así es posible el compromiso, el del amor verdadero que es la base de la familia, como comunidad de vida y de amor.

Como dijo hace unas semanas una estudiante de la Universidad Santo Tomás: "Nosotros como jóvenes tenemos esa inquietud que, al igual que los santos, es ser minorías creativas que comienza por querer buscar un cambio en uno mismo y luego continuar un cambio en nuestro entorno y por último en la sociedad".

II. EL SENTIDO DE LA VIDA O LA VIDA CON SENTIDO

EL AMOR CONVIERTE EL CANSANCIO EN DESCANSO Y LO DIFÍCIL EN FÁCIL

Estamos ya a fines de noviembre, con muchos logros alcanzados y un mes de diciembre que aparece como la recta final del año. Además, una recta final llena de tareas, cierres, exámenes o evaluaciones, y todo eso nos hace sentir cierto agobio, como si tratáramos de conseguir en un mes lo que no hemos conseguido en casi un año. Ese cansancio hace que estemos de peor humor, nos sentimos más impacientes y de que los ánimos estén más encendidos. Y por eso, aunque sea triste, vemos que se dispara la violencia como respuesta a dificultades o situaciones complicadas. No solo pasa en Chile, de muchos otros países llegan noticias de la misma índole. Y ante eso, uno se pregunta muchas cosas. Muchas. Algunas hechas en general pero otras aplicadas a mi vida, a mi persona.

¡Qué importante es no perder el norte en esos momentos! No dejarse llevar por primeras impresiones que aparentemente dejan sin sentido tantas situaciones.

Pues al final es el sentido de la vida, de mi vida y de la tuya la que se puede poner en duda. Es bueno hacerse esa pregunta de vez en cuando, sobre todo en momentos claves o críticos de la vida, porque sin un para qué no estaríamos dispuestos a ningún cómo ni, por lo tanto, a hacer nada. Algunas de nuestras metas valen solo para ciertos procesos o instantes, pero hay otras, aunque sean pocas, que no debieran perderse del horizonte vital.

Hace poco me contaba una joven alumna que a veces se planteaba esas preguntas a las que le costaba encontrar respuestas. Le animé a no dejar esa búsqueda, de la que depende su proyecto de vida y, por lo tanto, su sentido; pero además le di una pista, válida no solo para ella sino en sí misma. Una pista que unos días después se vio confirmada en una conversación con un grupo de jóvenes. Comentaron que les llamaron la atención dos frases, una de Luther King, personaje del Tema Sello 2018, y otra de Tomás de Aquino: “Si el hombre no ha descubierto nada por lo que morir, no es digno de vivir” (1963) y “Siempre que se trate de hacer el bien, el hombre debe hacer cuanto esté de su parte” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 33, a. 2, ad 1). Si profundizamos en su significado se hace más nítida la pista clave: la verdad es que todos buscamos y hacemos el bien, no solo porque sea bueno en sí mismo, sino porque nos permite retribuirlo a aquellos a los que amamos, precisamente porque les amamos. El valor del amor perdura y da sentido permanente.

Cuando no hay amor, a uno mismo, a los demás y a Dios, se desdibuja todo lo que hacemos y además se corre el riesgo de caer en el odio, la indiferencia o la violencia. El maestro de Aquino enseña que el fin último, la bienaventuranza eterna, consiste en conocer y amar a Dios, y por eso a quien la espera “no le parece difícil ninguna cosa en orden a ella” (*Ibid*, q. 17, a. 2, ad. 3), pues el amor convierte el cansancio en descanso y lo difícil en fácil. No porque desaparezcan el cansancio o la dificultad, sino porque adquieren sentido a la luz de ese amor. Y dado que la vida eterna se prepara ya en esta, ¿qué mejor que orientar todo lo que hacemos a ese amor, amándonos de verdad a nosotros mismos y a los demás, para amar así a Dios en sus criaturas? A Dios no lo vemos cara a cara en esta vida, pero sí a sus criaturas, especialmente las personas, creadas a su imagen y semejanza. Por su amor merece la pena dar la vida y ahí es donde adquiere real sentido. Esa es la pista, que, por lo demás, es la clave de la felicidad, personal y común.

III. LA PAZ, ¿ECO DE LA NAVIDAD?

LA CONCORDIA NO SE IMPONE, PUES GUERRA O PAZ,
LUCHA O ARMONÍA, SON FRUTO DE NUESTRA LIBERTAD

Es algo que me he estado preguntado estos días, en que la alegría de la celebración navideña se veía enturbiada con la presencia de otras noticias, más o menos cercanas, de luchas, enfrentamientos o incluso violencia. ¿Es que todos esos deseos de paz y bien no son verdaderos, o hay otra razón más profunda?: acaso el Niño Dios nacido pobremente en Belén, ¿no vino a traer la paz, la salvación,

la concordia?, ¿y por qué entonces los ángeles cantaron en la noche: “Gloria a Dios en el cielo y en la tierra paz a los hombres de buena voluntad”? Y encontré un extracto del diario del sargento Bernard J. Brookes, de los Queen’s Westminster Rifles, del 24 de diciembre del 1914, en plena Primera Guerra Mundial que me fue de ayuda:

“[...] Hacia la noche, los alemanes se volvieron muy divertidos, cantándonos y gritándonos. Dijeron en inglés que, si no disparábamos, no lo harían, y finalmente se dispuso que los disparos no se intercambiaran [...]. Un oficial alemán que llevaba una linterna se adelantó un poco y pidió ver a uno de nuestros oficiales para organizar una tregua para mañana (día de Navidad). [...] Fue una noche hermosa y cayó una fuerte helada, y cuando nos despertamos por la mañana, el suelo estaba cubierto con una vestidura blanca. De hecho, fue una Navidad ideal, y el espíritu de paz y buena voluntad fue sorprendente en comparación con el odio y la muerte de los últimos meses. Uno apreciaba, con una luz nueva, el significado del cristianismo, ya que ciertamente fue maravilloso que un cambio así en la actitud de los ejércitos enfrentados hubiera podido producirse por un Acontecimiento que sucedió hace cerca de 2.000 años”.

Lo esencial de la Navidad es lo que se hizo presente en las trincheras de la guerra, permitiendo disfrutar a los hombres en el frente del espíritu de amor y concordia que trajo Aquel que nació hace dos mil años. Aquellos oficiales decidieron vivir una tregua de paz, en que reinara la cordura desde el reconocimiento de la hermandad que nos une a todos como seres humanos e hijos de Dios. Esa es la clave: se tomó una decisión, la mejor posible, pero no siempre, por desgracia, se toman las mejores o siquiera buenas decisiones. Tanto la armonía como el enfrentamiento son un fruto de nuestra libertad, y optamos por una o por otra. ¿Cuántos gestos de simpatía o armonía mutua quedan truncados porque no son aceptados?

¿Y qué mayor gesto de armonía que el Dios Omnipotente, Creador de cielo y tierra, se haga tan cercano a nosotros sus criaturas, que asuma nuestra carne para, desde ella, redimirnos de nuestras miserias? La paz que vino a traernos, sin embargo, también la ofrecía y solo podía ser aceptada libremente y no impuesta. En medio del misterio de Navidad, mientras los pastores acogían ese regalo de paz, otros lo rechazaban y decidían perseguirlo y acabar con ello –¿quizás porque lo veían como una amenaza a su poder ejercido a base de temor?–. Siempre hubo y habrá pastores y magos que, junto a José y María, acogen al Niño Dios y sus exigencias de paz, pero con ellos coexistirán Herodes que quieran imponerse y se cierren a la paz y al trabajo en común.

La paz en el mundo, en nuestras familias o lugares de trabajo, es fruto de las decisiones, y, por lo tanto de la libertad, y lo mismo la guerra, violencia o enfrentamientos. Cristo, a quien adoramos en un Niño en estos días de Navidad, viene a nosotros y nos ofrece la paz, pero depende de nosotros aceptarla o no. Por eso, y la historia se repite precisamente porque somos libres, han coexistido y así seguirá siendo, la paz con la guerra, la concordia con la lucha. Y así, es claro, entonces que la paz, como dice santo Tomás de Aquino, es fruto de la virtud de la caridad, que se acoge y se ejerce libremente, y que implica una doble unidad:

la interior “que resulta de la ordenación de los propios apetitos en uno mismo” y la que se da con los demás –“que se realiza por la concordia del apetito propio con el ajeno”– evitando el enfrentamiento. La primera se logra por el amor a Dios sobre todas las cosas que lo ordena todo en Él, y la segunda, “en cuanto amamos al prójimo como a nosotros mismos” (Cfr. *Suma Teológica*, II-IIa, q. 29, a. 3, in c).

IV. ¿RUTINA O REALISMO? ANTE EL NUEVO AÑO LABORAL-ESCOLAR

CUALQUIER ACTIVIDAD PUEDE SER UN TRAMPOLÍN PARA LA FELICIDAD

Parece obvio que, después de las vacaciones, hay que volver a lo de siempre. Sin embargo, hay muchas maneras de volver a lo de siempre: porque ya toca y no hay otra opción, porque algo hay que hacer, porque se está cansado de no hacer nada, porque nos obligan las circunstancias o las personas o porque estamos convencidos de que es lo mejor que podemos hacer y por lo tanto queremos hacerlo lo mejor posible por el bien de todos, algunos incluso descubren una ocasión de amar a Dios en lo que hagamos. Ante esta gama conviene ver en qué actitud nos encontramos.

Es razonable planteárselo porque de eso dependerá en gran parte la satisfacción propia y ajena y, a la larga, también nuestra felicidad. La felicidad, en efecto, se construye no con cosas raras o extraordinarias ni con sueños que nunca llegan sino con los materiales del diario vivir, siempre que sean medios buenos y estén orientados a un fin también bueno –ojalá el mejor; por eso es clave contar con buen material y una sana valoración de lo que tenemos entre manos y de los sucesos que no dependen de nosotros. Un sano realismo ayuda a evitar tanto el idealismo utópico como la desmotivación y la falta de entusiasmo por lo que se hace.

Ese necesario equilibrio lo da la virtud que es un término medio entre dos extremos viciosos malos. Algunos de los extremos a sortear a la hora de conseguir algo pueden provenir, según lo que enseña santo Tomás, experto en estos temas, de la pereza y pusilanimidad, por defecto, o de la presunción, como exceso. La *magnanimidad* es la virtud de tender o aspirar a altas metas de manera proporcionada a lo que somos y a nuestras fuerzas. Es, podríamos decir, una aspiración realista que nos lleva a dar pasos concretos para conseguir lo mejor a nuestro alcance, sea fácil o difícil.

Por exceso está el vicio de la *presunción*: es “contrario al orden natural que alguien presume hacer lo que está por encima de su capacidad” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 130, a. 1). No olvidemos, sin embargo, que de nuestra condición de criaturas hechas a imagen y semejanza de Dios se desprende que todo –lo que hacemos y vivimos– podría contribuir a la felicidad en su más alta concepción de ver y amar a Dios, “el único que con su bondad infinita puede llenar perfectamente la voluntad del hombre” (II-IIa, q. 3, a. 1). Esto, podría pensar alguno, supera totalmente nuestras fuerzas y por eso no debemos aspirar a la divinidad. Pero precisamente por ser lo que somos, personas, Dios nos ofrece su gracia al

superar la distancia infinita que nos separa y ayudarnos a alcanzar esa meta que supera nuestras fuerzas humanas, y así sucede que “lo que podemos por otros, lo podemos de algún modo por nosotros. Por eso, como podemos pensar y hacer el bien con la ayuda divina, esto no excede totalmente nuestra capacidad. Por tanto, no es presuntuoso el que uno intente hacer cualquier obra virtuosa. En cambio, sí lo sería si pretendiera hacerlo sin la ayuda divina” (*Ibid*, ad. 3). Esto hace posible que incluso la labor más escondida y pequeña, si la hacemos unidos a Dios y con su gracia, nos permita tocarle y sembrar el bien a nuestro alrededor.

En el extremo contrario al presumido, también como vicio, se encuentra el *pusilánime* que rehúsa “tender a lo que es proporcionado a sus posibilidades” (*Ibid*, II-IIa, q. 133 a. 1) y se paraliza. “Como el magnánimo, por la grandeza de alma, tiende a lo grande, así el pusilánime, por la pequeñez de ánimo, renuncia a ello”. Su causa es doble: “por parte del entendimiento, es la ignorancia de la propia condición, y por parte de la voluntad, el temor de fallar en cosas que se estiman falsamente que superan la propia capacidad”. Y su efecto es “renunciar a cosas grandes de las que uno es capaz” (*Ibid*, a 2, in c).

Reconocer la dignidad de poder colaborar con el Creador en construir un mundo más bello y bueno desde la base del amor, para lo que contamos con su ayuda y su cercanía, cosa que potencia, además, nuestra voluntad, puede transformar todo lo que hagamos. Nos hará evitar la presunción y la rutina del mínimo esfuerzo al retornar a lo de siempre pues, aunque lo que hagamos sea aparentemente pequeño, puede hacernos tocar el cielo en la tierra: sea estudiar, limpiar, enseñar, administrar, construir, planificar, gobernar, etc. Por eso, cualquier actividad puede ser un trampolín para la felicidad más perfecta a la que podemos aspirar en esta vida, que es la unión con Dios (*Ibid*, I-IIa, q 3), y que como consecuencia difunde el bien a su alrededor. También el Principito, como personaje del Tema Sello del año, nos estimulará a descubrir la grandeza de lo aparentemente lo pequeño.

ESTHER GÓMEZ DE PEDRO*

*Doctora en Filosofía, Universidad de Barcelona. Profesora de Ética. Directora Nacional de Formación e Identidad. Universidad Santo Tomás.

REFLEXIONES ÉTICAS

I. SOBRE LA VERDAD

En la festividad de Cristo Rey, con la que se concluye el año litúrgico hemos celebrado a Cristo Rey del Universo. Los creyentes somos conscientes de que en este mundo hay una guerra entre el Bien y el Mal, entre la Verdad y la Mentira. En esa guerra, pensamos, con la Pasión, Muerte y Resurrección de Cristo la batalla decisiva se ha librado y ganado, aunque la lucha aún no ha terminado. En Teología decimos el Reino de Dios *ya está entre nosotros, pero todavía no ha alcanzado su plenitud*. En el Prefacio de la Misa de esa fiesta se nos describe el Reino de Cristo como “un reino eterno y universal, el reino de la verdad y la vida, el reino de la santidad y la gracia, el reino de la justicia, el amor y la paz”.

En el evangelio de ese domingo vemos a Cristo en su comparecencia ante Pilato y nos dice: “Yo para esto he nacido y para esto he venido al mundo: para dar testimonio de la verdad. Todo el que es de la verdad, escucha mi voz” (Jn 18,37), lo que nos recuerda su frase de la Última Cena: “Yo soy el camino y la verdad y la vida. Nadie va al Padre sino por mí” (Jn 14,6), con lo cual nos indica no solo que hay una Verdad Objetiva, que es Dios mismo y que la verdad y la vida determinan la calidad del camino, es decir la divinidad de Cristo (la verdad) y la meta divina a la que conduce (la vida). Es decir la Verdad (Cristo) nos lleva hacia Dios Padre.

Pero vivimos en un mundo y en una Sociedad que ha vuelto la espalda a Dios. Es impresionante pensar que de las tres ideologías más importantes y seguidas hoy por mayor número de personas: la relativista, la marxista y la de género, ninguna acepta la existencia de Dios o en el mejor de los casos son agnósticos y, en consecuencia, no admiten la Ley y el Derecho Natural, por lo que la Verdad y el Bien no son algo objetivo, sino que, llegado un momento dado, son modificables; lo que ayer era malo, hoy puede ser bueno y al revés. En el relativismo todo es opinable y depende del punto de vista desde el que se mire, y que ni siquiera los valores esenciales, como la libertad, la vida, la justicia, el amor, la paz, son objetivos e inamovibles. Un ejemplo claro lo tenemos en el aborto que ya no es para ellos un crimen, sino un derecho.

En cuanto al marxismo se presenta como una doctrina que lleva a una acción, pues no se conforma con interpretar el mundo, sino lo que quiere es transformarlo. Por ello es preciso crear una nueva ética, que se basa en un materialismo presuntamente científico, aunque haya fracasado donde quiera que se ha impuesto y donde la Verdad es lo que conviene o decide el Partido, aunque sea un absurdo. Es la ideología que tiene más asesinatos en la Historia en su haber, o mejor dicho en su debe.

Sobre la ideología de género su Moral, salvo el punto de la violación, en lo demás es lo contrario a la Moral Cristiana. Sus objetivos son destruir el matrimonio y la familia y favorecer las múltiples formas de perversión sexual. Aunque sea lo

políticamente correcto y sea Ley en bastantes países, es sencillamente una aberración disparatada. Para ella es necesario abolir las propias identidades masculina y femenina, subordinadas al sexo biológico, para asumir las múltiples y variables (más de cien actualmente) orientaciones sexuales. En lo científico no hay por donde agarrar que alguien con cromosomas XY y aparato genital masculino sea mujer y viceversa o que una persona que da a luz no es mujer. El ridículo es de tal calibre que hace unos días discutiendo sobre el aborto en Australia una mujer increpó a un senador católico porque en la cuestión del aborto era una cuestión de mujeres en la que no se debían meter los hombres, a lo que el senador le respondió que en Australia uno puede escoger libremente su sexo y por tanto en ese momento decidía ser mujer y en consecuencia podía opinar.

Debo tener muy claro que mis derechos provienen de la Ley o del Derecho Natural, instituida por Dios que me ha concedido la inteligencia para razonar y la voluntad para que actúe con libertad y responsabilidad al servicio de la Verdad. Decir que la fuente de mis derechos es el Estado es Totalitarismo puro.

Como dice el Concilio Vaticano II: "Por su parte, todos los hombres están obligados a buscar la verdad, sobre todo en lo que se refiere a Dios y a su Iglesia, y, una vez conocida, a abrazarla y practicarla. Confiesa asimismo el santo Concilio que estos deberes afectan y ligan la conciencia de los hombres, y que la verdad no se impone de otra manera, sino por la fuerza de la misma verdad, que penetra suave y fuertemente en las almas" (Declaración *Dignitatis Humanae* N° 1).

PEDRO TREVIJANO*

II. SOSTIENE MONTESQUIEU

A la gente religiosa, en una época tan racionalista como la nuestra, se la mira con condescendencia, cuando no con desprecio; pues la credulidad suele considerarse un signo de debilidad mental. Pero mucha más credulidad, infinita más, requiere el demócrata que el creyente. Pues la fe religiosa consiste en creer en lo que no vimos y, por lo tanto, no sabemos a ciencia cierta si existe; mientras que la fe democrática consiste en creer en aquello que sabemos a ciencia cierta que no existe. Es cierto que nadie ha visto a la Santísima Trinidad; pero todavía no he conocido a nadie capaz de probar su inexistencia. En cambio, *tenemos multitud de pruebas (algunas apabullantes) de que no existe la separación de poderes; y, sin embargo, la gente sigue creyendo de forma absurda e irrisoria en esta notoria falsedad*. El demócrata constata, por ejemplo, que la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial es un chanchullo sórdido, un burdo apaño entre oligarquías políticas; y, sin embargo, sigue creyendo sin inmutarse en la separación de poderes.

La soberbia propia de nuestra época también desdeña al creyente porque entiende misteriosamente que es una persona poco leída. Pero lo cierto es que

*Publicado en *InfoCatólica* el 29.11.2018.

algunos creyentes hemos leído miles de libros; y el que menos ha leído al menos está familiarizado con los pasajes bíblicos de los que se nutre su fe. En cambio, la fe democrática, en muchos de sus más acérrimos propagandistas, suele ser orgullosamente analfabeta. Es difícilísimo encontrar a un creyente en la Santísima Trinidad que no haya leído siquiera los Evangelios (o que, al menos, no le hayan leído los Evangelios desde el púlpito); en cambio, la mayoría de los creyentes en la separación de poderes no han leído jamás *El espíritu de las leyes* de Montesquieu, que es el libro que supuestamente consagra este principio político. Pues si lo hubiesen leído, habrían descubierto que a Montesquieu no le interesa tanto separar como limitar el poder, conseguir que el poder contenga (o detenga) el poder, que es exactamente lo que cada vez ocurre menos en las democracias actuales. Donde, por ejemplo, el ejecutivo puede sacudirse la contención del legislativo, legislando por decreto; o donde el legislativo puede escaquearse del control judicial mediante el aforamiento y la inmunidad parlamentaria.

La gran preocupación de Montesquieu no es, en realidad, la separación de poderes, sino el abuso del poder, el despotismo, que no identificaba –como hace el analfabeta contemporáneo– con la dictadura, sino con la corrupción de cualquier clase de gobierno: “La monarquía –escribe Montesquieu– degenera en el despotismo de uno solo; la aristocracia, en el despotismo de varios; la democracia, en el despotismo del pueblo”. Lo cierto es que Montesquieu se muestra, en general, más partidario de la monarquía que de la democracia, por la sencilla razón de que la considera la forma de gobierno que, pese a las apariencias, admite más contrapesos (tal vez porque está imbuida de piedad religiosa): “Como el mar, que parece cubrir toda la tierra, es detenido por los matorrales y por los menores arenales que se hallan en la ribera –escribe en otro pasaje de *El espíritu de las leyes*–, así las monarquías, en las que el poder parece sin límites, se detienen ante los más pequeños obstáculos y someten su fiereza natural a la petición y la plegaria”. Y, desde luego, Montesquieu no encuentra forma de despotismo más feroz que la democrática, a la que se llega “no solamente cuando se pierde el espíritu de igualdad, sino también cuando se adquiere el de igualdad absoluta, y todos apetecen ser iguales”. Y señala que esta apetencia de igualdad absoluta es favorecida por las oligarquías corruptas, que “buscan cómo corromper al pueblo para ocultar su propia corrupción”, convierten el libertinaje en “ídolo de todos” y “lisonjean incesantemente la avaricia para que no se aperciba la de ellos”.

JUAN MANUEL DE PRADA*

*Publicado en *Portaluz* el 3.12.2018.

REFLEXIONES FUERTES

I. “PIENSAN CONSTRUIR NIÑOS”

Mons. Aguer compara la política educativa de Buenos Aires con las imposiciones del Tercer Reich.

Mons. Héctor Aguer, arzobispo emérito de La Plata, sigue advirtiendo de la puesta en marcha del intento de depravación de la parte más débil y manipulable de la sociedad, los niños, por parte de las autoridades políticas.

El arzobispo emérito de La Plata, Argentina, monseñor Héctor Aguer, en su reflexión en el programa “Claves para un Mundo Mejor” que se emitió por canal 9 de TV el sábado 10 de noviembre, continuó con el análisis de lo que denominó la “agenda globalista del Gobierno” deteniéndose en una publicación oficial del gobierno de la provincia de Buenos Aires titulada “Niñez en construcción. *Herramientas para pensar el trabajo con niñas y niños desde una mirada de género*”.

NIÑEZ EN CONSTRUCCIÓN

“Hoy les voy a dar una noticia sensacional –comenzó su comentario el prelado–: en la provincia de Buenos Aires piensan construir niños. Sí, aunque les parezca mentira, piensan construir niños. Tengo en mis manos una publicación oficial del gobierno provincial titulada “Niñez en construcción” y dice: “Herramientas para pensar el trabajo con niñas y niños desde una mirada de género”. Encabeza el folleto todo el *staff* del gobierno provincial: la gobernadora, el vicegobernador, el secretario de Derechos Humanos, y la subsecretaria de Género y Diversidad Sexual, Daniela Reich, que es la autora de este librejo”.

“Aquí se insiste en que hay que pensar el trabajo con niños y niñas desde una mirada de género. ¿Para qué? Dice que ‘esto va a contribuir a la plena igualdad entre los géneros respetando las diversidades sexogenéricas y las orientaciones sexuales de las personas’. ¿Qué piensan que son y hacen los niños? ¿Que no son normales, que no son nenes y nenas! ¡Es una cosa atroz! Lo dan como un hecho”.

OBRA DE PSICÓLOGOS Y SOCIÓLOGOS CONSTRUCTIVISTAS

“Esto –explicó monseñor Aguer– es obra de psicólogos y sociólogos constructivistas, que piensan que el ser humano es una construcción. Suponen que el niño es una construcción. Tengo a mano una buena biblioteca, como *El Erotismo*, de George Bataille, que es un experto en esto; también *Del Pudor al Amor*, de Inés Pellisier du Rausas, y otras obras de especialistas, con lo cual puedo decir que estoy bien preparado para esos temas tramposos, por lo cual no me van a meter el perro con estos cuadernillos”.

EL GOBIERNO QUIERE REEMPLAZAR A LA FAMILIA

“Aquí se trata de que la niñez es una construcción social. Es decir para ellos el niño no es el niño con toda su espontaneidad e ingenuidad. Ustedes tienen hijos, nietos, sobrinos, pero acá creen que hay que promover una estrategia para que desde la niñez se imponga la igualdad de género. O sea que el gobierno va a reemplazar a la familia y a la escuela y se va a ocupar directamente de hacer del niño una construcción social, para que decida qué género desea adoptar”.

“Observen las falacias que presentan, dicen que ‘no hay conciencia de la infancia hasta el siglo XVIII’; ¿cómo explicarían las palabras de Jesús: ‘Dejen que los niños vengamos a mí’, o el papel que el niño tiene en el Evangelio y en la primitiva Iglesia? Según este texto hasta el siglo XVIII, hasta que apareció la Revolución Francesa, no hubo noción de la infancia. Los constructivistas son increíbles, porque en realidad no se entiende qué quieren decir, y no sé si ellos se entienden a sí mismos”.

Dicen que hay que superar la “dicotomía anatómica”.

“En otras páginas –prosiguió el arzobispo emérito– señalan a niños y niñas como sujetos de derecho, pero aquí la o es una equis porque ¡cuidado!, no vayan a pronunciar la o. ¿Se dan cuenta de la enormidad que están diciendo?; he anotado algunas cosas porque habla negativamente del dogma sobre la dicotomía anatómica. O sea que si hay nenes y nenas eso es una dicotomía anatómica, que según ellos hay que superar, obviamente, tratando de que si el nene quiere ser nena que se haga nena, si el nene quiere ser un delfín que se haga delfín. No es broma. En Inglaterra ya ha pasado esto, de que un muchachito quiso ser delfín y como sus padres se opusieron les hizo juicio y lo ganó. Ahora, cómo va a hacer para transformarse en delfín eso no me lo pregunten a mí”.

PERVERSIÓN SEXUAL INTEGRAL

“Este cuadernillo niega la Biología, niega la naturaleza respectiva del varón y la mujer, niega la patria potestad en la educación de los hijos, o sea que es una burla a los padres de familia. Los psicólogos y los sociólogos constructivistas están aceptando y afirmando continuamente que la condición sexuada de las personas no es natural e insisten en la heteronormatividad. Varias veces me pregunté ¿qué porcentaje de la población tiene inclinaciones homosexuales? En este folleto la propaganda de la homosexualidad y de los demás géneros, que son más de cien y que podría elegir cualquier niño, es una mentira escandalosa. ¿Cómo van a instrumentar esto? No lo sé, quizá lo harán masajando el bocho de los pibes en el colegio con la mal llamada Educación Sexual Integral. Mal llamada, sí, porque el nombre debería ser Perversión Sexual Integral”.

REACCIONAR ANTE ESTA IMPOSICIÓN TOTALITARIA

“¿Cómo puede uno quedarse inmutable ante este atentado de confundir a los niños acerca de su biología y de su psicología? El texto muestra un cuadro con una serie de etapas: comprender, desnaturalizar (borrar la naturaleza), identificar, visibilizar, desplazar los valores que están establecidos por la educación primera que los niños

reciben en sus familias. Pide no separar listas de varones y de mujeres. O sea que no hay que distinguirlos. ¿Vieron que ya empezaron con esas taradeces de que el nene tiene que jugar con muñecas y las nenas con trencitos y demás. Creo que eso es perverso. Perversiones y le van a hacer un daño enorme a la patria. Los padres de familia bonaerenses deben reaccionar con lucidez y energía ante esta “democrática” imposición totalitaria de Cambiemos”.

RECUERDO DE LAS IMPOSICIONES DEMENCIALES DEL TERCER REICH

Hacia el final de su reflexión, monseñor Aguer sostiene que “esta gente va a tener que dar cuenta a Dios y a la historia nacional. Lo siento mucho, porque aquí quien encabeza la lista es la señora gobernadora María Eugenia Vidal, por la cual siento un especial respeto, valoración y simpatía, pero acá está en complicidad con este cuadernillo de la señora Daniela Reich. El apellido me suena: me recuerda las imposiciones demenciales del Tercer Reich”.

INCONSTITUCIONALIDAD

Por último, el prelado asevera que este atentado es inconstitucional, ya que la Constitución Provincial que los gobernantes ignoran o desprecian, establece que los escolares bonaerenses deben recibir una educación integral, de sentido trascendente, según los principios de la moral cristiana, respetando la libertad de conciencia. Exhorto a los padres de familia y a las instituciones concernidas, a presentar, con la debida asistencia jurídica, acciones de inconstitucionalidad”*.

II. LA REVOLUCIÓN ES INCOMPATIBLE CON EL CRISTIANISMO

Me pregunto si el concepto de revolución encuentra acogida en la Doctrina social de la Iglesia, teniendo en cuenta que durante mucho tiempo los pontífices, en sus encíclicas sociales, condenaron el uso de esa expresión.

La revolución es contraria al concepto de orden, en el sentido de que la revolución conlleva siempre la destrucción de un orden. Ya sea una revolución doctrinal o política o de otro tipo, la revolución destruye el orden precedente al que, a veces, quiere sustituir por otro nuevo. ¿Por qué digo “a veces” y no siempre? Porque en la revolución hay un elemento que le impide pararse en un cierto orden nuevo, pero que la obliga a destruir cualquier orden. Una revolución coherente con su propia lógica no se sacia nunca. La revolución, de hecho, no es contraria a *este* orden, sino *al* orden. La revolución no tiene motivos sensatos para destruir

*Publicado en *Aica* el 16.11.2018.

este orden, porque siendo este –incluso en sus deficiencias– un orden, contiene en sí algo de lógico, de sensato, de racional, de justo. No existe un orden completamente equivocado porque entonces sería un desorden. La revolución, en cambio, lo considera completamente equivocado, sin sentido, ilógico: toda revolución está en contra de la lógica y de la verdad y, como consecuencia, se opone a todo orden, al orden en sí. El rechazo de la naturaleza humana, de moda hoy, no es el rechazo de un cierto orden antropológico, sino del orden antropológico como tal.

El orden nos pisa los talones y regula nuestro camino hacia adelante poniéndose, por tanto, también como final. Negar que tenemos un orden detrás comporta también negar que tenemos un fin delante. El orden que hay que alcanzar delante no puede contradecir el orden que está detrás, porque de ese recibe la dirección para poder ser, a su vez, un orden. La revolución rompe la relación entre el orden que nos precede y el orden que está delante: destruye el primero y reduce el segundo a puro arbitrio. Pero en el arbitrio no hay límite y, de hecho, no existen revoluciones que no hayan sido traicionadas. La revolución, por tanto, no instaura un nuevo orden sino un nuevo orden arbitrario, establecido por sus líderes, artificial, engañoso y destinado, a su vez, a ser destruido. Los regímenes que nacen de la revolución se derrumban como un castillo de naipes.

En cada revolución hay un alma gnóstica. La gnosís, de hecho, presenta sobre todo este carácter: no acepta ningún orden que la preceda porque limitaría la libertad y, por tanto, quiere destruir cada principio de realidad para remodelarlo según la autodeterminación. La gnosís no acepta la creación y la naturaleza y quiere dar vida a una nueva creación y a una nueva naturaleza. Todos los movimientos milenaristas, quiliásticos y mesiánicos han sido, a lo largo de la historia, revolucionarios en ese sentido. Al fin y al cabo, todas las herejías son revoluciones gnósticas. Todos los mecanismos políticos tienen un alma religiosa gnóstica. Toda la política moderna responde a estos criterios.

El concepto de revolución tiene un símil aparentemente más moderado: el progresismo. Este no quiere cambiar el orden de golpe, sino paso a paso. Su alma es, de todas formas, la misma que la de la revolución. También el progresismo funda el cambio sobre el rechazo de un orden que preceda y acabe por considerar mejor el nuevo, entendido cronológicamente. El progresismo es cronolátrico porque al no admitir un orden que dé sentido a nuestras intervenciones y que sea, por lo tanto, precedente y “finalístico”, cada momento es como una pequeña revolución: el progresismo es una sucesión de microrrevoluciones cuyo sentido no se basa en construir un orden, sino en destruir el orden precedente y cada orden en cuanto precedente. Ello comporta también la destrucción de cada fin, dado que el fin nace de un orden precedente. El fin no nace a lo largo del recorrido, como querrían todas las formas de historicismo, sino que tiene que ser contenido en el orden precedente y por él indicado. Pensar que el fin surge a lo largo del recorrido es el alma del progresismo, pero también su principal refutación: el progresismo no sabe juzgar cuándo un paso hacia delante es verdaderamente un paso hacia adelante y cuando no. Más bien lo aprende a medida que se desarrolla, pero en base a criterios que son solo operativos. La práctica como verdad es, por consiguiente, la última razón (no razón) del progresismo.

No hay duda de que la idea de revolución, como también de progresismo, ha penetrado con profundidad en la teología católica. Hoy esta presencia está centrada, sobre todo, en la prioridad de la pastoral respecto de la doctrina. Con

todos los peligros que esto acarrea. Creo que podemos afirmar que el concepto de revolución no puede encontrar acogida en la Doctrina social de la Iglesia.

STEFANO FONTANA*

III. RESTAURAR EL DERECHO Y LA JUSTICIA, TAMBIÉN EN TEOLOGÍA MORAL

1ª. El derecho es *lo que es justo, id quod iustum est*, como recalca Vallet de Goytisolo, la cosa justa, *res iusta*.

Contra la moda convencionalista actual en teología moral, el derecho no son las *normas generales*, como da a entender, confusa y desdeñosamente, *Amoris laetitia*. No es ni se funda en la normatividad kantiana, ni en el acto personal de autodeterminación (Wojtyla) ni en la autoposesión y la automoción (Guardini) individual del sujeto *reclamante y contrarreclamante* (diría Turgot). Porque el derecho no es un poder subjetivo ni un querer personal, sino lo que es justo.

2ª. El orden del derecho, en sentido clásico, solo es *propiamente jurídico* en cuanto es orden justo. Porque, contra el personalismo, el derecho se determina respecto de lo justo, no respecto de la norma. Y no hablamos de lo justo como *ideal*, en la línea de *Amoris laetitia*. Sino de lo justo determinado y concreto, *de carne y hueso*, por así decir; hablamos de la naturaleza de las cosas y de la cosa considerada en sí misma.

Bajo este punto de vista, la misericordia se malentende si se considera mera dispensación de la ley (entendida, para ello, como mera norma convencional). También se deforma su sentido si es presentada como alternativa evangélica a la justicia (pero no a la justicia objeto del derecho, sino a la justicia que es un constructo, la “justicia elaborada” de las reglas de un juego). Por eso, al no tener un concepto objetivo de lo justo, la *misericordia desjuridizada* se presenta como excepción a una norma, concedida por quien tiene autoridad, en una perspectiva hobbesiana del bien moral y de la ley.

3ª. Para comprender la relación de lo justo con la cosa considerada, hay que entender que la realidad no es algo indefinido, que las cosas son lo que son, que no está en manos del hombre autodefinirse, como pretende Pico de la Mirandola, ni alterar el ser de las cosas, sino contemplarlo; no transmutarlo, como pretende la moderna goecia (magia negra positivista) del demoliberalismo.

4ª. Para descubrir lo que es justo por naturaleza no se precisa, como cree el convencionalismo, de un reglamento artificial *global* que sirva de inspiración. Porque lo justo no es producto de una ordenanza ideal y utópica de carácter administrativo. Se necesita del derecho natural, porque lo justo es leído por el

*Publicado en *Infocat* el 18.2.2019.

gobernante. A fin de cuentas, legislar es leer lo justo escrito en el orden creado, como enseña el pensamiento clásico.

5ª. La ley natural es, respecto del derecho, su brújula moral. Por eso el derecho, para el pensamiento tradicional, es regla moral viva de la elucidación de lo justo, en *sus conclusiones y sus determinaciones*, como diría Vallet. La teología moral católica debe reorientar su enfoque al respecto, porque, en lugar de relacionar el derecho con la norma general, debe relacionarlo con lo justo. Distinguiendo sanamente ley natural y derecho natural, sin confundirlos como hacen, a veces, los neotomistas, es decir, el tomismo contemporáneo no hispánico.

6ª. *Ius est ars boni et aequi*, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo: no es la técnica con que un Estado nominalista pretende “crear” lo justo; tampoco un Pontífice podría apelar al derecho para “crear” lo justo, imitando la *potencia absoluta* de las democracias positivistas. No hay potestad humana capaz de transmutar, por falsa misericordia, lo injusto en justo, ni hacer que lo malo sea bueno por su sola autoridad, como pretende Hobbes.

7ª. La perspectiva católica tradicional es esencialmente romana: contempla *sub specie aeternitatis* el derecho como arte teórico, es decir, lee lo justo inscrito en el orden creado y lo convierte en criterio. La perspectiva personalista del derecho, al detener la mirada en la persona como fin inmanente, es incapaz de elevarse a una consideración objetiva del derecho, porque *sin la perspectiva de lo eterno* no hay perspectiva objetiva posible. La dimensión soteriológica es eclipsada por la inmanencia de los derechos subjetivos y una supuesta autonomía de lo temporal.

Es por eso que, en la escuela personalista católica, el derecho no encuentra su lugar, la teología moral sustituye la ley por la norma, y lo justo se volatiliza a favor de una vaga idea de misericordia.

ALONSO GRACIÁN*

*Publicado en *infocat* el 25.2.2019.

DOCUMENTOS

PAPA FRANCISCO
AUDIENCIA GENERAL
Aula Pablo VI
(Miércoles, 20 de febrero de 2019)

Queridos hermanos y hermanas, ¡buenos días!

La audiencia de hoy se desarrolla en dos lugares. *Primero he encontrado a los fieles de Benevento* que estaban en San Pedro y ahora a vosotros. Esto se debe a la delicadeza de la Casa Pontificia que no quería que os resfriáseis: démosles las gracias por ello. Gracias.

Continuamos la catequesis sobre el “Padre nuestro”. El primer paso de cada oración cristiana es el ingreso en un misterio, el de la paternidad de Dios. No se puede rezar como cotorras. O tú entras en el misterio, en la certeza de que Dios es tu Padre o no rezas. Si yo quiero rezar a Dios, Padre mío, comienzo por el misterio. Para entender en qué medida Dios es nuestro padre, pensemos en las figuras de nuestros padres, pero, de alguna manera tenemos siempre que “refinarlas”, purificarlas. El *Catecismo de la Iglesia Católica* también dice esto. Dice así: “La purificación del corazón concierne a imágenes paternas o maternas, correspondientes a nuestra historia personal y cultural, y que impregnan nuestra relación con Dios” (n. 2779).

Ninguno de nosotros ha tenido padres perfectos, ninguno; como nosotros, a nuestra vez, nunca seremos padres o pastores perfectos. Todos tenemos defectos, todos. Vivimos siempre nuestras relaciones de amor bajo el signo de nuestros límites y también de nuestro egoísmo, por lo que a menudo están contaminadas por deseos de posesión o manipulación del otro. Por eso, a veces, las declaraciones de amor se convierten en sentimientos de rabia y hostilidad. Pero mira, estos dos se querían tanto la semana pasada; hoy se odian a muerte: ¡esto lo vemos todos los días! Es por eso, porque todos tenemos dentro raíces amargas, que no son buenas y a veces salen y hacen daño.

Por eso, cuando hablamos de Dios como “padre”, mientras pensamos en la imagen de nuestros padres, especialmente si nos han querido, al mismo tiempo tenemos que ir más allá. Porque el amor de Dios es el del Padre “que está en los cielos”, según la expresión que nos invita a usar a Jesús: es el amor total que en esta vida solo saboreamos de manera imperfecta. Los hombres y las mujeres son eternamente mendigos del amor –nosotros somos mendigos de amor, necesitamos amor–, buscan un lugar donde ser amados finalmente, pero no lo encuentran. ¡Cuántas amistades y cuántos amores defraudados hay en nuestro mundo! ¡Cuántos!

El dios griego del amor, en la mitología, es el más trágico de todos: no está claro si es un ser angelical o un demonio. La mitología dice que es el hijo de

Poros y de Penia, que es astuto y pobre, destinado a llevar algo de la fisonomía de estos padres. Desde aquí podemos pensar en la naturaleza ambivalente del amor humano: capaz de florecer y de dominar la vida en una hora del día, e inmediatamente después de marchitarse y morir; lo que atrapa, siempre se le escapa (cf. Platón, *Symposium*, 203). Hay una expresión del profeta Oseas que enmarca despiadadamente la debilidad congénita de nuestro amor: “Vuestro amor es como nube mañanera, como rocío matinal que pasa” (6, 4). Esto es lo que nuestro amor suele ser: una promesa que es difícil cumplir, un intento que pronto se seca y se evapora, un poco como cuando sale el sol por la mañana y se lleva el rocío de la noche.

Cuántas veces los hombres hemos amado de esa manera tan débil e intermitente. Todos hemos pasado por esta experiencia: hemos amado pero luego ese amor ha cesado o se ha vuelto débil. Deseosos de amar, nos hemos tenido que enfrentar, en cambio, con nuestros límites, con la pobreza de nuestras fuerzas: incapaces de mantener una promesa que en los días de gracia parecía fácil de lograr. Después de todo, incluso el apóstol Pedro tuvo miedo y escapó. El apóstol Pedro no fue fiel al amor de Jesús. Siempre hay una debilidad que nos hace caer. Somos mendigos que en el camino corren el peligro de no encontrar nunca por completo el tesoro que buscan desde el primer día de su vida: el amor.

Sin embargo, hay otro amor, el del Padre “que está en los cielos”. Nadie debe dudar que es destinatario de este amor. Nos ama. “Me ama”, podemos decir. Si incluso nuestro padre y nuestra madre no nos hubieran amado —es una hipótesis histórica—, hay un Dios en el cielo que nos ama como nadie en la tierra nunca lo ha hecho ni lo podrá hacer. El amor de Dios es constante. El profeta Isaías dice: “¿Acaso olvida una mujer a su niño de pecho, sin compadecerse del hijo de sus entrañas? Pues aunque esas llegasen a olvidar yo no te olvido. Míralo, en las palmas de mis manos te tengo tatuada” (49, 15-16). Hoy están de moda los tatuajes: “En las palmas de mis manos te tengo tatuada”. Me he hecho un tatuaje tuyo en las manos. Yo estoy en las manos de Dios, así, y no puedo borrarlo. El amor de Dios es como el amor de una madre que nunca se puede olvidar. ¿Y si una madre se olvidase? “Yo no me olvidaré”, dice el Señor. Este es el amor perfecto de Dios, así nos ama. Si todos nuestros amores terrenales se desmoronasen, y no quedase nada más que polvo, siempre queda para todos nosotros, ardiente, el amor único y fiel de Dios.

En el hambre de amor que todos sentimos, no buscamos algo que no existe: es, en cambio, la invitación a conocer a Dios que es padre. La conversión de San Agustín, por ejemplo, pasó por esa cima: el joven y brillante retórico buscaba sencillamente entre las criaturas algo que ninguna criatura podría darle, hasta que un día tuvo el coraje de mirar hacia arriba. Y ese día conoció a Dios. A Dios que ama.

La frase “en los cielos” no quiere expresar una distancia, sino una diferencia radical de amor, otra dimensión de amor, un amor incansable, un amor que permanecerá siempre, todavía más, que está al alcance de la mano. Solo hace falta decir: “Padre nuestro que estás en los cielos” y ese amor viene. Por lo tanto, ¡no tengáis miedo! Ninguno de nosotros está solo. Si, hasta por desgracia, tu padre terrenal se hubiera olvidado de ti y tú quizás sintieras rencor por él, no se te niega la experiencia fundamental de la fe cristiana: saber que eres un hijo amadísimo de Dios y que no hay nada en la vida que pueda extinguir su apasionado amor por ti.

MENSAJE DEL SANTO PADRE FRANCISCO PARA LA CUARESMA DE 2019

“La creación, expectante, está aguardando la manifestación de los hijos de Dios” (Rm 8, 19)

Queridos hermanos y hermanas:

Cada año, a través de la Madre Iglesia, Dios “concede a sus hijos anhelar, con el gozo de habernos purificado, la solemnidad de la Pascua, para que [...] por la celebración de los misterios que nos dieron nueva vida, lleguemos a ser con plenitud hijos de Dios” (Prefacio I de Cuaresma). De este modo podemos caminar, de Pascua en Pascua, hacia el cumplimiento de aquella salvación que ya hemos recibido gracias al misterio pascual de Cristo: “Pues hemos sido salvados en esperanza” (Rm 8, 24). Este misterio de salvación, que ya obra en nosotros durante la vida terrena, es un proceso dinámico que incluye también a la historia y a toda la creación. San Pablo llega a decir: “La creación, expectante, está aguardando la manifestación de los hijos de Dios” (Rm 8, 19). Desde esta perspectiva querría sugerir algunos puntos de reflexión, que acompañen nuestro camino de conversión en la próxima Cuaresma.

1. LA REDENCIÓN DE LA CREACIÓN

La celebración del Triduo Pascual de la pasión, muerte y resurrección de Cristo, culmen del año litúrgico, nos llama una y otra vez a vivir un itinerario de preparación, conscientes de que ser conformes a Cristo (cf. Rm 8, 29) es un don inestimable de la misericordia de Dios.

Si el hombre vive como hijo de Dios, si vive como persona redimida, que se deja llevar por el Espíritu Santo (cf. Rm 8, 14), y sabe reconocer y poner en práctica la ley de Dios, comenzando por la que está inscrita en su corazón y en la naturaleza, beneficia también a la creación, cooperando en su redención. Por esto, la creación –dice san Pablo– desea ardientemente que se manifiesten los hijos de Dios, es decir, que cuantos gozan de la gracia del misterio pascual de Jesús disfruten plenamente de sus frutos, destinados a alcanzar su maduración completa en la redención del mismo cuerpo humano. Cuando la caridad de Cristo transfigura la vida de los santos –espíritu, alma y cuerpo–, estos alaban a Dios y, con la oración, la contemplación y el arte hacen partícipes de ello también a las criaturas, como demuestra de forma admirable el “Cántico del hermano sol” de san Francisco de Asís (cf. Enc. *Laudato sí*, 87). Sin embargo, en este mundo la armonía generada por la redención está amenazada, hoy y siempre, por la fuerza negativa del pecado y de la muerte.

2. LA FUERZA DESTRUCTIVA DEL PECADO

Efectivamente, cuando no vivimos como hijos de Dios, a menudo tenemos comportamientos destructivos hacia el prójimo y las demás criaturas –y también hacia nosotros mismos–, al considerar, más o menos conscientemente, que podemos

usarlos como nos plazca. Entonces, domina la intemperancia y eso lleva a un estilo de vida que viola los límites que nuestra condición humana y la naturaleza nos piden respetar, y se siguen los deseos incontrolados que en el libro de la Sabiduría se atribuyen a los impíos, o sea a quienes no tienen a Dios como punto de referencia de sus acciones, ni una esperanza para el futuro (cf. 2, 1-11). Si no anhelamos continuamente la Pascua, si no vivimos en el horizonte de la Resurrección, está claro que la lógica del todo y ya, del tener cada vez más acaba por imponerse.

Como sabemos, la causa de todo mal es el pecado, que desde su aparición entre los hombres interrumpió la comunión con Dios, con los demás y con la creación, a la cual estamos vinculados ante todo mediante nuestro cuerpo. El hecho de que se haya roto la comunión con Dios, también ha dañado la relación armoniosa de los seres humanos con el ambiente en el que están llamados a vivir, de manera que el jardín se ha transformado en un desierto (cf. *Gn* 3, 17-18). Se trata del pecado que lleva al hombre a considerarse el dios de la creación, a sentirse su dueño absoluto y a no usarla para el fin deseado por el Creador, sino para su propio interés, en detrimento de las criaturas y de los demás.

Cuando se abandona la ley de Dios, la ley del amor, acaba triunfando la ley del más fuerte sobre el más débil. El pecado que anida en el corazón del hombre (cf. *Mc* 7, 20-23) –y se manifiesta como avidez, afán por un bienestar desmedido, desinterés por el bien de los demás y a menudo también por el propio– lleva a la explotación de la creación, de las personas y del medio ambiente, según la codicia insaciable que considera todo deseo como un derecho y que antes o después acabará por destruir incluso a quien vive bajo su dominio.

3. LA FUERZA REGENERADORA DEL ARREPENTIMIENTO Y DEL PERDÓN

Por esto, la creación tiene la irrefrenable necesidad de que se manifiesten los hijos de Dios, aquellos que se han convertido en una “nueva creación”: “Si alguno está en Cristo, es una criatura nueva. Lo viejo ha pasado, ha comenzado lo nuevo” (2 *Co* 5, 17). En efecto, manifestándose, también la creación puede “celebrar la Pascua”: abrirse a los cielos nuevos y a la tierra nueva (cf. *Ap* 21, 1). Y el camino hacia la Pascua nos llama precisamente a restaurar nuestro rostro y nuestro corazón de cristianos, mediante el arrepentimiento, la conversión y el perdón, para poder vivir toda la riqueza de la gracia del misterio pascual.

Esta “impaciencia”, esta expectación de la creación encontrará cumplimiento cuando se manifiesten los hijos de Dios, es decir cuando los cristianos y todos los hombres emprendan con decisión el “trabajo” que supone la conversión. Toda la creación está llamada a salir, junto con nosotros, “de la esclavitud de la corrupción para entrar en la gloriosa libertad de los hijos de Dios” (*Rm* 8, 21). La Cuaresma es signo sacramental de esta conversión, es una llamada a los cristianos a encarnar más intensa y concretamente el misterio pascual en su vida personal, familiar y social, en particular, mediante el ayuno, la oración y la limosna.

Ayunar, o sea aprender a cambiar nuestra actitud con los demás y con las criaturas: de la tentación de “devorarlo” todo, para saciar nuestra avidez, a la capacidad de sufrir por amor, que puede colmar el vacío de nuestro corazón. Orar para saber renunciar a la idolatría y a la autosuficiencia de nuestro yo, y declaramos necesitados del Señor y de su misericordia. Dar limosna para salir

de la necesidad de vivir y acumularlo todo para nosotros mismos, creyendo que así nos aseguramos un futuro que no nos pertenece. Y volver a encontrar así la alegría del proyecto que Dios ha puesto en la creación y en nuestro corazón, es decir amarle, amar a nuestros hermanos y al mundo entero, y encontrar en este amor la verdadera felicidad.

Queridos hermanos y hermanas, la “Cuaresma” del Hijo de Dios fue un entrar en el desierto de la creación para hacer que volviese a ser aquel jardín de la comunión con Dios que era antes del pecado original (cf. *Mc* 1, 12-13; *Is* 51, 3). Que nuestra Cuaresma suponga recorrer ese mismo camino, para llevar también la esperanza de Cristo a la creación, que “será liberada de la esclavitud de la corrupción para entrar en la gloriosa libertad de los hijos de Dios” (*Rm* 8, 21). No dejemos transcurrir en vano este tiempo favorable. Pidamos a Dios que nos ayude a emprender un camino de verdadera conversión. Abandonemos el egoísmo, la mirada fija en nosotros mismos, y dirijámonos a la Pascua de Jesús; hagámonos prójimos de nuestros hermanos y hermanas que pasan dificultades, compartiendo con ellos nuestros bienes espirituales y materiales. Así, acogiendo en lo concreto de nuestra vida la victoria de Cristo sobre el pecado y la muerte, atraeremos su fuerza transformadora también sobre la creación.

Vaticano, 4 de octubre de 2018 Fiesta de san Francisco de Asís

FRANCISCO

PAPA FRANCISCO
AUDIENCIA GENERAL
Aula Pablo VI
(Miércoles, 13 de febrero de 2019)

Queridos hermanos y hermanas, ¡buenos días!

Continuamos nuestro recorrido para aprender a rezar, cada vez mejor, como Jesús nos ha enseñado. Debemos rezar como Él nos ha enseñado a hacerlo. Él dijo: cuando reces, entra en el silencio de tu habitación, retírate del mundo y dirígete a Dios llamándolo “¡Padre!”. Jesús quiere que sus discípulos no sean como los hipócritas que rezan de pie en las plazas para que los admire la gente (cf. *Mateo* 6, 5). Jesús no quiere hipocresía. La verdadera oración es la que se hace en el secreto de la conciencia, del corazón: inescrutable, visible solo para Dios. Dios y yo. Esa oración huye de la falsedad: ante Dios es imposible fingir. Es imposible, ante Dios no hay truco que valga, Dios nos conoce así, desnudos en la conciencia y no se puede fingir. En la raíz del diálogo con Dios hay un diálogo silencioso, como el cruce de miradas entre dos personas que se aman: el hombre y Dios cruzan la mirada, y esto es oración. Mirar a Dios y dejarse mirar por Dios: esto es rezar. “Pero, padre, yo no digo palabras...”. Mira a Dios y déjate mirar por Él: es una oración, ¡una hermosa oración!

Sin embargo, aunque la oración del discípulo sea confidencial, nunca cae en el intimismo. En el secreto de la conciencia, el cristiano no deja el mundo fuera de la puerta de su habitación, sino que lleva en su corazón personas y situaciones, los problemas, muchas cosas, todas las lleva en la oración.

Hay una ausencia impresionante en el texto del Padrenuestro. ¿Si yo os preguntara cuál es la ausencia impresionante en el texto del Padrenuestro? No será fácil responder. Falta una palabra. Pensadlo todos: ¿qué falta en el Padrenuestro? Pensad, ¿qué falta? Una palabra. Una palabra por la que en nuestros tiempos –pero quizás siempre–, todos tienen una gran estima. ¿Cuál es la palabra que falta en el Padrenuestro que rezamos todos los días? Para ahorrar tiempo os la digo: falta la palabra “yo”. “Yo” no se dice nunca. Jesús nos enseña a rezar, teniendo en nuestros labios sobre todo el “Tú”, porque la oración cristiana es diálogo: “santificado sea tu nombre, venga a nosotros tu reino, hágase tu voluntad”. No mi nombre, mi reino, mi voluntad. Yo no, no va. Y luego pasa al “nosotros”. Toda la segunda parte del Padrenuestro se declina en la primera persona plural: “Danos nuestro pan de cada día, perdónanos nuestras deudas, no nos dejes caer en la tentación, líbranos del mal”. Incluso las peticiones humanas más básicas, como la de tener comida para satisfacer el hambre, son todas en plural. En la oración cristiana, nadie pide el pan para sí mismo: dame el pan de cada día, no, danos, lo suplica para todos, para todos los pobres del mundo. No hay que olvidarlo, falta la palabra “yo”. Se reza con el tú y con el nosotros. Es una buena enseñanza de Jesús. No os olvidéis.

¿Por qué? Porque no hay espacio para el individualismo en el diálogo con Dios. No hay ostentación de los problemas personales como si fuéramos los únicos en el mundo que sufrieran. No hay oración elevada a Dios que no sea la oración de una comunidad de hermanos y hermanas, el nosotros: estamos en comunidad, somos hermanos y hermanas, somos un pueblo que reza, “nosotros”. Una vez el capellán de una cárcel me preguntó: “Dígame, padre, ¿Cuál es la palabra contraria a yo?”. Y yo, ingenuo, dije: “Tú”. “Este es el principio de la guerra. La palabra opuesta a “yo” es “nosotros”, donde está la paz, todos juntos”. Es una hermosa enseñanza la que me dio aquel cura.

Un cristiano lleva a la oración todas las dificultades de las personas que están a su lado: cuando cae la noche, le cuenta a Dios los dolores con que se ha cruzado ese día; pone ante Él tantos rostros, amigos e incluso hostiles; no los aleja como distracciones peligrosas. Si uno no se da cuenta de que a su alrededor hay tanta gente que sufre, si no se compadece de las lágrimas de los pobres, si está acostumbrado a todo, significa que su corazón ¿cómo está? ¿Marchito? No, peor: es de piedra. En este caso, es bueno suplicar al Señor que nos toque con su Espíritu y ablande nuestro corazón. “Ablanda, Señor, mi corazón”. Es una oración hermosa: “Señor, ablanda mi corazón, para que entienda y se haga cargo de todos los problemas, de todos los dolores de los demás”. Cristo no pasó inmune al lado de las miserias del mundo: cada vez que percibía una soledad, un dolor del cuerpo o del espíritu, sentía una fuerte compasión, como las entrañas de una madre. Este “sentir compasión” –no olvidemos esta palabra tan cristiana: sentir compasión– es uno de los verbos clave del Evangelio: es lo que empuja al buen samaritano a acercarse al hombre herido al borde del camino, a diferencia de otros que tienen un corazón duro.

Podemos preguntarnos: cuando rezo, ¿me abro al llanto de tantas personas cercanas y lejanas?, ¿o pienso en la oración como un tipo de anestesia, para

estar más tranquilo? Dejo caer la pregunta, que cada uno conteste. En este caso caería víctima de un terrible malentendido. Por supuesto, la mía ya no sería una oración cristiana. Porque ese “nosotros” que Jesús nos enseñó me impide estar solo tranquilamente y me hace sentir responsable de mis hermanos y hermanas.

Hay hombres que aparentemente no buscan a Dios, pero Jesús nos hace rezar también por ellos, porque Dios busca a estas personas más que a nadie. Jesús no vino por los sanos, sino por los enfermos, por los pecadores (cf. *Lucas* 5, 31), es decir, por todos, porque el que piensa que está sano, en realidad no lo está. Si trabajamos por la justicia, no nos sintamos mejores que los demás: el Padre hace que su sol salga sobre los buenos y sobre los malos (cf. *Mateo* 5, 45). ¡El Padre ama a todos! Aprendamos de Dios, que siempre es bueno con todos, a diferencia de nosotros que solo podemos ser buenos con algunos, con algunos que nos gustan.

Hermanos y hermanas, santos y pecadores, todos somos hermanos amados por el mismo Padre. Y, en el ocaso de la vida, seremos juzgados por el amor, por cómo hemos amado. No solo el amor sentimental, sino también el compasivo y concreto, de acuerdo con la regla evangélica –¡no la olvidéis!–: “Todo lo que hicisteis a uno de estos hermanos míos, más pequeños, a mí lo hicisteis”. Así dice el Señor. Gracias.

PAPA FRANCISCO
AUDIENCIA GENERAL
Plaza de San Pedro
(Miércoles, 27 de febrero de 2019)

Queridos hermanos y hermanas:

La oración del Padrenuestro contiene siete peticiones. En las tres primeras, que se refieren al “Tú” de Dios, Jesús nos une a él y a sus más profundas aspiraciones, motivadas por su infinito amor hacia el Padre. En cambio, en las últimas cuatro, que indican el “nosotros” y nuestras necesidades humanas, es Jesús quien entra en nosotros y se hace intérprete ante el Padre de esas necesidades.

En su simplicidad y esencialidad, el Padrenuestro es modelo de toda oración porque contiene, a la vez, la contemplación de Dios, de su misterio, de su belleza y su bondad, como también una súplica atrevida de lo que necesitamos para vivir bien. Con esta oración Jesús nos enseña a confiar y a abandonarnos en Dios, que nos conoce, nos ama y sabe cuáles son nuestras necesidades.

Hoy consideramos la primera de estas súplicas, que dice así: “Santificado sea tu nombre”. En ella expresamos toda la admiración de Jesús por la belleza y la grandeza del Padre, y su deseo de que todos lo conozcan y lo amen. Y presentamos también nuestro ruego de que su nombre sea santificado en nosotros, en nuestra familia, en nuestra sociedad y en el mundo entero. Es Dios quien nos santifica; es Él quien nos transforma con su amor; mientras nosotros, con nuestro testimonio de vida, manifestamos su santidad en el mundo, y hacemos presente su santo nombre.

DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO A LOS PARTICIPANTES EN LA ASAMBLEA PLENARIA DE LA ACADEMIA PONTIFICIA PARA LA VIDA

Sala Clementina
(Lunes, 25 de febrero de 2019)

Queridos hermanos y hermanas:

Os saludo cordialmente con ocasión de vuestra Asamblea General, y agradezco a Mons. Paglia sus amables palabras. Este encuentro tiene lugar en el primer Jubileo de la Academia para la Vida: 25 años después de su nacimiento. En este importante aniversario, envié el mes pasado a su presidente una carta titulada *Humana communitas*. Lo que me motivó a escribir este mensaje fue, en primer lugar, el deseo de dar las gracias a todos los presidentes que se han sucedido en la dirección de la Academia y a todos sus miembros por el servicio competente y el compromiso generoso de proteger y promover la vida humana en estos 25 años de actividad.

Conocemos las dificultades en las que se debate nuestro mundo. La trama de las relaciones familiares y sociales parece desmoronarse cada vez más y hay una tendencia a replegarse en uno mismo y en los propios intereses individuales, con graves consecuencias en la “gran y decisiva cuestión de la unidad de la familia humana y su futuro” (*Humana communitas*, 2). Se dibuja así una paradoja dramática: precisamente cuando la humanidad cuenta con la capacidad científica y técnica para lograr un bienestar equitativamente generalizado, según el mandato de Dios, observamos en cambio una exacerbación de los conflictos y un aumento de la desigualdad. El mito ilustrado del progreso disminuye y la acumulación de potencialidades que la ciencia y la tecnología nos han brindado no siempre obtienen los resultados deseados. En efecto, por un lado, el desarrollo tecnológico nos ha permitido resolver problemas que eran insuperables hasta hace unos años, y estamos agradecidos a los investigadores que han conseguido estos resultados; por otro lado, han surgido dificultades y amenazas, a veces más insidiosas que las anteriores. El “ser capaz de hacer” corre el riesgo de ocultar a quien hace y el por quien se hace. El sistema tecnocrático basado en el criterio de eficiencia no responde a las preguntas más profundas que se plantea el hombre; y si, por una parte, no es posible prescindir de sus recursos, por la otra ese sistema impone su lógica a quien lo utiliza. Y, sin embargo, la técnica es característica del ser humano. No debe entenderse como una fuerza ajena y hostil, sino como un producto de su ingenio mediante el cual satisface sus necesidades vitales y las de los demás. Es, por lo tanto, un modo específicamente humano de habitar el mundo. Sin embargo, la evolución actual de la capacidad técnica produce un hechizo peligroso: en lugar de entregar a la vida humana las herramientas que mejoran su cuidado, existe el riesgo de dar vida a la lógica de los dispositivos que deciden su valor. Este vuelco está destinado a producir resultados nefastos: la máquina no se limita a conducirse sola, sino que termina conduciendo al hombre. La razón humana se reduce así a una racionalidad alienada de los efectos, que no puede considerarse digna del hombre.

Vemos, desafortunadamente, los graves daños causados al planeta, nuestra casa común, por el uso indiscriminado de medios técnicos. Por eso la bioética global es un frente importante en el cual comprometerse. Expresa la toma de conciencia del profundo impacto de los factores ambientales y sociales en la salud y la vida. Este enfoque está muy en sintonía con la ecología integral, descrita y promovida en la Encíclica *Laudato si'*. Además, en el mundo de hoy, marcado por una estrecha interacción entre diferentes culturas, es necesario aportar nuestra contribución específica de creyentes a la búsqueda de criterios operativos universalmente compartidos, que sean puntos de referencia comunes para las opciones de aquellos que tienen la grave responsabilidad de tomar decisiones a nivel nacional e internacional. Esto también significa entablar un diálogo que atañe a los derechos humanos, destacando claramente sus deberes correspondientes. De hecho, constituyen el fundamento de la búsqueda común de una ética universal, en la que encontramos muchas cuestiones que la tradición ha abordado recurriendo al patrimonio de la ley natural.

La carta *Humana communitas* recuerda explícitamente el tema de las “tecnologías emergentes y convergentes”. La posibilidad de intervenir en la materia viva en órdenes de magnitud cada vez más pequeños, de procesar volúmenes de información cada vez mayores, de monitorear y manipular los procesos cerebrales de la actividad cognitiva y deliberativa, tiene enormes implicaciones: toca el umbral mismo de la especificidad biológica y de la diferencia espiritual de lo humano. En este sentido, afirmé que “la diversidad de la vida humana es un bien absoluto” (n. 4).

Es importante reiterarlo: “La inteligencia artificial, la robótica y otras innovaciones tecnológicas deben emplearse de tal manera que contribuyan al servicio de la humanidad y a la protección de nuestra casa común, en lugar de lo contrario, como algunos análisis, lamentablemente, prevén” (*Mensaje al Foro Económico Mundial en Davos*, 12 de enero de 2018). La dignidad inherente de cada ser humano debe colocarse firmemente en el centro de nuestra reflexión y de nuestra acción.

A este respecto, conviene señalar que la denominación de “inteligencia artificial”, aunque ciertamente de efecto, puede ser engañosa. Los términos ocultan el hecho de que –a pesar del útil cumplimiento de las tareas serviles (es el significado original del término “robot”)–, los automatismos funcionales siguen estando cualitativamente distantes de las prerrogativas humanas del saber y del actuar. Y por lo tanto pueden llegar a ser socialmente peligrosos. Además, el riesgo de que el hombre sea “tecnologizado”, en lugar de la técnica humanizada, ya es real: a las llamadas “máquinas inteligentes” se atribuyen apresuradamente las capacidades que son propiamente humanas.

Necesitamos entender mejor qué significan, en este contexto, la inteligencia, la conciencia, la emocionalidad, la intencionalidad afectiva y la autonomía de la acción moral. Los dispositivos artificiales que simulan las capacidades humanas, en realidad, carecen de calidad humana. Hay que tenerlo en cuenta para orientar su regulación de uso y la investigación misma, hacia una interacción constructiva y equitativa entre los seres humanos y las últimas versiones de las máquinas. Las máquinas, de hecho, se propagan en nuestro mundo y transforman radicalmente el escenario de nuestra existencia. Si conseguimos tener en cuenta estas referencias también en los hechos, el extraordinario potencial de los nuevos descubrimientos puede irradiar sus beneficios a cada persona y a toda la humanidad.

El debate en curso entre los mismos especialistas ya muestra los graves problemas de gobernabilidad de los algoritmos que procesan grandes cantidades de datos. Asimismo también plantean graves cuestiones éticas las tecnologías para la manipulación del patrimonio genético y de las funciones cerebrales. En cualquier caso, el intento de explicar todo lo que atañe al pensamiento, a la sensibilidad, al psiquismo humano sobre la base de la suma funcional de sus partes físicas y orgánicas, no explica la aparición de los fenómenos de la experiencia y la conciencia. El fenómeno humano supera el resultado del ensamblaje calculable de los elementos individuales. También en este contexto, el axioma según el cual el todo es superior a las partes adquiere una nueva profundidad y significado (ver Exhortación apostólica *Evangelii Gaudium*, 234-237).

Precisamente en esta línea de la complejidad de la sinergia de *psique* y *techne*, por lo demás, lo que aprendemos sobre la actividad cerebral proporciona nuevos indicios sobre la manera de entender la conciencia (del yo y del mundo) y del mismo cuerpo humano: no es posible prescindir del entrelazamiento de múltiples relaciones para una comprensión más profunda de la dimensión humana integral.

Por supuesto, partiendo de los datos de las ciencias empíricas no podemos hacer deducciones metafísicas. Sin embargo, podemos conseguir indicaciones que instruyan la reflexión antropológica, también en teología, como, por otra parte, siempre ha sucedido en su historia. De hecho, sería decididamente contrario a nuestra tradición más genuina colocarnos en un aparato conceptual anacrónico, incapaz de dialogar adecuadamente con las transformaciones del concepto de naturaleza y de arteificio, de condicionamiento y libertad, de medios y fines, inducidos por la nueva cultura de la acción, típica de la era tecnológica. Estamos llamados a colocarnos en el camino emprendido con firmeza por el *Concilio Vaticano II*, que solicita la renovación de las disciplinas teológicas y una reflexión crítica sobre la relación entre la fe cristiana y la acción moral (cf. *Optatam Totius*, 16).

Nuestro compromiso –también intelectual y especializado– será un punto de honor para nuestra participación en la alianza ética a favor de la vida humana. Un proyecto que ahora, en un contexto en el que los dispositivos tecnológicos cada vez más sofisticados involucran directamente las cualidades humanas del cuerpo y la psique, se vuelve urgente compartir con todos los hombres y mujeres dedicados a la investigación científica y a la asistencia. Es una tarea difícil, sin duda, dado el rápido ritmo de la innovación. El ejemplo de los maestros de la inteligencia creyente, que entraron con sabiduría y audacia en los procesos de su contemporaneidad, en vista de una comprensión del patrimonio de la fe a la altura de una razón digna del hombre, debe alentarnos y sostenernos.

Os deseo que continúes el estudio y la investigación, para que la tarea de promoción y defensa de la vida sea siempre más eficaz y fecunda. ¡Que la Virgen Madre os ayude y os acompañe mi bendición! Y por favor, no os olvidéis de rezar por mí. Gracias*.

*Boletín de la Oficina de Prensa de la Santa Sede, 25 de febrero de 2019.

ACTUALIDADES

I. LEYES MORDAZAS, NEGACIONISMO, PENSAMIENTO ÚNICO, TOTALITARISMO, ¿EN QUÉ QUEDA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

1. EL ACOSO A LAS VOCES FUERA DEL CORO

El movimiento #MeToo se ha presentado como una llamada a liberar la palabra de las mujeres, y así poner en la picota a hombres poderosos acusados de utilizar su posición para abusar sexualmente de sus subordinadas. En este clima propicio a la denuncia, se han revelado prácticas abusivas intolerables, que han destrozado la imagen y la carrera de hombres del espectáculo y de la moda, antes intocables. Pero también se ha creado un clima en el que cualquier denuncia equivale a condena, y en el que si no compartes las tesis de #MeToo estás contra la mujer. De modo que, aunque se trata de liberar la palabra de las mujeres, no todas las voces de mujeres se consideran legítimas.

Ni tan siquiera vale tener una hoja de servicios feminista. Ahí está la escritora canadiense Margaret Atwood, la autora de *El cuento de la criada*, una distopía que se desarrolla en un futuro Estados Unidos donde se suprimen los derechos de las mujeres y se instaura un régimen basado en valores puritanos para ofrecer a la población la máxima seguridad posible. Al despertar de la pesadilla de la victoria electoral de Trump, el libro de Atwood adquirió un valor de profecía.

Pero ahora hasta la mismísima Atwood ha sido acusada de ser una “mala feminista”. Su pecado es haber despertado sospechas sobre la intolerancia de #MeToo y haber pedido que un profesor universitario acusado de conducta sexual inapropiada no sea condenado sin un debido proceso. En un artículo en *The Globe and Mail*, Atwood dice que el movimiento #MeToo es el síntoma de un sistema legal ineficaz, que no hace justicia a las víctimas. Pero, advierte, “una justicia paralela puede transformarse en un hábito cultural de linchamiento, en el que el modo de justicia normal se tira por la ventana, y en su lugar se instalan y se mantienen estructuras de poder extralegales”.

En tiempos de extremismo, la ideología se convierte en un dogma, señala Atwood. “Cualquiera que no comparte sus opiniones es visto como un apóstata, un hereje o un traidor, y los moderados son aniquilados”. Suficiente incorrección como para que la escritora haya sido advertida de que deje de hacer la guerra a mujeres más jóvenes y menos poderosas que ella, y que “empiece a escuchar”. Esto de “escuchar” es una advertencia repetida a las mujeres que desentonan en el coro, y es otro modo de decirles “cállate y suscribe lo que yo digo”.

Es la respuesta que se ha dado también al artículo publicado en *Le Monde* por un colectivo de cien mujeres, entre ellas Catherine Deneuve y Catherine Millet, en el que expresan su rechazo de un cierto feminismo que expresa un “odio a los hombres” y un afán censor en nombre de un nuevo puritanismo.

A estas mujeres les parece que, a raíz del *affaire Weinstein*, la denuncia de violencias sexuales sufridas por mujeres en el marco profesional ha sido una le-

gítima y necesaria toma de conciencia. Pero advierten que “esta liberación de la palabra se convierte hoy en su contrario: se nos intima a hablar como es debido, a callar lo que incomoda, y las que rehúsan plegarse a estas imposiciones son vistas como traidoras, como cómplices”.

Ellas piensan que se está dando una imagen de las mujeres como “eternas víctimas” que deben ser protegidas. Distinguen entre “la violación, que es un crimen”, y “la seducción insistente o torpe, que no es un delito, como la galantería no es una agresión machista”. No ha favorecido mucho a su tesis afirmar que “defendemos una libertad de importunar, indispensable para la libertad sexual”. Quizá por su edad media estas mujeres tienden a verse como paladines de la liberación sexual frente al puritanismo, problemática ya superada para las más jóvenes.

Pero se entiende su temor a una justicia expeditiva: “#MeToo –dicen– ha provocado en la prensa y en las redes sociales una campaña de delaciones y de acusaciones públicas contra individuos que, sin que se les deje la posibilidad de responder ni de defenderse, han sido puestos al mismo nivel que los agresores sexuales”.

Pues a raíz del artículo ellas han sido puestas al nivel de traidoras a la causa. Como suele ocurrir en los casos en que unas mujeres discrepan de las tesis feministas “correctas”, la munición utilizada contra ellas contiene más adjetivos que ideas. Feministas francesas han comparado a Deneuve con “el tío pesado que no entiende lo que está pasando”; otras diagnostican a las firmantes de “misoginia interiorizada”; no faltan las que las descalifican porque, gracias a su privilegiada posición en la sociedad, no han experimentado los sistemáticos abusos que supuestamente sufren todas las demás mujeres. Lo cual no deja de ser paradójico, pues tampoco puede decirse que #MeToo haya sido impulsado por mujeres corrientes, sino más bien por féminas que protestan en nombre de la igualdad de género con modelos negros exclusivos en la alfombra roja de los Globos de Oro.

El acoso a las voces fuera del coro se ha hecho sentir no solo por lo que alguna ha dicho, sino incluso por lo que una puede decir en el futuro, en una especie de censura previa. Lo ha experimentado en sus carnes Katie Roiphe, ensayista, autora del libro *The Morning After: Sex, Fear and Feminism*. Se ha corrido la voz de que Roiphe va a publicar un artículo en el número de marzo de *Harper's* en el que mencionará a la mujer responsable de haber creado la Shitty Media Men List, una especie de lista negra de publicistas que supuestamente se han comportado mal con las mujeres, y en la que pueden añadirse nombres anónimamente.

El mero hecho de que una mujer desvele el nombre de otra que está haciendo esta “valiente campaña” ha sido considerado como una traición, y en las hogueras encendidas en Twitter se ha tratado a Roiphe de “Tío Tom del género”, “basura”, “pro violación”...

La duda de si realmente se han liberado las voces femeninas se refleja en la disparidad entre lo que se dice en público y en privado, como reconoce la escritora Daphne Merkin en *The New York Times*. En público, dice Merkin, todas compartimos en Twitter las condenas de #MeToo. En privado, hay muchas más reservas respecto al valor de las acusaciones, en las que se mezclan casos palmarios de depredadores sexuales con otros en los que las acusaciones son “dispersas, anónimas o, hasta donde puede saber el público, muy vagas e inconcretas”.

El hecho de que lo que se dice en privado sea tan distinto de lo que se afirma en público es, para Merkin, “un mal signo, pues sugiere una especie de intimidación”.

ción social que es la parte oculta de una cultura de corrección política en la que estamos sumergidos cada vez más”.

Pero si se trata de liberar la palabra de las mujeres habrá que respetar lo que cada una quiere decir, sin imponerles la moda en negro del #MeToo.

IGNACIO ARÉCHAGA*

2. PARA PROTEGER LA LIBERTAD RELIGIOSA. LA ADMINISTRACIÓN TRUMP LLEVA A LA CORTE SUPREMA EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR EL “MATRIMONIO” HOMOSEXUAL

Donald Trump se comprometió a luchar por la libertad religiosa al comienzo de su mandato y tras su última instancia a la Corte Suprema de EE.UU. parece que la promesa no era un simple ardid electoral.

El Departamento de Justicia ha presentado un *amicus* –un informe presentado por una persona que a pesar de no tener interés directo en el caso, interviene porque están en juego los derechos fundamentales– para que la Corte Suprema se pronuncie sobre el caso de la tarta gay.

Es decir, Trump quiere que la ley ampare a aquellas personas que por motivo de sus creencias religiosas se nieguen a ejercer una tarea que vaya contra estas.

JACK PHILLIPS, EL PANADERO

Este caso comenzó en 2012 cuando una pareja homosexual acudió a la pastelería de Jack Phillips, en Lakewood, Colorado, para encargar una tarta especial que estuviese a la altura del día de su boda.

El pastelero se negó alegando que hacer una tarta como ellos pedían para una boda homosexual iba contra sus principios –no se negó a vender una tarta ya hecha, sino a hacer la que ellos pedían– y les recomendó otras pastelerías en las que podían encontrar esos servicios.

Así lo hicieron, pero además de la tarta esta pareja demandó el negocio privado del pastelero ante la unión americana de las libertades civiles (ACLU) por no aceptar su encargo.

Se decretó que el señor Phillips había violado la ley de antidiscriminación del estado y fue multado. No es el único caso, Actual ya recopiló una serie de casos –la mayoría relacionado con eventos de boda gay– en los que los dueños de negocios particulares fueron multados por negarse a cumplir los encargos de bodas LGTB.

Pero en el caso del pastelero Phillips, para no volver a contradecir la ley, lo que hizo fue cesar sus servicios de elaboración de tartas y vender únicamente lo que tiene en la tienda, aunque esta decisión le costó lamentablemente el puesto a seis de sus diez empleados, informa LifeSite.

*Publicado por el autor en su blog *El Sonar*, <http://elsonar.aceprensa.com>

Ahora el caso se encuentra en manos de la Corte Suprema de EE.UU., que puede crear un precedente y permitir a aquellas personas que por motivos religiosos no quieran realizar ese tipos de servicios, negarse de forma legal.

En el escrito que ha elaborado el Departamento de Justicia se destaca que “forzar a Phillips a participar en una ceremonia que viola sus creencias religiosas invade sus derechos enmarcados en la Primera Enmienda” (la cual prohíbe crear una ley que impida la práctica de un credo religioso). E insiste el Procurador General Jeffrey B. Wall, uno de los autores: “Las bodas son ritos sagrados en el ámbito religioso y ceremonias profundamente simbólicas en el secular”.

Ese informe le recuerda además a los nueve magistrados de la Corte Suprema, que en el documento que la Justicia elaboró para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo se enfatizó la necesidad del respeto a la Primera Enmienda para los objetores religiosos.

*ACTUAL**

3. TRIBUNAL FALLA A FAVOR DE DUEÑO DE TIENDA DEMANDADO POR NEGARSE A IMPRIMIR CAMISAS DEL ORGULLO GAY (TRIUNFO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN CONTRA DE LA DICTADURA LGTBI)

Un juzgado de apelaciones Kentucky dictaminó que la imprenta no estaba obligada a fabricar camisetas del “orgullo gay”.

En un reciente y controvertido caso donde estaba en juego la libertad religiosa de un propietario de Kentucky, Estados Unidos, un juzgado de apelaciones dictaminó que dicho propietario puede negarse a imprimir franelas del orgullo gay y a la promoción de los mal llamados “derechos” de los homosexuales cuando estuviesen en conflicto con sus creencias religiosas.

Lo que hizo la diferencia crucial en este caso fue la naturaleza expresiva del servicio que el dueño de la tienda negó: las palabras que querían colocar en la franela.

En la votación un panel de tres jueces concluyó que la tienda, “Hands on Originals”, no podía verse obligada a imprimir un mensaje con el que el propietario estaba en desacuerdo.

*Publicado el 13.9.2017. Noticias relacionadas. Dueña de floristería lleva su caso de libertad religiosa a la Corte Suprema de EE.UU. Florista que perdió el caso de libertad religiosa dice que todas las libertades están en juego. Quieren multar a un matrimonio de Oregón con US\$ 135.000 por negarse a preparar una tarta nupcial para dos lesbianas. EE.UU: quieren obligar a pastores protestantes a officiar bodas entre homosexuales.

CONTEXTO DE LA DISPUTA

La disputa comenzó en 2012 cuando la organización “Gay and Lesbian Services” de Kentucky pidió a “Hands on Originals” fabricar franelas con el nombre y el logotipo de un festival de “orgullo gay”.

Blaine Adamson, el propietario de la tienda se negó porque violaba la política de su negocio de no imprimir mensajes que avalan posiciones en conflicto con sus convicciones al mismo tiempo que les informó de otras empresas que podían atender su pedido por el mismo precio.

El señor Adamson también ofreció ejemplos de otras órdenes que rechazó, como franelas con la palabra “perras” o una representación blasfema de Jesús vestido como un pirata

Aunque la organización “Gay and Lesbian Services” consiguió hacer sus camisetas gratis con otro proveedor, emprendieron un boicot contra Adamson y le demandaron ante la Comisión de Derechos Humanos del Condado de Lexington Fayette, que en 2014 ordenó al Sr. Adamson que imprimiera las camisas. La comisión también ordenó a Adamson a asistir a un curso de “entrenamiento en diversidad”.

A su negativa el grupo activista LGTBI presentó una queja ante la Comisión de Derechos Humanos del condado de Lexington Fayette, que en 2014 ordenó al Sr. Adamson que imprimiera las camisas, al cual apeló y del cual ahora sale victorioso.

CASOS SIMILARES

En 2015, un tribunal de apelaciones de Colorado falló en contra de Christian Baker por negarse a diseñar un pastel para una boda gay. El propietario, Masterpiece Cakeshop, ha pedido a la Corte Suprema de Estados Unidos que escuche el caso. El alto tribunal no ha decidido si oírlo.

Los propietarios de negocios en esos casos habían argumentado también que la prestación de sus servicios expresaba un mensaje.

El mismo año intentaron multar a un matrimonio de Oregón con 135.000 dólares por negarse a preparar una torta nupcial para dos lesbianas, las cuales demandaron acusándola de haberles causado 178 síntomas (88 a una, 90 a la otra) perjudiciales para su salud física y mental, entre los que se incluían “aumento de la presión arterial”, “dificultad para conciliar el sueño”, “migrañas” e incluso “vuelta al hábito de fumar”.

El sentido común de esta sentencia expone la lógica defectuosa utilizada por los jueces en los otros casos. También muestra el peligro extremo al que está expuesta la Primera Enmienda. La dictadura LGTBI ha conseguido elevar la noción de “antidiscriminación” a un nivel donde la libertad de expresión y conciencia son vulnerados y reprimidos, y donde se pueden obtener jugosos beneficios económicos a costa de demandar personas que vivan de acuerdo a su fe*.

*Publicado en *Infocat* el 14.5.2017.

4. NEGARSE A HORNEAR UN PASTEL DE “BODA” GAY NO ES LO MISMO QUE EL RACISMO

Los líderes afroamericanos de Estados Unidos lanzaron una nueva campaña expresando su apoyo a Jack Phillips, el panadero cuyo caso por negarse a crear un pastel de “boda” entre personas del mismo sexo ha llegado hasta la Corte Suprema.

Los líderes hablaron fuera de la Corte Suprema el lunes en apoyo de Phillips. También lanzaron un sitio *web* para acompañar su campaña, llamado *We Got Your Back, Jack* (Te respaldamos Jack).

Uno de los oradores del lunes fue Clarence Henderson, quien participó en los diálogos en el mostrador del almuerzo de Woolworth.

Otra fue Janet Boynes de Janet Boynes Ministries. Ella fue una activista de la homosexual durante 14 años y ahora ayuda a “las personas que cuestionan su sexualidad o que desean dejar la homosexualidad”, según su sitio *web*.

Alliance Defending Freedom y Liberty Counsel también participaron en el evento, que fue patrocinado por la Fundación Frederick Douglass.

“El gobierno no debe obligar a ninguna persona a violar su conciencia”, dijo el reverendo Dean Nelson, presidente de la Fundación Frederick Douglass. A nadie se le debe obligar a cerrar el negocio y se debe destruir su medio de vida por lo que cree.

JACK NO SE HA NEGADO A SERVIR A GAYS

La conferencista de Rally Patrina Mosley, directora asistente de Family Research Council Action, le dijo a *LifeSiteNews* que es importante tener en cuenta que los artistas creativos *no se niegan a servir a nadie por su atracción sexual*, sino porque no quieren crear arte vinculado a prácticas incompatibles con su fe.

Jack “había servido a gays todo el tiempo”, dijo, “pero tiene unos principios morales y la convicción religiosa de no hacer todo tipo de pasteles para todo tipo de eventos”.

Jack, un cristiano, se ha negado a crear pasteles que celebren el divorcio, Halloween y “tortas que incluso tenían un lenguaje realmente ofensivo” de “personas que querían abusar verbalmente de la comunidad LGBT”, dijo Mosley. “Él no haría esos pasteles”, así como tampoco crearía un pastel para celebrar una “boda” entre personas del mismo sexo.

BLANCO DE LA FURIA LGTB

Debido a sus “convicciones religiosas profundamente arraigadas”, Jack se ha “convertido en blanco de ataques odiosos, desagradables e insustanciales de la prensa y activistas (que) están cegados por una motivación vengativa de destruir a un hombre cristiano honorable”, dijo Nelson.

“Los miembros en la comunidad LGBT siempre han sido atendidos y *nunca han sido rechazados simplemente por su orientación sexual*”, explicó Mosley. Esto es muy distinto a que las personas sean “rechazadas simplemente por su color de piel”.

“Hubo un racismo sistemático hacia el color de la piel”, dijo Mosley. Los afroamericanos “no podían comer en ciertos establecimientos, no podían elegir su asiento en el autobús, tenían desigualdad en el sistema escolar y en el ámbito laboral”.

La Fundación Radiance, dirigida por Ryan Bomberger, también es parte de la campaña de respaldo de Phillips. La Fundación Radiance publicó un gráfico que indica que las personas nunca han sido relegadas a ciertos bebederos debido a sus inclinaciones sexuales, pero los afroamericanos lo fueron por su aspecto.

Patrina dijo que algunos de sus colegas en la manifestación de la Corte Suprema “expresaron que la raza es una cualidad inmutable”, mientras que la orientación sexual “es fluida” y algo “que puede cambiar”.

“*Ves a muchas personas salir del estilo de vida LGTB*” y ya no se identifican como gay o lesbiana.

“Una ley no sería válida *si se basa en semejante subjetividad*”, dijo Mosley. “La ley está hecha para ser objetiva y para cualidades inmutables como la raza”, que es “algo que no puedes cambiar”.

“La naturaleza misma de la Primera Enmienda es la libertad de coexistir”.

Uno de los participantes en la campaña “We Got Your Back, Jack” es Day Gardner, quien fue Miss Delaware en 1976. Ella compartió cómo recibió amenazas de muerte por participar en el concurso Miss America.

Gardner, que ahora dirige el National Black Pro-Life Union y otras organizaciones sin fines de lucro, compartió cómo desfilaba por el paseo marítimo de Atlantic City con otras concursantes que temían por su vida.

“Unas noches antes del desfile, en realidad recibí una gran cantidad de correspondencia y varias de las cartas, una en particular, dijeron que no llegaría al final del desfile si no me retiraba”, recordó.

“Lo que los activistas LGBTQ no se dan cuenta es que el movimiento por los derechos civiles *nació de la conciencia que están tratando de violar*”, señaló Mosley. “Fue el llamado a la conciencia de Martin Luther King lo que dio origen al movimiento por los derechos civiles”.

Esa concienzuda creencia se basaba en la noción de que “todos los hombres son creados iguales” y que ciertos derechos inalienables que provienen de su creador “*incluyen el libre ejercicio y la expresión de la religión*”, dijo.

“Este derecho está garantizado para todos los estadounidenses”, dijo. “La naturaleza misma de la Primera Enmienda es la libertad de coexistir”.

Mosley dijo que ella apoya la libertad de conciencia para todos, no solo para los cristianos.

“Odiaría que alguien obligue a un miembro LGBT a hacer algo que va en contra de su conciencia o su fe”, dijo. “Odiaría que los panaderos gay sean obligados a fabricar un pastel que dijese “Odio a los gays”. No creo que se los obligue a hacer eso”.

OBEDECER A DIOS ANTES QUE A LOS HOMBRES

Si la Corte Suprema falla en contra de Phillips, Mosley dijo que los estadounidenses aún deberían “aferrarse” a la Primera Enmienda y su libertad básica de religión.

“Como dijo una vez Martin Luther King, Jr. ... *si hay una ley injusta, estamos llamados a obedecer a Dios y no a los hombres*”, dijo.

La sobrina del Dr. Martin Luther King, Dr. Alveda King, también es parte de la campaña “We Got Your Back, Jack”*.

5. CONOZCA LAS GRANDES EMPRESAS QUE APOYAN LA VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE UN PEQUEÑO PANADERO

Una demanda de libertad religiosa de una pequeña panadería de Colorado ha atraído la oposición de 37 grandes compañías, incluidas *Apple, Amazon y Citigroup*, quienes afirman que de tener éxito la panadería el abogado sería motivo de pre-ocupación para todos los estadounidenses.

“*Hay una cantidad increíble de poder, poder económico y político y cultural, opuesto al ejercicio de este tipo de libertades*”, dijo Jeremy Tedesco, abogado principal de Alliance Defending Freedom, a CNA el pasado 30 de noviembre.

El grupo legal de Tedesco representa a la panadería *Masterpiece Cakes* de Lakewood, Colorado, propiedad de *Jack Phillips*. En julio de 2012, Phillips se negó a hacer un pastel para la boda de una pareja gay con el argumento de que hacerlo está en contradicción con sus creencias cristianas. Después de que la pareja presentara una demanda legal, la Comisión de Derechos Civiles de Colorado le ordenó que sirviera bodas entre personas del mismo sexo y se sometiera a capacitación “antidiscriminatoria”.

APELACIÓN

La panadería apeló a través de la Corte Suprema de los EE. UU., alegando que su expresión artística está protegida por su la libertad de expresión. Los argumentos orales comenzarán el 5 de diciembre.

GIGANTES COMO APPLE, AMAZON Y AIRBNB EN CONTRA DEL PANADERO

Entre las compañías que firmaron un escrito de 20 páginas que se opone a la reclamación de la panadería se encontraban *Apple, Amazon, Airbnb, American Airlines, Cisco Systems, Citigroup, Deutsche Bank, Intel, Levi Strauss & Co., Lyft, Marriott, MassMutual, Paypal, Pfizer, PriceWaterhouseCoopers, Prudential, Uber, WeddingWire* y *Yelp*.

“Las transacciones comerciales fluidas, predecibles y eficientes pueden verse afectadas si las empresas se niegan a servir a los empleados ya sea por discurso o por motivos religiosos”, dijo el escrito, cuyos cofirmantes son conocidos por la palabra latina para amigos, “amici”.

*Publicado en *Infocat* el 25.10.2017.

La organización activista LGBT The Human Rights Campaign se lleva el mérito del informe, que fue escrito por la firma de abogados internacional Steptoe & Johnson LLP.

LA MENTALIDAD DE LAS GRANDES CORPORACIONES

Tedesco piensa que el escrito representaba la mentalidad común entre las corporaciones.

“Vemos que *ejercen su influencia en todos los ámbitos* y en estos casos”, dijo sobre las empresas. “La gente debería estar preocupada porque *tienen mucho peso*. Necesitamos que los demás sean un antídoto contra el poder cultural y político que pueden flexionar en este tipo de situaciones”.

El informe afirmaba que permitir exenciones basadas en motivos religiosos “debilitaría sustancialmente” las leyes “antidiscriminatorias” y haría que los propios empleados de las empresas fueran más vulnerables a la “discriminación”, tanto en sus comunidades como en el desempeño de sus trabajos, interfiriendo así con las empresas.

Tedesco dijo que tales afirmaciones *simplemente no son ciertas*.

El caso de “Jack Phillips” trata con la ley de acomodaciones públicas, no una ley de no discriminación laboral. Y lo trata en circunstancias muy limitadas, donde esa ley de acomodaciones públicas se usa para *forzar a un artista a crear arte que viole sus creencias*.

“Si Jack Phillips gana su caso, lo que logrará, con razón, es *afirmar los derechos constitucionales de los artistas* y otros profesionales creativos para crear expresión y promover ideas que sean consistentes con sus creencias, y rechazar promover ideas que violen sus convicciones religiosas”, dijo Tedesco.

IMPACTO DE GRAN ALCANCE

Mientras que los críticos del caso de Phillips predicen consecuencias horribles si él prevalece, Tedesco dijo que la victoria para los críticos de la libertad religiosa tendría un impacto de gran alcance.

“Esta es una libertad que nos afecta a todos. Todos tenemos gran interés en el resultado del caso”, explicó. “Su opinión es que si abre un negocio y crea una expresión como parte de su negocio, puede verse obligado a crear cualquier cosa que viole sus creencias”.

Tedesco sugirió un caso hipotético de un grupo religioso que le pedía a un pintor ateo pintar letreros o murales de “Dios existe”. El grupo religioso “no tiene el derecho de obligarlo a hacerlo bajo la amenaza de aplicar leyes discriminatorias contra él”, dijo el abogado.

El escrito de las compañías dice que creen que las leyes de no discriminación “aseguran que todos los estadounidenses sean tratados con dignidad y respeto”. Dijeron que tales leyes mejoran la rentabilidad, la productividad y la creatividad en el lugar de trabajo. Agregaron que tales demandas “crearán incertidumbre e impondrán costos innecesarios y complejidades administrativas a los empleadores”.

El resumen delineó una visión particular de los negocios, diciendo que *el único requisito previo para realizar negocios es, y debería continuar siéndolo, si el cliente puede cumplir con los requisitos de compra del negocio*.

Para Tedesco, sin embargo, el fallo de la Comisión de Derechos Civiles de Colorado contra Phillips impuso una *prueba religiosa sobre permanecer en la industria de las bodas*. Su impacto podría significar un futuro diferente.

“Si tienes un sincero creyente religioso, seas musulmán, judío o cristiano, y no puedes promover alguna idea en el arte que creas, *no podrás estar en esa industria*”, dijo. “Eso hace *mucho más daño a los principios de una sociedad libre* que cualquier cosa que el otro bando intente reclamar”.

Partidarios de Masterpiece Cakes

Los partidarios de Masterpiece Cakes, entre ellos la Conferencia de Obispos Católicos de EE.UU., La Conferencia Católica de Colorado, la Asociación Médica Católica y otras organizaciones sin fines de lucro católicas, también han presentado escritos *amici curiae*.

Esos escritos enfatizaban que la libertad religiosa y la cláusula de libre ejercicio de la Primera Enmienda garantizan a los individuos el *derecho de buscar la verdad en asuntos religiosos* “y luego el de *adherirse a esa verdad* a través de la acción privada y pública”*.

6. ESCUELA DE PENNSILVANIA PROHÍBE CLUBES PROVIDA MIENTRAS APRUEBA CLUBES DE ALIANZAS GAY

Violando los derechos que otorga la Primera Enmienda a los estudiantes los administradores de una escuela secundaria de Pensilvania negaron el permiso para club provida con la excusa de ser demasiado “polémicos” y “políticos”.

Los administradores de una escuela secundaria de Pensilvania dijeron su aprobación a los clubes de alianzas gay y los clubes de ciencia política, pero a la vez *no aprobaron a los clubes pro-vida* alegando que son demasiado “polémicos” y “políticos”.

LA ESCUELA NO QUERÍA UN CLUB PROVIDA

El pasado otoño, Elizabeth Castro y Grace Schairer intentaron iniciar en la *Escuela Preparatoria Parkland* un club de Estudiantes por la Vida. Parkland ya tiene un club de alianzas gay, un club de ciencia política, un club de moda, un club de ajedrez y otros grupos dirigidos por estudiantes.

Se les dijo que necesitaban un consejero. Tienen uno, que más tarde se retiró. Pero en marzo, tenían un nuevo consejero y estaban listos para comenzar el club “Trojans for Life”.

Pronto descubrieron el verdadero problema: *los funcionarios de Parkland no querían un club pro-vida en la escuela*.

Después de pasar por todo el proceso para iniciar un grupo y conseguir un consejero, el subdirector los rechazó, diciendo que un club pro-vida era demasiado “polémico” y “político”.

*Publicado en *Infocat* el 3.1.2017.

ACUDEN AL SUBDIRECTOR Y LOS IGNORA

Los intrépidos estudiantes enviaron un correo electrónico al subdirector el 6 de abril, preguntándole qué podían hacer para que Trojans for Life pudiera existir junto al club político de Parkland, la alianza gay y otros grupos estudiantiles. *No recibieron ninguna respuesta.*

VIOLAN SUS DERECHOS POR SER PROVIDAS

“Cumplimos todos los requisitos (pero) fueron negados simplemente porque somos pro-vida”, dijo Castro. “Como club, nuestro propósito es crear una cultura que afirme la vida en nuestra escuela, educar a nuestros compañeros sobre el tema de la vida, mantener los movimientos que apoyan a las estudiantes embarazadas y a los padres. Convertirnos en una voz para aquellos que no pueden hablar por sí mismos”.

“La escuela no solo niega mi derecho a formar un grupo, sino que niega la oportunidad de que otros en mi escuela aprendan sobre la mayor injusticia social de nuestros derechos humanos”, agregó Castro.

“Liz está siendo discriminada por su escuela simplemente porque es pro-vida y quiere compartir ese mensaje”, dijo a LifeSiteNews la revista Students for Life of America de Kristina Hernández. Eso es inconstitucional.

“Estamos muy orgullosos de apoyar a Liz y a sus compañeros de los estudiantes pro-vida mientras trabajamos para asegurarnos de que se les permita formar su grupo Students for Life”, agregó Hernández. “Su coraje es un ejemplo para todos los otros estudiantes pro-vida en el país que se enfrentan a situaciones similares y obstáculos en sus escuelas”.

“Los estudiantes no deben tener miedo de presentarse y luchar por sus derechos de libertad de expresión”, dijo Hernández, “no solo para educar a sus compañeros sobre el aborto, sino para ayudar a sus compañeros que pueden estar enfrentando embarazos no planificados”.

Thomas More Society ha asumido la causa. El miércoles, los defensores legales de la libertad religiosa entregaron una carta al director de Parkland y al superintendente declarando que *la escuela inconstitucionalmente negó los derechos de la Primera Enmienda de las jóvenes.*

“No hay absolutamente ninguna duda de que la ley protege el derecho de estos estudiantes a formar este club en su escuela secundaria”, explicó el abogado especial de Thomas More, Jocelyn Floyd. La política del distrito de Parkland específicamente permite clubes de estudiantes para “cualquier objetivo legal”.

La carta explica que la escuela, al negar Trojans for Life, *está violando la Primera Enmienda, la Ley Federal de Igualdad de Acceso y la política del Distrito Escolar Parkland.* Thomas More Society, en nombre de las niñas, exigen que Parkland *“apruebe inmediatamente la solicitud para el club Students for Life”.*

“Aunque es decepcionante ver otro intento de la escuela de censurar el mensaje provida, es alentador trabajar con adolescentes tan apasionados y dedicados que se levantan como defensores de la vida, no solo en esta batalla de libertad de expresión inmediata, sino en nuestra cultura como un todo”, dijo Floyd a LifeSiteNews.

“El argumento infundado de las escuelas de que el club sería demasiado polémico y político es una excusa común que escuchamos a menudo”, agregó la

presidente de Students for Life of America, Kristan Hawkins. “Siempre infringen los derechos de la Primera Enmienda de los estudiantes pro-vida, *tratándolos como ciudadanos de segunda clase porque ellos quieren educar a sus compañeros sobre los horrores del aborto y ayudar a las estudiantes embarazadas y padres en su escuela*”*.

7. LEYES PROVIDA SON CONSIDERADAS “VIOLENCIA CONTRA LA MUJER” POR EL PARLAMENTO EUROPEO

En una contradictoria resolución aprobada con 489 votos a favor, 114 en contra y 69 abstenciones, afirma que la negación de servicios de salud, incluido el aborto, es una forma de violencia a la mujer.

“La negación de los servicios de salud y derechos sexuales y reproductivos, *incluido el aborto seguro y legal, es una forma de violencia contra las mujeres y las niñas*”, afirma una resolución aprobada por el Parlamento Europeo de forma mayoritaria, con *489 votos a favor, 114 en contra y 69 abstenciones*.

La resolución ocurrió como medida de respaldo de la Unión Europea a la Convención de Estambul, el tratado del Consejo de Europa, y tiene la “intención” de “prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y las niñas”.

La contradictoria resolución no hace mención *ni condena el aborto selectivo por cuestión de sexo*, lo cual también es una forma de violencia contra la mujer, y es una auténtica discriminación por cuestión de sexo.

El texto de la resolución afirma de forma literal:

“La negación de los servicios de salud y derechos sexuales y reproductivos, incluido el aborto seguro y legal, es una forma de violencia contra las mujeres y las niñas, reitera que las mujeres y las niñas deben tener control sobre sus cuerpos y sexualidades; a los Estados Miembros que garanticen una educación integral en sexualidad, acceso fácil de las mujeres a la planificación familiar y toda la gama de servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los métodos anticonceptivos modernos y el aborto seguro y legal”**.

8. FRANCIA CONDENA UN VIDEO A FAVOR DE LOS NIÑOS CON SÍNDROME DE DOWN (PORQUE PUEDE PERTURBAR LA CONCIENCIA DE MUJERES QUE ABORTAN)

El Consejo de lo Audiovisual de Francia ha considerado como inapropiado el video emitido en marzo del 2004 titulado “Querida futura mamá”, en la que niños con síndrome de Down muestran que pueden ser tan felices como cualquier otro niño.

*Publicado en *Infocat* el 20.5.2017.

**Publicado en *Infocat* el 20.9.2017.

“Querida futura mamá, no te asustes. Tu niño podrá hacer muchas cosas. Podrá correr hacia ti, abrazarte, tener un trabajo...”. Y así continúa la enumeración de frases positivas que dicen una serie de niños y jóvenes con síndrome de Down en un video titulado: *“Querida futura mamá” y que se emitió en las televisiones de todo el mundo en marzo de 2014, en consonancia con el Día Mundial del Síndrome de Down* que se celebra el 21 de marzo. Sin embargo, parece que no ha gustado a todos.

En Francia, tras la emisión del anuncio en tres grandes cadenas de televisión, *el Consejo Superior de lo Audiovisual (CSA) recibió varias quejas y decidió valorar si la difusión de este video había sido la adecuada*. Tras su deliberación, en junio de 2014, *el CSA consideró que el mensaje era “susceptible de controversia” y estimó que “el mensaje no se basaba en el interés general”, como estipula el decreto de 1992 que regula la publicidad audiovisual*. Mientras, un grupo de siete jóvenes con síndrome de Down, respaldados por la Fundación Jérôme Lejeune y por la asociación Amigos de Éléonore consideraron esta decisión como un ataque contra la libertad de expresión y decidieron acudir al Consejo de Estado francés para que decidiera. Pero *los jueces administrativos que conforman este consejo han vuelto a rechazar su recurso*. Argumentan que el video era “inapropiado” porque la expresión de felicidad de los jóvenes que aparecen en él *probablemente perturbaría la conciencia de las mujeres que habían tomado diferentes opciones legítimas de su vida personal* e insiste en que su difusión no favorece el interés general de los franceses.

“En un primer momento nos ha sorprendido mucho la polémica. ¿Cómo un mensaje tan sencillo puede ser puesto en duda?”, afirma Agustín Matía, gerente de Down España. Aunque “es cierto que la controversia se ha creado alrededor de si el mensaje es o no de interés general pero nos parece que está un poco cogido por los pelos”, añade.

El CSA, tras su veredicto, no impuso ningún tipo de multa económica, pero sí que *se considera como un aviso para futuras ocasiones*. “Nos preocupa que, a partir de esta decisión, las cadenas que puedan emitir este tipo de campañas en Francia las miren con lupa y no las difundan”, añade el responsable de Down España. También es cierto, como apunta Matía, que “detrás de esta polémica hay un debate mayor, porque el anuncio se considera contrario al aborto de la mujer y es por ello por lo que no se estima de interés general, porque atenta contra lo que consideran una decisión legítima de cada embarazada”.

En lo que respecta a España, Matía duda que un problema parecido pudiera surgir en nuestro país, ya que *“por la ley general de discapacidad, se debe promover la visibilidad de las personas con alguna discapacidad, como las que tienen síndrome de Down”*. *El video se difundió en España, como en muchos otros países, sin embargo, fueron las redes las que lo hicieron viral*. Italia, Reino Unido, Portugal, Estados Unidos, Brasil... son solo algunos de los países en los que se emitió la campaña. Es más, *en Brasil lo han vuelto a recuperar para volver a darle difusión*, sostiene el gerente. Ningún otro país ha tomado una decisión parecida a la gala y ya cuenta con más de 7,2 millones de reproducciones en YouTube y ha recibido varios premios, entre los que destacan seis Leones del Festival de Creatividad de Cannes, en la misma Francia. En Australia, por su parte, se ha utilizado en las facultades de Medicina para proporcionar a los universitarios información sobre la vida de las personas con síndrome de Down.

Este tipo de campañas se realizan para ayudar a las familias con algún hijo con síndrome de Down, para mostrar que estos niños pueden ser tan felices como cualquiera. Solo refleja hechos objetivos porque es una realidad palpable”, afirma Mónica López Barahona, presidenta de la Fundación Jérôme Lejeune en España. “La idea no es herir a nadie, ni molestar a una mujer que ha decidido abortar, solo se muestra un hecho constatable”, prosigue.

Las dos entidades que acudieron al Consejo de Estado no se van a quedar con los brazos cruzados y, en lugar de acudir al organismo europeo que regula lo audiovisual, *ya han anunciado que se dirigirán directamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. “Es un gran paso, la mejor opción, porque puede sentar un precedente importante. Será Estrasburgo el que dirima si este video se considera inapropiado o que puede generar controversia. Por lo tanto, marcará jurisprudencia para el futuro”, añade Matía.*

Mientras el proceso judicial prosigue, *las asociaciones también se están movilizando a través de las redes sociales. Están recogiendo firmas a través de la plataforma change.org para que permita emitir este contenido. “La prohibición discriminatoria del video envía el mensaje de que las personas con síndrome de Down no son bienvenidas en nuestra sociedad. Por eso ha provocado nuestra indignación”, reza la carta*.*

9. LA BBC CENSURA A UNA MUJER EMBARAZADA EN UN PROGRAMA DE DEBATE SOBRE EL ABORTO

A Sarah Crusten, madre de una niña con síndrome de Down, antigua enfermera, le llamaron para participar en un debate sobre el aborto y, cuando confirmó su asistencia, se la negaron. ¿Motivo? Los demás participantes, partidarios del aborto, dijeron que les disgustaba la presencia de la mujer encinta.

La segunda cadena de la British Broadcasting Corporation (BBC), la televisión pública británica, *había invitado a Sarah Crusten, de 43 años, a participar en un debate titulado ‘El aborto a juicio’ (Abortion on trial), presentado por Anne Robinson.*

Los productores del programa habían concretado con ella ya su participación en el espacio, *en su condición de antigua enfermera y madre de una hija con síndrome de Down* que, como es conocido, son mayoritariamente asesinados antes de nacer al ser detectados.

La enfermera *fue elegida precisamente porque se negó a abortar* cuando conoció que su segunda hija, Beth ahora de cuatro años, tenía 50% de posibilidades de nacer con trisomía 21.

Sin embargo, los productores informaron a Crusten de que prescindían de su participación. Según el *Daily Mail, consideraron que su estado de buena esperanza podría provocar “angustia” en el resto de participantes* o “restringir lo que sienten que deben decir”.

Crusten, casada y con tres hijos, ha explicado que “estaban preocupados por si esto [el embarazo] inhibía a la gente para hablar con libertad o les causa

*Publicado en *Infocat* el 21.11.2016.

disgusto; que estar embarazada podría ofender a la gente que opta por el aborto. Eso es lo que me dijeron“.

“Estoy enfadada porque parece que *hay una protección extraordinaria hacia los sentimientos de las mujeres que han abortado*”, en clara discriminación por los sentimientos de otras mujeres.

Está previsto que el programa ‘El aborto a juicio’ sea emitido el próximo 16 de octubre, se promociona como un debate entre nueve personas con visiones encontradas sobre el aborto con motivo del 50 aniversario de la legalización de la muerte prenatal inducida en el Reino Unido*.

10. EL GENOCIDIO DE LAS PERSONAS CON SÍNDROME DE DOWN

Un padre que tuvo el valor para salir del abortorio y apostar por la vida de su hijo Down/DailyMail

Aunque nos las damos de auténticos y transparentes, a poco que uno observe con atención la realidad que nos rodea descubrirá que vivimos en tiempos de *hipocresía generalizada*. Nos han convencido de que eso de la hipocresía es algo de los antiguos, de los victorianos, pero lo cierto es que nuestra época no le va a la zaga a ninguna otra. Un ejemplo, trágico, servirá para demostrarlo.

Nos referimos a los niños con síndrome de Down. Los famosos se fotografían con estos niños en calendarios benéficos y hay incluso marcas de ropa infantil que incluyen a niños con síndrome de Down entre sus modelos. ¡Qué monos son!... eso sí, de lejos, porque si resulta que detectamos que el hijo que va a nacer tiene síndrome de Down (y ya no se nos escapa ninguno) *lo eliminamos sin pestañear*.

En Estados Unidos son ya el 67% de los niños con síndrome de Down los que son asesinados antes de nacer. En Europa, tierra de progreso, vamos muy por delante: más del 90% son abortados en Italia, Alemania, Francia, Suiza, Inglaterra o Bélgica. En Dinamarca ya han llegado al 98%. En España no he encontrado datos oficiales, pero un estudio de Down España cifraba en un 96% los niños down abortados... ¡en 2009! En la actualidad, la misma organización estima que el porcentaje está cerca del 100%.

Pero los más “avanzados” son los islandeses: a los simpáticos vikingos no se les escapa ni un solo niño Down; el 100% ha sido interceptado y eliminado, consiguiendo así una sociedad libre de este tipo de niños. *Islandia es el avance del mundo al que nos dirigimos: un mundo “libre” de niños con síndrome de Down.*

Mientras en Europa el silencio es casi total sobre este tema tabú, en Estados Unidos hay algunas reacciones. En diciembre de 2017 el gobernador de Ohio, John Kasich, decretó la *Down Syndrome Non-discrimination Act*, por la que se prohibía el aborto de los niños Down. Tres meses después, en marzo de este año, el juez Timothy Black detuvo su aplicación. Ahora la batalla legal se resolverá en instancias superiores. Lo mismo ha ocurrido en Indiana y Luisiana. Solamente en Dakota del Norte ha entrado en vigor una ley de este tipo.

*Publicado en *Actual* el 11.10.2017.

Son algunas de las resistencias, pequeñas y limitadas pero valerosas, a lo que bien puede llamarse “genocidio de los Down”. Si genocidio es “cualquiera de los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”, basta añadir a los rasgos que determinan al grupo el de “cromosómico” para que la definición encaje a la perfección. Porque a lo que estamos asistiendo, en medio de calendarios benéficos y selfies de famosos, es a unos actos de detección y aborto muy eficaces encaminados a la desaparición de los niños con síndrome de Down.

Al acabar la Segunda Guerra Mundial el mundo entero se horrorizó al tomar conciencia plena de los planes eugenésicos aplicados salvajemente por Hitler (aunque la eugenesia no era un invento nazi, como cualquiera que haya leído a Chesterton en sus ataques a los eugenésicos ingleses de principios del siglo XX sabe). Hoy, la eugenesia ha regresado, sin hacer ruido, con cara de no haber roto un plato, incluso de abnegada filantropía, pero el resultado es el mismo: el exterminio de un tipo de seres humanos, en este caso los que tienen un cromosoma de más, con los que no deseamos convivir.

El postureo de tantos no debería ocultar la gravedad de esta tragedia que está ocurriendo ante nuestros ojos y ante la que casi todo el mundo calla*.

11. EL AYUNTAMIENTO DE PORTSMOUTH VOTA A FAVOR DE PROHIBIR VIGILIAS DE ORACIÓN FRENTE A UNA CLÍNICA ABORTISTA

El ayuntamiento de Portsmouth se ha convertido en la segunda entidad local de Gran Bretaña en votar a favor de prohibir las vigiliias de oración provida fuera de una clínica de abortos. La moción aprobada por 31 votos contra 1.

La *moción para que el ayuntamiento “haga todo lo que esté en sus manos”* para evitar vigiliias provida fuera de la clínica de aborto BPAS, fue *apoyada por 31 votos contra uno*. La decisión es similar a la tomada por el distrito londinense de Ealing.

Durante octubre *se celebró a lo largo de toda una semana una vigilia provida diaria* en el Campus de Salud del Hospital St Mary’s, en Milton. *A la misma asistió el obispo Philip Egan de Portsmouth*, que tuiteó: “Acabo de regresar de la vigilia de 40 Days for Life fuera de la clínica de abortos de Portsmouth. Por favor *oren por los valientes participantes y por el fin del aborto*”.

Lisa Butler, que organiza las vigiliias de 40 Days for Life, dijo a Portsmouth News: “*No tiene que estar de acuerdo con nosotros sobre el aborto para defender nuestro derecho a orar pacíficamente fuera del hospital*”.

Según la Sociedad para la Protección de Niños No Nacidos (SPUC), el ayuntamiento escuchó el testimonio de Caroline Farrow, una escritora católica, que describió su experiencia en la clínica hace 20 años. “No me informaron sobre los hechos básicos de mi procedimiento”, dijo. “Estaba enojada por cómo me habían engañado y la clínica pasó por alto la realidad del aborto”, afirmó..

*Publicado en *Actual* el 9.10.2018.

En un comunicado, SPUC dijo: “Sabemos por el testimonio de muchas madres que han recibido ayuda de voluntarios provida que las mujeres a menudo terminan en clínicas de aborto porque sienten que no tienen otra opción. *¿Por qué deberían los voluntarios ser vilipendiados por ofrecer ayuda a las mujeres necesitadas?*”.

El ayuntamiento ahora está considerando *crear una “zona de seguridad” alrededor de la clínica*. Es posible que se apruebe una orden de protección de espacios públicos (PSPO)*.

12. CANADÁ DENIEGA LA ADOPCIÓN A UN MATRIMONIO PROTESTANTE POR SUS CREENCIAS SOBRE MORAL SEXUAL

Una pareja canadiense de fe protestante evangélica ha demandado a los servicios sociales de Alberta (Canadá) por denegarles su solicitud de adopción a causa de sus creencias religiosas.

La pareja no tiene hijos propios y no pueden concebir debido a complicaciones médicas. Uno de ellos había expresado en su declaración de *solicitud de adopción el deseo de “adoptar a niños”, incluso de edad mayor sabiendo “que es poco probable que sean adoptados*. Queremos ofrecerles un hogar y mostrarles que son valorados”.

Según explica el Centro de Justicia para las Libertades, que se ha hecho cargo de la demanda, esta familia tuvo una entrevista con los Servicios Sociales de Edmonton en octubre del pasado año. La solicitud inicial fue aprobada, sin embargo en una posterior entrevista, en marzo de este año, *se les solicitaron aclaraciones “con respecto a la visión sobre sexualidad”*.

En esta entrevista, ambos explicaron que eran evangélicos y que tenían una visión de la sexualidad y el matrimonio basada en la Biblia, y reiteraron su compromiso de tratar a cualquier niño con “respeto, amor, sin importar su orientación sexual o comportamiento”.

Una semana después, los servicios sociales rechazaron la solicitud de adopción, expresando que *estos padres adoptivos “no podrían ayudar a un niño que tuviese problemas de identidad sexual”*. En una entrevista personal, se explicó a los padres que esta era la *posición oficial del gobierno de Alberta*.

Es por ello que la familia *ha decidido demandar ante la justicia a los Servicios Sociales por lo que consideran una discriminación basada en sus creencias religiosas*.

John Carpay, abogado y director de la organización que lleva el caso, ha explicado que “hacer determinaciones sobre quién es adecuado para adoptar de acuerdo a las creencias religiosas viola el derecho a la libertad religiosa y a la igualdad consagrados en la Constitución y en la Carta de Derechos Humanos”, por lo que piden que la orden sea revocada.

La solicitud legal pide que se emita una orden judicial que apruebe la solicitud de esta familia para poder adoptar**.

*Publicado en *Infocat* el 16.11.2017.

**Publicado en *Infocat* el 29.11.2017.

13. LA TOLERANCIA EN VERSIÓN CALVINISTA

La propaganda fue sin duda un arma muy eficaz en manos de los que querían desacreditar la presencia española y portuguesa en América en los siglos XVI y XVII, para acceder a las riquezas que ofrecía el nuevo continente.

En estos tiempos en que las noticias falsas nos parecen algo nuevo porque las llamamos *fake news*, es casi obvio recordar que las falsedades propagandísticas son un viejo fenómeno de la lucha política. La propaganda fue sin duda un arma muy eficaz en manos de los que querían desacreditar la presencia española y portuguesa en América en los siglos XVI y XVII, para acceder a las riquezas que ofrecía el nuevo continente.

Así se explica que la exagerada *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* de Bartolomé de las Casas fuera enseguida traducida al francés, inglés, holandés, alemán y latín, y utilizada como prueba de que la conquista española era sinónimo de crueldad y tiranía. A la vez servía de munición anticatólica en una Europa desgarrada por las guerras de religión, en la que los protestantes presentaban su causa como una rebelión contra la intolerancia y la corrupción de la Iglesia católica. En los Países Bajos, siempre en rebelión armada o latente contra España, las prensas calvinistas se dedicaron a reeditar la obra de Bartolomé de las Casas, incorporando el tema americano como uno de los pilares de la leyenda negra que después sería acentuada por la Ilustración.

Imbuidos por estas ideas, que aún perduran, a menudo se da por supuesto que, si en vez de la conquista española y portuguesa se hubiera dado una colonización de origen protestante, en Latinoamérica se habría impuesto la tolerancia religiosa y una pacífica influencia. Es cierto que basta echar un vistazo a las colonias de América del Norte, con su declarado anticatolicismo y su sistemática erradicación de los indios, para no hacerse muchas ilusiones sobre la tolerancia de la época. Pero no hace falta ir tan al Norte para poner a prueba el respeto a la libertad religiosa de los calvinistas holandeses que tanto arremetieron contra la tiranía católica en América.

Lo experimentaron en propia carne los 30 católicos brasileños que fueron masacrados en Rio Grande do Norte en 1645 por calvinistas durante la ocupación holandesa del nordeste del país, un episodio histórico poco recordado hoy. A todos ellos los mataron por negarse a abjurar de su fe católica y convertirse al calvinismo. Juan Pablo II los beatificó en 2000 y se espera que dentro de este año sean canonizados.

La invasión holandesa del nordeste de Brasil se produjo entre 1630 y 1645, a través de la Compañía holandesa de las Indias Occidentales. El objetivo era controlar la producción de caña de azúcar, que en aquel momento era un producto muy valorado por los europeos. Entre 1637 y 1644 la región estuvo bajo el mando del holandés Maurizio de Nassau, que destacó por su capacidad de gestión. En esos años el nordeste brasileño experimentó una serie de mejoras en salud pública y estructuras. Pero también se acentuó la persecución religiosa. La religión oficial pasó a ser el calvinismo. Numerosas órdenes religiosas fueron expulsadas de la región. Hubo destrucciones y saqueos de iglesias y conventos católicos.

Los 30 brasileños son las víctimas conocidas de dos masacres que se produjeron en 1645. La primera, en Cunhaú, tuvo lugar el 16 de julio durante una misa que celebraba el padre André de Soveral. Jacob Rabbi, que mandaba las tropas al

servicio de la Compañía de las Indias occidentales, cerró las puertas de la iglesia y ordenó a los soldados que mataran a todos los fieles allí congregados.

La segunda se produjo tres meses después en Uruaçu, también por orden de Jacob Rabbi. Un grupo de unos 80 católicos se habían refugiado en una pequeña fortaleza en Potengi, pero tuvieron que rendirse a las tropas holandesas que después los mataron a orillas del río Uruaçu. Los relatos hablan de una serie de atrocidades como lenguas arrancadas, brazos y piernas mutilados, decapitaciones, niños asesinados...

En ambos episodios murieron decenas de personas, pero solo se abrió la causa de canonización de 30, cuyos nombres se han conservado. Según las fuentes históricas, los holandeses ofrecieron a los católicos la posibilidad de salvar la vida convirtiéndose al calvinismo, pero las víctimas no quisieron abjurar de la fe católica.

El dominio holandés en la región duró hasta 1654. En ese año triunfó una insurrección luso-brasileña, que logró recuperar el territorio en una guerra en la que los comandantes alentaban a sus hombres a *luchar en nombre de la fe* frente a los calvinistas.

La canonización de los 30 mártires brasileños no va contra nadie. El recuerdo de su fidelidad debería alegrar a todos los que creen que la libertad religiosa es fundamental, entonces y ahora. Pero sí puede servir para poner de manifiesto que en aquella época la tolerancia estaba lejos de ser un ideal, tanto para católicos como para protestantes, como tampoco los indígenas eran más tolerantes con otras tribus a las que tenían sometidas. Tendría que pasar mucho tiempo antes de que se reconociera el valor de la libertad de conciencia. Y, desde luego, no sería por el ejemplo que dejaron los calvinistas holandeses en Brasil.

IGNACIO ARÉCHAGA*

14. PARADOJAS Y LA INTOLERANCIA DE LOS TOLERANTES

Con bonitos dibujos se nos explica la opinión de Karl R. Popper (1902-1994), en cuanto a que la sociedad moderna, a pesar de valorar la tolerancia, tiene el derecho a reprimir ciertas ideas, cuando las son “intolerantes”. A esto se le ha llamado la “Paradoja de la Tolerancia”.

Resulta curioso que una opinión de fines de la Segunda Guerra Mundial (Popper la expuso en *La Sociedad Abierta y sus Enemigos* de 1945) resurja en la internet 2017, en un mundo totalmente diferente. Después de todo, no parece que las ideas de Hitler u otras de similar calaña se acerquen siquiera a poner en peligro la paz mundial, o la estabilidad de los países. Sin embargo, claramente no es una coincidencia.

Lo que sucede es que grupos que hasta hace poco pedían tolerancia, han alcanzado el poder en años recientes, y se preparan para ejercerlo en contra de sus enemigos. Desde luego, no se trata de los nazis, reducidos a grupos minúsculos y desarticulados en todas las naciones occidentales. Muy pronto (y ya ha comenzado)

*Publicado por el autor en su blog *El Sonar*.

serán los homofóbicos, los opositores al aborto, y los cristianos estarán bajo esa bota negra del último cuadro.

Por eso este tipo de publicaciones deberían ser motivo de preocupación para nosotros.

¿Es válida la opinión de Popper? Creo que no. De entrada se nos dice que estamos ante una paradoja, y eso es problemático. En filosofía se entiende que una idea, para ser verdadera, al menos debe ser coherente consigo misma. Si se produce una paradoja al aplicar una explicación a una situación concreta, la explicación es falsa. *Reductio ad absurdum*, le decimos los sióticos. Sin embargo, aquí se nos dice que la idea de tolerancia que nos proponen contiene una paradoja: *toleramos las ideas diferentes (no como esos sucios intolerantes del pasado), pero no todas*. Hay ciertas ideas y expresiones que son intolerables incluso para nosotros, immaculados caballeros de la tolerancia.

El resultado de esta paradoja debería ser el mismo en todos los casos: *la tolerancia de los modernos es una idea errada, o vacía en el mejor de los casos*. Sin embargo, cuadritos como el de más arriba no dicen eso. Casi nos invitan a tolerar esta paradoja como la única alternativa posible, como la máxima de un sabio oriental que parece absurda pero no sabemos exactamente cómo.

Ya puedo oír a mis detractores: “¿Acaso eres un intolerante? Miren todos, él odia la tolerancia”. Gran escándalo ante tamaña herejía.

Más allá de la indignación moral y las caminatas de la vergüenza, *la solución a la paradoja de Popper es bajarnos del pedestal moral que nos otorgan palabras como “tolerante” y “liberal”*. La respuesta es quitarnos los ropajes blancos de los Caballeros de la Tolerancia y la Libertad, y vernos tal como realmente somos. Existen en el mundo regímenes sumamente duros con ideas que a nosotros nos parecen normales (la libertad de culto, por ejemplo), y son tolerantes con otras. Hay personas que reclaman espacio para sus ideas en base a cierto principio de tolerancia (los nazis, por ejemplo) pero que no tenemos por qué soportar. En uno y otro caso, la diferencia con nosotros no es entre blanco y negro, los buenos y los malos, los tolerantes y los intolerantes.

La diferencia entre una sociedad libre y otra opresiva es de grados, no de si somos tolerantes o no. La pregunta no es si trazamos o no una línea de tolerancia, sino dónde la trazamos. *La pregunta es ¿cuál es el estándar mínimo que imponemos a todos?* Al hombre moderno no le gusta la idea de imponer, o los estándares comunes, suena a algo violento. Sin embargo, eso es exactamente lo que hace Popper con su aparente solución a la paradoja de la tolerancia.

Pero ese todavía no es el problema de fondo. Cuando hemos decidido dónde poner la línea de lo que estará prohibido en la sociedad, todavía nos queda la pregunta definitiva *¿por qué trazar el límite de la tolerancia precisamente ahí, y no más adelante o más atrás?* “¡Juego democrático!”, dirán muchos, “que la mayoría decida”. El problema es que los procesos democráticos no garantizan una buena solución, como tristemente lo demostró el ascenso del nacionalsocialismo alemán, o la experiencia de Venezuela.

La respuesta a esa pregunta solo puede provenir de una verdad trascendente, que se encuentra más allá del Estado, y que surge directamente de nuestra identidad como seres humanos. La respuesta, en definitiva, solo surgirá cuando sepamos quiénes somos, y para qué estamos aquí. *Esos son problemas filosóficos y religiosos que el hombre moderno no quiere tocar ni con una vara de 3 metros*. Para

no hacerlo, está dispuesto a soportar ideas como la tolerancia con sus evidentes paradojas, decir “no se tolera al intolerante”, pretender que eso es una respuesta y encogerse de hombros.

PATO ACEVEDO*

15. GOOGLE DESPIDE A UN EMPLEADO POR RAZONES IDEOLÓGICAS

James Damore era uno de los ingenieros con los que Google diseña sus algoritmos desde diciembre de 2013. Recientemente envió una carta de 3.000 palabras a la dirección explicando por qué, en su opinión, existe una infrarrepresentación de mujeres en tecnología y dirección.

Lo primero, rechazar la discriminación y buscar la racionalidad en el debate:

Valoro la diversidad y la inclusión, no estoy negando que el sexismo exista ni respaldo el uso de estereotipos. (...) Si no podemos tener una discusión honesta sobre esto, nunca podremos resolver de verdad el problema.

En su opinión, las diferencias biológicas marcan también diferencias psicológicas y, por tanto, intereses vitales:

Las opciones y las capacidades de hombres y mujeres divergen, en gran parte, debido a causas biológicas, y estas diferencias pueden explicar por qué no hay una representación igual de mujeres (en posiciones) de liderazgo (...) Se centran más en sentimientos y la estética en lugar de en las ideas.

En conclusión, el hecho de que las mujeres tengan más capacidad de empatizar hace que se centren en carreras sociales o artísticas. Mientras que el foco de los hombres en las ideas hace que se centren en carreras como informática.

¿Su conclusión?

Espero que quede claro que no estoy afirmando que la diversidad sea algo malo, que Google o la sociedad ya sean 100% justos, o que no debemos intentar corregir los sesgos existentes (...) A lo que voy es a que mostramos una intolerancia hacia ideas y evidencias que no se ajustan a un determinado marco ideológico. [...] Tampoco propongo que debemos restringir a las personas a determinados roles de género; de hecho sostengo más bien lo contrario: que las tratemos como a individuos y no solo como un miembro más de su grupo social.

La vicepresidenta de Diversidad, Integridad y Gobernabilidad de Google, Danielle Brown, le responde:

No es un punto de vista que yo, o esta empresa, compartamos.

Damore responde:

El de los puntos de vista es el tipo de diversidad más importante, por lo que deberíamos dar más poder a quienes tengan una ideología diferente y quieran expresarla.

*Publicado en *Infocat* el 30.8.2017.

Brown sentencia:

Parte de la construcción de un entorno abierto e inclusivo implica fomentar una cultura en la que aquellas personas con puntos de vista alternativos, incluyendo opiniones políticas diferentes, se sientan seguros compartiendo sus opiniones. Pero ese discurso necesita estar en línea con los principios de igualdad de empleo que se encuentran en nuestro Código de Conducta.

Finalmente el ingeniero James Damore fue despedido. Por contradecir el posicionamiento ideológico de la empresa*.

16. GOOGLE ME “CASTIGÓ” POR REPETIR LO QUE LA CIENCIA DICE SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER, AFIRMA EL INGENIERO DESPEDIDO POR GOOGLE

El exingeniero de Google James Damore afirma que su despido da peso a la validez de su punto de vista respecto a que *el gigante de Internet está sesgado* en contra de los empleados que no suscriben a la *“ideología” políticamente correcta*.

El ingeniero de *software* de 28 años de edad fue despedido a principios de esta semana de Google después de que su memorándum de 10 páginas titulado *Google Ideological Echo Chamber* se filtró y se volvió viral.

Damore trabajó en Google desde diciembre de 2013, dijo a Bloomberg Television que escribió el documento para los empleados de Google, porque creía que *la falta de diversidad ideológica ha dañado nuestros productos*.

Damore dijo que solo quería corregir las prácticas de contratación de Google que, según él, *favorecían a las mujeres, las minorías y algunos grupos étnicos*.

“Hubo varias prácticas de contratación que *trataron a las personas de manera diferente en función de su raza y género*”, dijo durante la entrevista, añadiendo que *es más fácil para alguien entrar en Google en función de su raza o género*.

Damore dijo en la entrevista de Bloomberg que estaba “herido” por el ataque.

“Definitivamente, estoy herido”, explicó. “Me encanta Google y siempre he sido un fan de Google, incluso antes de que fuese contratado, por lo que realmente se siente como si me ha traicionado de alguna manera... *Mi nota solo pretendía mejorar a Google y a su cultura*”.

“Y me castigaron y me avergonzaron por hacerlo”, agregó.

El documento de Damore está siendo aclamado como un “manifiesto” de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. Ofrece una observación sincera sobre cómo Google ha adoptado sin crítica un *sesgo moral* que favorece la *ideología sostenida por la izquierda*.

“Solo los hechos y la razón pueden arrojar luz sobre estos sesgos, pero cuando se trata de la diversidad y la inclusión, el sesgo de izquierda de Google ha creado

*Publicado en *CitizenGo* el 8.8.2017.

Para más información: Texto íntegro de la carta remitida por el ingeniero James Damore, <https://firedfortruth.com/>

un *monocultivo políticamente correcto* que mantiene su dominio para avergonzar a los disidentes y mantenerlos callados”, escribió.

“Mi punto más importante es que tenemos una intolerancia para las ideas y para la evidencia que no encaja en una determinada ideología. Tampoco estoy diciendo que debemos restringir a las personas a ejercer ciertos roles, sino lo opuesto: *tratar a las personas como individuos, no como simplemente un miembro de colectivo* (una especie de tribalismo)”, añadió.

Damore denunció que “*la discriminación para alcanzar la igualdad de representación es injusta, divisiva y mala para los negocios*”.

Los principales medios de comunicación controlados por la izquierda acusaron a Damore de haber escrito un memorándum “antidiversidad”, aunque el ingeniero declaró que su objetivo era expandir la diversidad de Google, especialmente al reconocer el sesgo del gigante tecnológico*.

17. CON UNA MANCHA PERMANENTE EN SU EXPEDIENTE. OFICIAL DE POLICÍA DISCIPLINADO POR LLAMAR A UN HOMBRE TRANSGÉNERO “HOMBRE”

La ideología de género está causando cada vez más problemas a los agentes de la ley. Uno de esos casos está afectando al policía de Fort Lauderdale, James Brinton, quien está siendo disciplinado y toda la policía de la ciudad está siendo obligada a someterse a un “entrenamiento” de sensibilidad transgénero porque Brinton se refirió a un hombre biológico como “hombre”.

El hombre en cuestión, *Shelby Kendall*, un agente de bienes raíces de 48 años de edad, es de hecho de sexo masculino, pero en 2014 pidió que se cambiara su licencia de conducir para que diga que es “mujer”.

El estado de la Florida hizo justamente eso, y apenas presionar un botón, a Kendall le fue concedido un cambio burocrático de sexo y fue oficialmente declarado por el gobierno como una “mujer”.

EL INCIDENTE

En enero, el oficial Brinton detuvo a Kendall en una carretera pública y comenzó a levantarle una boleta por conducir de forma imprudente. En lugar de mostrar su sexo biológico, la computadora de la policía que llenó la información de la licencia de conducir de Kendall en la boleta lo identificó como mujer. El oficial Brinton *pensó que era un error de la computadora y lo corrigió*.

Mientras tanto, Kendall intentó darse a la fuga en su automóvil –o eso fue lo que el oficial pensó (Kendall afirma que simplemente estaba saliendo del camino de otro conductor)–. Brinton saltó de su automóvil y esposó a Kendall para luego pedir respaldo. Luego rechazó las alegaciones de Kendall cuando dijo algo sobre ser una mujer.

*Publicado en *Infocat* el 12.8.2017.

KENDALL LEVANTA CARGOS

Solo cuatro días después Kendall se dirigió a los asuntos internos del departamento de policía y presentó cargos contra Brinton por *confundir su género en la boleta*.

Después llegó la burocracia en su peor momento. Un grupo de investigadores entrevistó e investigó el incidente a fondo. Los investigadores de la policía pusieron a su colega Brinton contra las cuerdas. Ellos recomendaron que el policía fuera *oficialmente reprendido por su atroz insensibilidad*.

Siguió la humillación políticamente correcta. Brinton fue llevado el lunes ante la Junta de Revisión de la Policía de Ciudadanos. Explicó que no estaba tratando de intimidar a Kendall y que honestamente pensó que la información que alguien había ingresado en la computadora estaba equivocada.

Aún así decretaron que el oficial Brinton debía ser reprendido y que *todo el departamento de policía de la ciudad debía recibir entrenamiento sobre cómo mentir para apaciguar los delirios transgéneros**.

18. CANADÁ OBLIGA A ESTAR DE ACUERDO CON EL ABORTO Y LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO PARA RECIBIR SUBSIDIOS AL CONTRATAR EMPLEADOS

El gobierno de Canadá, presidido por el liberal Justin Trudeau, prohibirá a cualquier empleador recibir subsidios de verano para estudiantes si no firma primero una “certificación” de que están de acuerdo con el aborto y los derechos de las personas transgénero.

Los nuevos criterios se enviaron a todos los parlamentarios y se harán públicos cuando el Programa de empleos de verano de Canadá se abra oficialmente el 19 de diciembre de 2017.

Para recibir subsidios de trabajo federales de Canadá, los empleadores deben dar fe de que:

Tanto el trabajo como el mandato principal de la organización respetan los derechos humanos individuales en Canadá, incluidos los valores subyacentes de la Carta de Derechos y Libertades del Canadá, así como otros derechos. Estos incluyen los derechos reproductivos y el derecho a no ser discriminado por motivos de sexo, religión, raza, origen nacional o étnico, color, discapacidad mental o física, orientación sexual o identidad o expresión de género.

El parlamentario conservador Brad Trost fue el primero en dar la alarma públicamente en un video de Twitter y Facebook en el que denuncia a los liberales por discriminación.

“En términos prácticos, esto significa que tiene que estar con la posición del Partido Liberal sobre el aborto, el matrimonio gay, los derechos de los transexuales, todo tipo de legislación en la Cámara de los Comunes; de lo contrario, será un empleador inelegible para este programa”, dijo Trost.

*Publicado en *Infocat* el 14.7.2017.

“Eso está mal, eso es discriminación. Está permitido que los canadienses tengan creencias políticas diferentes a las del gobierno actual y no deberían cortarse sus fondos porque no están de acuerdo con el gobierno”, agregó.

“El segundo problema con esto es que excluye automáticamente todas las organizaciones religiosas que son tradicionales en sus valores sobre la vida humana y moral sexual. Eso incluye a millones y millones de canadienses”, dijo Trost*.

II. IDEOLOGÍA DE GÉNERO

1. UNA EXTRAÑA DOCTRINA DENOMINADA “IDEOLOGÍA DE GÉNERO” (I)

Estimado radioyente

Este programa de hoy lo dedicamos a una extraña doctrina denominada “ideología de género”.

Comencemos por decir que si un campesino ve nacer un ternero en el potrero, no tendrá duda que es ternero y no una ternera. Si la gata da crías, los dueños de casa dirán con certeza que tuvo tantas crías hembras y tantos gatitos machos.

Esto, que es tan obvio para todos los mamíferos, está siendo puesto en duda para el principal de ellos, el ser humano.

Sí, de acuerdo con esta ideología de género, los seres humanos naceríamos apenas biológicamente hombres o mujeres, pero que podríamos escoger conforme nuestro capricho una identidad psicológica masculina o femenina, independiente de nuestro sexo. Y así como en las lenguas el género es intercambiable (por ejemplo, en castellano la sangre es de género femenino, pero en francés o portugués es de género masculino, y ellos dicen “el” sangre) se daría lo mismo con las personas, de ahí el nombre de “identidad de género”. Ellos alegan que la mayoría de las personas escoge actualmente la identidad psicológica que corresponde con el sexo biológico apenas por una “imposición cultural” de la sociedad en base a un mero “estereotipo” que hace que las niñas se vistan de rosado y jueguen con muñecas y los niños de celeste y jueguen con camiones. Pero que si se eliminaran esos estereotipos que asignan roles, habría muchas más personas transexuales, como también muchos más homosexuales (porque la orientación sexual también sería un estereotipo cultural).

Recientemente, en el marco de la discusión de un proyecto de ley llamado, “protección de la identidad de género”, algunos profesores universitarios llegaron a expresar hasta que: “La maternidad y paternidad [] son conceptos que también son evolutivos y frente a los cuales la realidad muestra que bien podríamos hablar hoy de parentalidad, asumiendo que no es la condición biológica la que necesariamente atribuye tales roles”.

*Publicado en *Infocat* el 15.12.2017.

De acuerdo con esta tesis, usted que es el papá podría asumir el rol de la mamá, y viceversa. Así el niño podría tener una “mamá” con barba y un papá de pollera y taco alto. Todo eso, ¿no le parece absurdo? ¿De dónde habrán sacado tamaña estupidez?, se preguntará usted.

En palabras de Dale O’Leary, estudiosa del tema y citada por monseñor Alzamora, obispo de Perú, la teoría del “feminismo de género” se basa en una interpretación neomarxista de la historia. Según la señora O’Leary, los marxistas clásicos creían que el sistema de clases desaparecería una vez que se eliminara la propiedad privada, se facilitara el divorcio, se aceptara la ilegitimidad, se forzara la entrada de la mujer al mercado laboral, se colocara a los niños en institutos de cuidado diario y se eliminara la religión. Sin embargo, para las “feministas de género”, los marxistas fracasaron por concentrarse en soluciones económicas sin atacar directamente a la familia, que era la verdadera causa de las clases. De la necesidad de combatir directamente la familia, nació esa absurda “teoría del género”.

Pero el absurdo no les preocupa a estos teóricos. Al contrario, mientras más absurda sea la tesis, más le gusta.

El problema está en que estos teóricos no son unos pocos lunáticos y desequilibrados, sino que hoy están muy bien posicionados en el Ministerio de Educación, precisamente el que comanda las políticas por las cuales se rige el 100% de los colegios de Chile.

Puede ser entonces que su hijo o su nieta, desde los bancos de colegio ya estén siendo “educados” en estas teorías. Por eso creemos importante darle algunos criterios que pueden ayudarlo a prevenir esta situación.

Este programa nos fue solicitado por una radio amiga de una comuna sureña, lo que demuestra que no es una pura teoría, sino que ya es un problema para todas las familias.

Una profesora y madre de familia escribió una carta al respecto: “Estoy desconcertada. Resulta que el otro día la directora de mi instituto me propuso celebrar una fiesta con los niños. Le dije que encantada, porque sabes que a mí me encanta organizar fiestas. Entonces me mostró unos carteles con unos corazoncitos preciosos, hasta que me di cuenta que dentro de los corazones había unos dibujitos pequeños con parejas de hombres y mujeres, de hombres y hombres, y de mujeres con mujeres. “Qué curioso”, le dije. ¿Y esto para qué es?

–Son carteles para la fiesta. Vamos a hacer una fiesta sobre el género.

Entonces recordé que había oído hablar algo de la ideología de género.

–¿Podrías darme algunas ideas generales?

Pasemos a responder a estas tan justificadas inquietudes.

Comencemos por dar la doctrina católica al respecto de la diferencia sexual entre hombres y mujeres, pues de ahí nos será más fácil entender la falsedad de los presupuestos de la doctrina de “identidad de género”.

El Génesis nos enseña que “Creó, pues, Dios al ser humano a imagen suya, a imagen de Dios le creó, macho y hembra los creó. Y bendíjolos Dios, y díjoles Dios: “Sed fecundos y multiplicaos y henchid la tierra y sometedla; mandad en los peces del mar y en las aves de los cielos y en todo animal que serpea sobre la tierra”.

O sea que fue Dios que creó los dos sexos y lo hizo con una finalidad doble: ser fecundos y ayudarse mutuamente formando una sola carne, que fue lo que

Nuestro Señor Jesucristo enseñó, respondiendo a los fariseos: “¿No habéis leído que el Creador, desde el comienzo, los hizo varón y hembra, y que dijo: Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y los dos se harán una sola carne?”. Y esta última frase también la repitió San Pablo en su Epístola a los Efesios.

Aquí se encuentra el fundamento primero de la diferencia sexual: ella tiene en vista la constitución de una familia, basada en la unión monogámica e indisoluble entre un hombre y una mujer y ordenada prioritariamente a la procreación y a la educación de la prole. Más aún, Nuestro Divino Señor restableció el plan original de Dios para el matrimonio natural, acabando con la institución mosaica del repudio, reiterando que “lo que Dios unió no lo separe el hombre” y elevándolo más tarde a la dignidad de sacramento cuando contraído entre cristianos.

Dios dispuso nuestra naturaleza de este modo, y lo que le sea contrario está fuera y contra su divino mandato. Esta ha sido la doctrina católica por más de XX siglos, inspirada en las Sagradas Escrituras, las cuales hacen referencia a la Creación de los tiempos. No hay por lo tanto dónde perderse.

Pasemos a ver ahora lo que dice la “doctrina de género”.

En vez de dos géneros, “hombre y mujer”, hoy ellos hablan de 5, 10, 31, y hasta 50 tipos de “géneros” diferentes, de acuerdo con una combinación de tres factores principales: la identidad subjetiva y el tipo de atracción sexual que las personas puedan sentir o no sentir y el carácter estable o provisorio de esa identidad y atracción.

Una de las principales teóricas de la “doctrina de género”, Judith Butler, afirma que “El género es una construcción cultural; por consiguiente, no es el resultado causal del sexo [biológico], ni tan aparentemente fijo como el sexo... Al teorizar que el género es una construcción radicalmente independiente del sexo, el género mismo viene a ser un artificio libre de ataduras. En consecuencia varón y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como uno masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como uno femenino”.

Estas teorías no son solo asunto de libros o discusiones académicas, sino que afectan la vida diaria de las personas, y en especial de los niños. El año 2016, por ejemplo, en Estados Unidos el gobierno de Barack Obama emitió una directiva para que todas las escuelas públicas de Estados Unidos garanticen derechos básicos a los estudiantes transgénero, como poder usar el baño del sexo con el que se sientan identificados. En algunas provincias de Canadá eso fue extendido a los equipos de deportes y a los camarines en que los estudiantes se cambian de ropa.

Ahora, como todas esas ideas responden a la ideología de género que las autoridades del MINEDUC quieren imponer, no sería raro que establecieran igual “derecho” para todos los colegios públicos y privados de Chile y, como sucede en el norte del continente americano, si el colegio se opusiera a tal obligación podría llegar incluso a perder su derecho de enseñar, por “discriminación”.

Es lo que recientemente denunció como un “totalitarismo” el actual Prefecto para la Doctrina de la Fe:

“En este momento preciso de la historia –declaró el cardenal Gerhard Ludwig Müller–, los Estados y las sociedades de América Latina, al igual que en Europa y América del Norte, se encuentran bajo la presión de un nuevo totalitarismo ideológico que se quiere imponer a todos los países, condicionando la ayuda para el desarrollo en función de la aceptación de sus postulados, como ocurre con la ideología de género y el acceso libre al aborto, que es un homicidio que se trata de presentar como un derecho. Son amenazas que debilitan los cimientos de los Estados modernos”.

IDEOLOGÍA DE GÉNERO (II)

La semana pasada, como usted podrá recordar, tratamos del tema de la ideología de género, que hoy está siendo impuesta en planes de educación para niños en colegios de todo el país.

Como el asunto no se agota en un solo programa, le proponemos este nuevo comentario en forma de preguntas y respuestas, extraídas de la página *web* de “Foro español de la Familia”, que esperamos, podrá ser más didáctico para usted.

Así podrá saber a qué atenerse cuando sus hijos o nietos le comenten cosas relacionadas con el tema.

¿Qué pretende esta ideología [de género]?

Esta ideología propone la búsqueda de la “liberación total” del hombre en todos los órdenes, (...) de las relaciones familiares, de la reproducción, de la sexualidad, de la educación, de la religión, de la cultura, de la Ley Natural, etc. Cuando el hombre se libere de todo eso –dicen– será libre.

¿Cuáles son los “roles” a “reconstruir” para la ideología de género?

La ideología de género se plantea destruir con la máxima urgencia una serie de realidades que ellos denominan “roles”. Comenzando por los roles de la masculinidad y de la feminidad. Los ideólogos de género defienden que el ser humano nace sexualmente neutro y que luego es socializado en hombre o mujer. Por eso hay que educar a los niños sin juguetes o tareas “sexoespecíficas”, lo que ellos denominan, sin “estereotipos”. (...) sostiene que un niño es un niño porque su padre le da juguetes de niño, le ha puesto nombre de niño y le trata como un niño: lo que hay que hacer es dejarlo en libertad: que él elija ser niño o niña, o las dos cosas o ninguna. Esta es una reflexión típica de la ideología de género, que quieren evitar cualquier distinción entre hombre y mujer.

¿Por qué la ideología de género quiere “de-construir” todo lo religioso?

Porque piensan que la “de-construcción” de la religión es el medio imprescindible para llegar a la sociedad sin sexos que proponen. Esta ideología considera la religión como un simple invento humano y sostiene que las religiones principales fueron inventadas por los hombres para oprimir a las mujeres. Toda propuesta religiosa ajena a la ideología de género se tacha de fundamentalista. Por esto intentan de-construir la figura de Cristo, diciendo que es una pura construcción histórica, sin base real.

¿Cómo se hace la “de-construcción” de la educación?

La Presidenta de Islandia, Vigdís Finnbogadóttir, lo planteó en su momento en una conferencia preparatoria para la Conferencia de Pekín organizada por el Consejo Europeo en febrero de 1995.

Señaló que las niñas deben ser orientadas hacia áreas no tradicionales y no se las debe exponer a la imagen de la mujer como esposa o madre, ni se les debe involucrar en actividades femeninas tradicionales: “La educación es una estrategia importante para cambiar los prejuicios sobre los roles del hombre y la mujer en la sociedad”. Para quitar el concepto “hombre” y “mujer”, la perspectiva del género –defienden– “debe integrarse en los programas escolares”.

¿Cómo se acaba con el sentido de la maternidad?

Muchas mujeres apoyan los postulados de la ideología de género porque piensan que son avances de carácter feminista. Y no es así. La ideología de género sigue un esquema parecido al del marxismo, que pregona la necesidad de la igualdad económica y la redistribución de la riqueza. (...) Para la ideología de género ese paso necesario es impedir que la mujer se dedique a su hogar y al cuidado de sus hijos, porque eso la hace “desigual”. Dice una ideóloga de género: “La igualdad feminista radical significa, no simplemente una igualdad bajo la ley y ni siquiera una igual satisfacción de necesidades básicas, sino más bien que las mujeres –al igual que los hombres– no tengan que dar a luz”.

Como comentario final a este excelente cuestionario del Foro español de la Familia, presentamos enseguida una entrevista del psicólogo español Ignacio Calderón Castro a la página “Libertad Digital”, en la cual sostiene simplemente que esos programas educativos de género para los niños son la educación en la mentira. Y lo prueba científicamente.

Su testimonio es muy relevante pues se trata del fundador y director del Instituto de Neuropsicología y Psicopedagogía Aplicadas (INPA) en Madrid, España, y forma parte del equipo del Centro Internacional de Rehabilitación Neurológica, en Estados Unidos, dirigiendo el servicio en Laredo, Texas.

Al entrevistador, que le pregunta: *Su libro “La educación de 0 a 6 años” habla de sexualidad exaltando la diferencia niño-niña, algo que choca frontalmente con la ideología de género que se va imponiendo en la sociedad...*, Ignacio Calderón responde:

–El mismo nombre nos lo explica. Es una ideología. Las ideologías vienen y se van pero los animales sexuados somos machos y hembras desde hace 10.000 millones de años. La ideología de género no puede decir que es una verdad, pero yo sí puedo decir que es una verdad que al igual que hay animales machos y animales hembras, el ser humano solo es un animal y solo hay machos y hembras.

¿Qué efectos puede tener educar a los niños bajo estos parámetros?

–El efecto que puede tener es el de la educación en la mentira. Si educas a un niño imponiéndole algo que es cuestionable como una verdad absoluta y sin capacidad de cuestionarlo entonces le vas a generar un desarrollo de verdad inadecuado.

(...) Hay que irnos al caso más reciente, que es el comunismo. Lo que se ha enseñado durante muchos años en regímenes comunistas eran auténticas falsedades. Cuando el comunismo cayó toda esa gente que había sido educada en una falsedad se quedó sin una herramienta adecuada de trabajo. ¡Y hay que ver lo que es el postcomunismo en esos países!

–En su libro habla igualmente de la vida espiritual en la educación de los hijos. ¿En qué ayuda esta vida espiritual?

Si intentamos negar la dimensión espiritual del ser humano en la educación de los niños estamos cercenando una parte de nuestra naturaleza. Y por tanto van a crecer en cierto modo como si estuvieran “cortados”, como si les faltara una parte. Es fundamental que los niños tengan conciencia de la dimensión espiritual y la van a tener a través de sus padres. Por eso es muy importante que los padres sepan transmitirla. Naturalmente, cuanto más rica sea su espiritualidad.

En conclusión, y como nuestros oyentes podrán juzgar, esta ideología es absolutamente lo contrario de orden que Dios puso en la naturaleza.

El mejor modo de enfrentarla es no hacerle ningún caso. Eduque a su hijo y a su hija, como usted mismo como niño, o usted como niña fueron educados por sus propios padres. Todo lo demás es solo mentira, y una mentira que viene del “padre de ella”, es decir, del enemigo de Dios, el demonio*.

2. ¿ES INNATA LA ORIENTACIÓN SEXUAL?

El famoso “niño atrapado en un cuerpo del sexo opuesto” es un mito. ¿Se han parado a pensar nuestros entusiastas transgeneristas que están dando por buena una antropología dualista, cartesiana?

El tercer vehículo lanzado por HazteOír.org en el que reivindica la libertad de expresión y el derecho de los padres a educar a los hijos / *Actual*.

Pocas veces ha suscitado una campaña hostilidad tan unánime como la del autobús de Hazte Oír: la totalidad del espectro político con representación parlamentaria, todas las televisiones y radios (con la excepción de Intereconomía); toda la prensa –salvo *Actual* o *La Gaceta*–, sea virtual o en papel, incluyendo semanarios eclesiales como “Alfa y Omega”. Lo más llamativo ha sido la condescendencia con que los mil y un funcionarios del Ministerio de la Verdad pontificaban que “la ciencia acredita que hay niños atrapados en cuerpos de niñas y viceversa”.

Por supuesto, el mantra en cuestión no es científico, sino ideológico. Lean el extenso informe “Sexuality and Gender”, publicado por Lawrence Mayer y Paul McHugh, de la Universidad Johns Hopkins. El famoso “niño atrapado en un cuerpo del sexo opuesto” es un mito. ¿Se han parado a pensar nuestros en-

*Publicado en *CredoChile*, 12 y 18.12.2017.

tusiastas transgeneristas que están dando por buena una antropología dualista, cartesiana? Seríamos mentes, espíritus puros (¡pero sexuados!), almas macho y hembra encarceladas en cuerpos corruptibles; y, a veces, se le asignaría por error un cuerpo femenino a un alma masculina, o viceversa. Ahora bien, ¿no habíamos quedado en que las almas no existen, que somos simplemente animales con un cerebro complejo?

“No es en absoluto claro que los estudios neurobiológicos hayan descubierto nada significativo acerca de la identidad de género”.

Contestarán quizás que la identidad masculina o femenina –encerrada en cuerpos del sexo opuesto– no está en el alma sino en “los circuitos cerebrales”. Pero, por mucho que se ha indagado, no se ha encontrado en el cerebro “el lóbulo de la identidad sexual”. Tras analizar los estudios de Nancy Segal, Giuseppina Rametti, Emiliano Santarnecki o Hsaio-Lun Ku, Mayer y McHugh concluyeron que “no es en absoluto claro que los estudios neurobiológicos hayan descubierto nada significativo acerca de la identidad de género [es decir, que los cerebros de personas que manifiestan “disforia de género” difieran en algo de los de personas normales, cómodas con su sexo]. [...] *La experiencia disponible en el campo de las imágenes cerebrales y la genética no demuestra que el desarrollo de una identidad de género distinta a la del sexo biológico se deba a factores innatos*”.

Si la “disforia de género” no se debe a factores innatos (“circuitos cerebrales”), debe concluirse: 1) que se debe a factores educativos, emocionales, ambientales; 2) que es, por tanto, reversible (especialmente, si se ayuda al niño a superar su trastorno con un tratamiento psicológico adecuado). Y, en efecto, la experiencia disponible parece confirmar ambas cosas. El DSM-5 (Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría) documenta que la “disforia de género” desaparece de manera natural en la pubertad en un alto porcentaje de casos: entre 70% y 98,2% en los nacidos varones, y entre 50% y 88% en las nacidas como mujeres; la doctora Michelle Cretella, presidenta del Colegio Americano de Pediatras habla de porcentajes entre el 75% y el 95%. Y la experiencia clínica de Kenneth Zucker –que trataba a los niños con disforia de género, no con hormonas del sexo opuesto que preparan al cuerpo para una futura operación de cambio de sexo, sino con terapia psicosocial dirigida a reconciliarles con su sexo biológico: asesoramiento a padres, juegos con niños de su mismo sexo, etc.– confirma que la disforia de género es reversible: *22 de las 25 niñas tratadas en su clínica de Toronto superaron su problema*.

“De las personas que se sometieron a cirugía de reasignación de sexo, el riesgo de hospitalización psiquiátrica es tres veces superior a la media”.

Pero Zucker ya no podrá tratar a más, pues el gobierno canadiense ha cerrado su clínica. En todo Occidente, una ideología pseudocientífica y totalitaria está consiguiendo que los Estados orienten a los niños con trastornos de identidad sexual hacia los bloqueadores de la pubertad (impedir que a un niño le salga el bigote o a una niña las mamas), y después hacia la hormonación de por vida (que incrementa de manera importante el riesgo de cáncer, problemas cardíacos y diabetes) y la cirugía de cambio de sexo (es decir, la mutilación de un cuerpo sano). Todo ello con la excusa de una “disforia de género” que podría ser superada con terapias de reconciliación con su sexo. Todo ello, cerrando los ojos a lo que revela el estudio de Cecilia Dhejne y otros doctores del Karolinska Institute de la Universidad de Gotemburgo: en las personas que se sometieron a cirugía

de reasignación de sexo, el riesgo de hospitalización psiquiátrica es tres veces superior a la media; el de intentar el suicidio, 4,9 veces superior; el de consumir el suicidio, 19,1 veces superior.

La ideología que nos impone la nueva policía del pensamiento –a la que, al parecer, solo resiste ya Hazte Oír– está, por lo demás, llena de flagrantes contradicciones internas. Se insiste, como vimos, en el carácter innato de una identidad sexual que puede no corresponderse con la del sexo biológico. Pero *¿no afirmaba la ideología de género que no existe el sexo (determinación biológica), que todo es “género” (construcción cultural y libre elección individual)? ¿En qué quedamos? ¿Nacemos con una identidad sexual o la elegimos y construimos libremente?*

En realidad, el liberacionismo sexual ha ido yuxtaponiendo –como explicó lúcidamente Yael Farache en este video– nada menos que cuatro conceptos, a los que se asigna carácter innato o cultural-construido según convenga: 1) El sexo cromosómico y genital, que es innato; 2) El *género*, es decir, los roles sociales, sensibilidad, inclinaciones, etc., convencionalmente asignados a hombres y mujeres: todo eso es cultural (“la mujer no nace, se hace”, Simone de Beauvoir dixit); 3) La *orientación sexual*, es decir, el sentirse atraído por el propio sexo o por el contrario: el *lobby* gay suele sostener que es innata e inmodificable (se dice que el homosexual nace tal, que no elige serlo); 4) La *identidad sexual*, es decir, el género “sentido” o deseado, que no coincide con el sexo biológico en el caso de los transexuales, ni tampoco tiene por qué coincidir con una determinada orientación sexual (hay transexuales –hombres que han extirpado sus genitales masculinos– que se sienten atraídos por las mujeres: el fenómeno es conocido como “autoginefilia”).

Muchos ideólogos de género incluyen en el “género” la orientación sexual: que a los hombres les gusten las mujeres y viceversa sería algo cultural, aprendido (“heteronormatividad”). Ahora bien, eso contradice la tradicional reivindicación del carácter innato de la homosexualidad. *Cabe una solución de compromiso: la homosexual lo es de manera innata e insuperable, pero el heterosexual lo es por aprendizaje cultural.* Por tanto, sería imposible pasar de la homosexualidad a la heterosexualidad (y, de hecho, las leyes de derechos LGTB prohíben ya la terapia correspondiente), pero siempre estaría uno a tiempo de hacer el viaje inverso, sacudiéndose la opresiva “heteronormatividad” y pasando de la heterosexualidad a la homosexualidad. La ley del embudo.

Toda esta montaña de contradicciones y sofismas se ha convertido en doctrina de Estado y va a ser enseñada a los niños en las escuelas. Y quien tenga algo que objetar es, por supuesto, un ignorante y un sembrador de odio.

FRANCISCO J. CONTRERAS PELÁEZ*

*Francisco J. Contreras Peláez (Sevilla, 1964) es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla. Autor de los libros: *Derechos sociales: teoría e ideología* (1994), *Defensa del Estado social* (1996), *La filosofía de la historia de Johann G. Herder* (2004), *Savigny y el historicismo jurídico* (2004), *Tribunal de la razón: El pensamiento jurídico de Kant* (2004), *Kant y la guerra* (2007), *Nueva izquierda y cristianismo* (2011, con Diego Poole), *Liberalismo, catolicismo y ley natural* (2013) y *La filosofía del Derecho en la historia* (2014). Editor de siete libros colectivos; entre ellos, *The Threads of Natural Law* (2013), *Debate sobre el concepto de familia* (2013) y *¿Democracia sin religión?* (2014, con Martin Kugler). Ha recibido los premios Legaz Lacambra (1999), Diego de Covarrubias (2013) y Hazte Oír (2014).

Publicado en *Actual* el 15.3.2017.

3. MOLOCH VUELVE: PLANNED PARENTHOOD Y EL MEMORÁNDUM DE JAFFE

Sabemos que *Planned Parenthood* (IPPF) –que en Argentina se presenta como Casa Fusa, en México como Mexfam, en Brasil como Gestos/Cepia/Anis y cual hidra camaleónica en cada país con un nombre diferente– es la *multinacional proaborto* “sin fines de lucro”.

Lo de “sin fines de lucro” tiene que estar necesariamente entre comillas, ya que en los últimos años activistas provida haciéndose pasar por representantes de una empresa de biotecnología filmaron varias veces a personal de IPPF arreglando la venta de tejidos de bebés abortados.

Muchos también han escuchado de las intenciones eugenésicas de la fundadora de *Planned Parenthood*, *Margaret Sanger*, quien abrió la primera clínica anticonceptiva en Nueva York en 1916. La excusa original de Sanger era, básicamente, que *había demasiados negros en los EE.UU.*; luego devino más maltusiana –hay mucha gente en el planeta y los recursos son limitados–; y ahora la propaganda viene de la mano de “derechos de la mujer”, “salud pública” y otros eslóganes orwellianos.

Varios habrán escuchado del reporte de la *comisión Rockefeller* en 1972 titulado *Crecimiento de Población y el Futuro (Norte) Americano (Population Growth and the American Future)* que fue preparado como soporte para la implementación de legislación antinatalista. Quizás algunos además hayan escuchado del *informe Kissinger* de 1974, también conocido como NSSM-200 (*National Security Study Memorandum 200*), que siguiendo la misma línea del anterior recomendaba controlar la población de los llamados países del tercer mundo (el presidente Gerald Ford autorizó su implementación y, hasta hoy, no hay pruebas de que haya sido cancelado).

De todos modos, los nombres de *Bernard Berelson* y *Frederick Jaffe*, dos sujetos involucrados con la comisión Rockefeller, son seguramente desconocidos por casi todos. Jaffe fue el director ejecutivo del *Centro para el Desarrollo del Programa de Planeamiento Familiar de Planned Parenthood*; Berelson el presidente del *Population Council* de Rockefeller.

El llamado *memorándum* de Jaffe, escrito a Berelson en 1969, no solo plantea el control de la población por medio de la anticoncepción y el aborto legal, sino también analiza:

- Las esterilizaciones obligatorias
- El fomento de la homosexualidad
- Promoción de la depresión crónica
- Posponer o evitar los matrimonios
- Alterar la imagen de la familia heteroparental
- Introducir químicos anticonceptivos en el agua potable
- Educación obligatoria de los niños
- Alentar el trabajo femenino

Viendo todo esto en perspectiva, hoy todo cobra otro sentido.

El informe fue preparado por *Planned Parenthood* como *base para la discusión y la acción sobre el problema de la población en Estados Unidos*.

La figura muestra la tabla en la página 9 del memorándum.

TABLE 1. EXAMPLES PROPOSED MEASURES TO REDUCE U.S.FERTILITY, BY UNLVERSALITY OR SELECTIVITY OF IMPACT IN THE U.S.

UNIVERSAL IMPACT	SELECTIVE IMPACT DEPENDING ON SOCIO-ECONOMIC STATUS		Measures Predicated on Existing Motivation to Prevent Unwanted Pregnancy
	Economic Deterrents/Incentives	Social Controls	
<p>Social Constraints</p> <p>Restructure family:</p> <p>a) Postpone or avoid marriage</p> <p>b) Alter image of ideal family size</p> <p>Compulsory education of children</p> <p>Encourage increased homosexuality</p> <p>Educate for family limitation</p> <p>Fertility control agents in water supply</p> <p>Encourage women to work</p>	<p>Modify tax policies:</p> <p>a) Substantial marriage tax</p> <p>b) Child Tax</p> <p>c) Tax married more than single</p> <p>d) Remove parents' tax exemption</p> <p>d) Additional taxes on parents with more than 1 or 2 children in school</p> <p>Reduce/eliminate paid maternity leave or benefits</p> <p>Reduce/eliminate children's or family allowances</p> <p>Bonuses for delayed marriage and greater child-spacing</p> <p>Pensions for women of 45 with less than N children</p> <p>Eliminate Welfare payments after first 2 children</p> <p>Chronic Depression</p> <p>Require women to work and provide few child care facilities</p> <p>Limit/eliminate publicly-financed medical care, scholarships, housing, loans and subsidies to families with more than N children.</p>	<p>Compulsory abortion of out-of-wedlock pregnancies</p> <p>Compulsory sterilization of all who have two children except for a few who would be allowed three</p> <p>Confine childbearing to only a limited number of adults</p> <p>Stock certificate type permits for children</p> <p><u>Housing Policies:</u></p> <p>a) Discouragement of private home ownership</p> <p>b) Stop awarding public housing based on family size</p>	<p>Payments to encourage sterilization</p> <p>Payments to encourage contraception</p> <p>Payments to encourage abortion</p> <p>Abortion and sterilization on demand</p> <p>Allow certain contraceptives to be distributed nonmedically</p> <p>Improve contraceptive technology</p> <p>Make contraception truly available and accessible to all</p> <p>Improve maternal health care, with family planning a core element</p>

Source: Frederick S. Jaffe, "Activities Relevant to the Study of Population Policy for the U.S.", Memorandum to Bernard Berelson, March 11, 1969.

MEDIDAS PROPUESTAS EN MEMORÁNDUM DE JAFFE PARA REDUCIR LA FERTILIDAD

Una de las recomendaciones de impacto universal es *fertility control agents in water supply*, o sea, *introducir químicos en el agua para reducir la fertilidad*. Esto da que pensar, ya que es ahora sabido, pero no tan divulgado ni estudiado, que la *calidad y la cantidad de la esperma ha caído muchísimo en los países occidentales en los últimos 40 años*, como este artículo del 2017 en *Scientific American* explica. Las causas son variadas y discutidas, pero incluirían a ciertos plásticos (v.gr. ftalato), químicos como el fluoruro, estrógenos y diversos interruptores endocrinos en el agua, en parte causados por el uso indiscriminado de anticonceptivos.

Esto es lo que las élites *iniciadas* del *Nuevo Orden Mundial* han estado tramando desde hace medio siglo. Idiotas útiles o no, las patrullas del anticristo de las cuales fuimos advertidos por el padre Leonardo Castellani están operando desde hace rato y a cara descubierta.

Que no te la cuenten...

ENRIQUE DE ZWART*

4. LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO Y LA DESTRUCCIÓN DE LOS NIÑOS

La educación juega un papel fundamental en el desarrollo equilibrado de la personalidad femenina y masculina por medio de la potenciación de las virtudes y aptitudes peculiares de cada una. La educación desde las primeras etapas de la vida sirve para regular ese núcleo innato y natural que todos llevamos dentro. [1] Por ello, aquellos métodos educativos que den el tratamiento adecuado a las especificidades propias de cada sexo, serán sin duda los más adecuados para lograr el equilibrio personal y humano que todo niño precisa para alcanzar la madurez.

Frente a estos ideales que siempre animaron la enseñanza, examinemos algunos de los principios que ya se están aplicando en un gran número de escuelas y que tienen como punto de partida la ideología de género:

El adoctrinamiento ha de comenzar cuanto antes para que carezcan de conceptos morales y de barreras éticas, para que estén inermes ante la ideología y sean manipulables y tiernos como el tallo de un árbol joven. Siempre desde el buenismo de la igualdad, el respeto al diferente y la no violencia, el niño ha de ser adiestrado en un mundo neutro, sin hombres y mujeres, sin referentes ni identidad sexual. Su identidad ha de ser el género.

Se prohíben juegos considerados sexistas y se obliga a jugar a lo que no se quiere para eliminar diferencias bioconductuales por el método de la opresión. Se eliminan modelos heterosexuales y se promocionan los homosexuales en cuentos y libros. Se les presupone un derecho a la sexualidad que, afirman, les hará más libres y sanos.

*Publicado en *Infocat* el 9.10.2018.

Las guías sobre sexualidad basadas en la guía de la UNESCO recomiendan que el niño sea iniciado en la masturbación desde los cinco años, pero se le enseñe a no practicarla en público, no sea que lo vean sus horrorizados padres. A partir de los nueve años, recomiendan que sean informados de los afrodisíacos y, a partir de los doce, de los pros y los contras del aborto.

En una de las intervenciones de la Conferencia Europea, la presidente de Islandia, Vigdís Finnbogadóttir, afirmaba que la educación es una estrategia importante para cambiar los prejuicios sobre los roles del hombre y la mujer en la sociedad. *La perspectiva de género debe integrarse en los programas.* Deben eliminarse los estereotipos en los textos escolares y *concienciar a los maestros* en este sentido para asegurar así que niñas y niños hagan una selección profesional informada y no basada en tradiciones perjudicadas sobre el género.

Estas afirmaciones resultan de una tremenda gravedad. En primer lugar, da por única y verdadera la controvertida visión que sobre la naturaleza humana presenta la ideología de género. En segundo lugar abre la posibilidad de que, a través de los maestros se ideologice a los alumnos y este adoctrinamiento se vea como beneficioso. En tercer lugar, porque abre la puerta a la denigración de la mujer tradicional inculcando ideas de rechazo ante el arquetipo de esposa y madre. De igual forma, se inicia la demonización del varón al que se convierte en causante de todos los males y se le culpabiliza de ser lo que es a causa de su biología y rol biológico.

A partir de la Conferencia en Pekín (1995)[2], el desembarco de la ideología de género ha sido un paseo triunfal por un mundo engañado, desprevenido o sin capacidad de defenderse. *Desde la ONU se ha exigido a los países compromisarios que impongan la perspectiva de género en sus políticas y la ideología de género invade desde las series televisivas a la educación de los menores, desde las políticas sociales a los documentos de las más variadas organizaciones.*

Algunas personas me han referido lo que les enseñan a los profesores de los niveles de infantil, primaria y secundaria acerca de la ideología de género en los cursos sobre "diversidad sexual". Estos cursos son organizados por los colectivos homosexuales con el motivo expreso de evitar la discriminación sexual en las aulas, pero con la intención oculta de *introducir en ellas la ideología de género a través de los docentes.*

La ideología de género está basada en que las diferencias entre el hombre y la mujer son construcciones culturales, un aprendizaje social independiente del sexo. Según la ideología de género, el ser humano nace neutro aunque, como cosa carente de importancia, presenta unos genitales masculinos o femeninos que en nada habrían de afectar a su existencia salvo por la educación sexuada que se les impone y que está adaptada a los roles sociales que obligatoriamente ha de cumplir por imposición de una sociedad que obliga a ello.

Los ideólogos de género, si bien reconocen que existe el sexo con el que se nace, creen que este no es en absoluto decisivo ni para determinar el comportamiento ni para afectar al deseo sexual. De esta forma, el sexo biológico, con sus diferencias genéticas, hormonales, psíquicas y físicas no es determinante en la vida y el comportamiento de las personas.

Sigue diciendo la ideología de género que los hombres y mujeres somos iguales, y nuestros comportamientos, capacidades, percepciones, deseos, gustos,

intereses y formas de aprendizaje son idénticos. La única razón por la que somos distintos es la educación, el aprendizaje desde nuestra infancia de unos roles que determinan nuestras diferencias como hombres y como mujeres. La ideología de género afirma que desde nuestro nacimiento se nos determina, injustamente, por nuestro sexo.

EL PLAN QUE LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO TIENE SOBRE LOS NIÑOS

Aunque no lo digan abiertamente, lo que la ideología de género pretende hacer de la infancia es lo siguiente: crear niños sin derechos, sin sexo que les defina, aunque paradójicamente hipersexualizados...; troceados en el vientre de sus libres y emancipadas madres; sin dignidad humana; cosificados; mercancía objeto del capricho de los adultos (vientres de alquiler, niños a la carta...); privados de su infancia y de su inocencia; prematuros clientes del negocio sexual y futura carne que nutrirá la descomunal industria del género; apartados de uno de sus progenitores y utilizados por el otro (divorcio, uniones inestables); privados de núcleos familiares sólidos para hacerlos más inseguros y manipulables (uniones homosexuales); expuestos a las teorías de *lobbies* con intereses espurios; con una educación sexual que les desvincule de las relaciones estables; se les alecciona con comportamientos inmorales y egoístas a un sexo adictivo; se les convierte en consumidores de contraceptivos y abortos; se les aboca al resentimiento y a la lucha de sexos (rechazo de la heterosexualidad).

Los colectivos del género tratan, por todos los medios, de eliminar el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones. El desamparo del menor es la mejor garantía para su manipulación.

Se intenta destruir a los niños en lo más noble: su dignidad humana y su dimensión espiritual. Y en el fondo lo que se está buscando es eliminar las últimas barreras de protección que tiene la familia, que es su objetivo final.

LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO Y LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS

La verdadera gravedad de esta ideología ha sido la pretensión de hacer partícipes a los niños y adolescentes, sin tener en cuenta que no están preparados psíquicamente para ser puestos en presencia de la sexualidad de los adultos. Esto supone una intolerable intromisión en la psicología infantil y en su intimidad que está acarreado gravísimos daños.

Algunos de los libros, folletos y películas que circulan con propósito “educativo” en los colegios e institutos llegan a ser más provocativos e hirientes para la sensibilidad infantil que muchas escenas de películas no autorizadas a menores. Se trata de imágenes y conocimientos que ni necesitan saber, ni para los que están preparados. Se fuerza así a los niños a entrar en un mundo de adultos cuasi-pornográfico de manera prematura que sin duda tendrá efectos absolutamente traumáticos en la mente de estos pequeños.

Los poderes públicos, contra el derecho a la libertad de pensamiento y opinión de las sociedades libres, han tomado partido por la ideología de género y se transmite en las escuelas al margen de la imparcialidad exigible. Pero nadie hace nada para evitarlo porque la inmensa mayoría de padres y docentes han asumido

como buena la ideología de género, y no les espanta que se instruya en ella a los menores. *Las autoridades públicas están violando sin escrúpulos su derecho a la intimidad y a la infancia.*

Por ejemplo, el Ayuntamiento de Sevilla ofrecía a los Centros educativos un programa de educación para la salud que contenía un apartado dedicado a la educación afectivo-sexual para niños de infantil [N.R. prekinder y kinder]. Este programa se refería al proceso de *adquisición de la identidad sexual*, afirmando que:

Por parte del profesorado, deben programarse actividades que tiendan a compensar aquellas deficiencias con las que niños y niñas acceden a la escuela, y que vienen por su pertenencia a uno u otro sexo... En aras a facilitar el proceso de adquisición de la identidad sexual, debemos favorecer la discriminación entre lo que es porque así viene dado (genitales masculinos o femeninos) y lo que es porque así lo quiere la sociedad (características de género), relativizando en la práctica pedagógica la asignación de estas características a uno u otro sexo (juegos y juguetes, vestidos, adornos...).

Que:

A pesar de que los niños y las niñas saben con toda certeza que son niños o niñas, no adquieren la permanencia de su identidad hasta los cinco o seis años. A lo largo de toda la primera infancia puede pensar que de mayores tendrán otra identidad y que esta depende de su voluntad. De forma que, por ejemplo, un niño de tres años puede creer que de mayor será "una mamá".

Los padres y educadores solo deben intervenir para que aprendan a no masturbarse en público a medida que van creciendo (indicándole expresamente que pueden hacerlo en su habitación o en cualquier lugar privado, porque es una conducta privada aceptable)... Lo importante es evitar las amenazas y castigos, también el decirles que se trata de una conducta fea y peligrosa. Si los padres tienen creencias religiosas en las que la conducta de masturbación es condenada, tienen todo su derecho a transmitir las, pero no deben decirles a sus hijos que la masturbación sea física y psíquicamente peligrosa, porque no es verdad. No se puede instrumentalizar la ciencia para legitimar consejos basados en creencias religiosas.

Y que:

Los prepubéres tienen suficientemente desarrollada la fisiología del placer como para que, si la descubren, lleven a cabo conductas de autoestimulación o experiencias sexuales con otros menores. La masturbación es la conducta sexual que mejor expresa la motivación de placer, pero a veces lo buscan también a través de juegos o experiencias sexuales bastante explícitas.

En la misma línea, un folleto divulgado por la *Consejería de Salud de la Generalidad de Cataluña* entre las escuelas públicas incita a los niños y jóvenes a masturbarse y realizar tocamientos a otros compañeros con el fin de conocer mejor su cuerpo.

Fomentar que el niño crea que puede hacer lo que quiera con su cuerpo, cuando quiera, como quiera y con quien quiera, supone sumirle en la más profunda de las desgracias, al enajenar su libertad a los deseos impulsivos de su sexualidad. Si el niño no se respeta a sí mismo ni a los demás desde pequeño, de adulto le resultará impensable una relación respetuosa, estable y dignificante. Si el niño se acostumbra a actuar impulsivamente sin ningún tipo de autocontrol del placer, se

convertirá indefectiblemente en un esclavo de su sexualidad, incapaz de ejercer ningún tipo de señorío sobre sí mismo.

¿A QUIÉNES BENEFICIA LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO?

En torno a la ideología de género se ha montado una amplísima e increíble red de receptores de dinero público que crece día a día, incrementando con ello el número de personas que están dispuestas a defender esta ideología. La ideología de género está dispuesta a denostar y reducir al ostracismo a quien no la siga, a crear nuevos mecanismos de afianzamiento y a luchar, como fieras, por no perder una forma de vida tan lucrativa y sustanciosa.

De esta ideología se benefician los siguientes grupos:

- 1º *Las organizaciones internacionales* (ONU, CEDAW, organismos europeos...) con todo lo que supone de derivación de fondos públicos de los países donantes para proyectos asignados a asociaciones y fundaciones afines a la ideología de género.
- 2º *Las organizaciones feministas*, con todas sus redes de asociaciones y federaciones, delegadas y representantes en diversos observatorios y comisiones que, además de tener infiltrados diversos organismos de ayuda y promoción de la mujer con sus correspondientes empleos en la administración, cobran asombrosas subvenciones de dinero público.
- 3º *Los lobbies homosexuales*, lesbianas, trans... que reciben ayudas, prebendas y cuantiosas subvenciones, además de legislaciones de discriminación positiva que les dan un trato de preferencia en todos los ámbitos.
- 4º *Los partidos políticos y los sindicatos*, con estructuras paralelas de asociaciones de mujeres y de LGTB como receptores presuntamente independientes de fondos públicos.
- 5º *Las empresas abortistas y de control de natalidad* que se encargan de garantizar una sexualidad “sin consecuencias” bajo el eufemismo de “salud sexual y reproductiva” donde se atenta contra la salud integral de la mujer y se niega el derecho básico de la vida al nonato.
- 6º *Las empresas y negocios de fabricación artificial de niños* para parejas imposibilitadas de ser reproductivas por su esencia y las empresas de eutanasia, en proceso de implantación inminente.
- 7º *Los empleos paralelos y relacionados* con la implantación de la ideología de género (observadores, asesores, expertos, comisarios...).

Evidentemente, en este momento hay tanta gente lucrándose gracias a esta ideología que nadie quiere ver el daño que está haciendo, y mucho menos, hacer algo para ponerle remedio. Lo peor es que los beneficiarios sobrevenidos y nuevos pillos de la historia, no solo nos están haciendo pagar a precio de oro a todos los ciudadanos, sino que están aprobando legislaciones que están cambiando la faz del mundo. El coste está resultando altísimo, tanto en el aspecto económico como en el ético-moral, en el social y en la vida individual y la felicidad de millones de personas.

CONCLUSIONES

La ideología de género es como la Hidra de Lerna, un despiadado monstruo marino de la mitología griega con aspecto de serpiente y numerosas cabezas. Resultaba imposible matarla porque cuando se le cortaba una de sus cabezas le surgían otras dos. Hércules consiguió vencerla por el procedimiento de cauterizar sus muñones e impedir que le crecieran cabezas nuevas.

La ideología de género es comparable a esa hidra de insaciables cabezas que se reproducen. En este momento sus muchas bocas exigen incontables ofrendas de dinero y de víctimas para seguir alimentándose y ha llegado a ser tan poderosa que va a resultar muy difícil eliminarla. Uno de los problemas más evidentes es que las víctimas no se dan cuenta de que el animal que les ataca es el mismo en todos los casos y pierden sus energías en la lucha contra la cabeza que les muerde sin tratar de matar al monstruo.

Mientras que la sociedad no reaccione ante todo este desmadre sin sentido, la instauración social de la igualdad de los que no son iguales va generando muchos muertos a su paso.

A la espera de que esta locura se venga abajo cuando se descubra la falacia sobre la que está montado, y a sabiendas de que en este momento tiene una fuerza arrolladora, *hay que colaborar activamente en su caída* para evitar, en lo posible, todo el mal que está haciendo.

Feminizar al varón y *masculinizar* a la mujer para crear una sociedad de género neutro es el ideal social de los defensores de la ideología de género, pero no el ideal de la naturaleza tal como Dios la creó que, muchos miles de años antes de que llegaran estos señores a modelar al ser humano según su ideología, definió en el hombre pautas de conducta que resultaran exitosas para su supervivencia y para los fines para los cuales Dios la había creado.

P. LUCAS PRADOS*

5. SERGIO GÓMEZ: LOS PADRES Y LOS CENTROS DEBEN DECLARARSE INSUMISOS ANTE EL ADOCTRINAMIENTO LGTBI

Sergio Gómez Salvador es abogado y vocal de la Confederación Católica de Padres de Alumnos y Padres de Familia (CONCAPA) en Navarra. Como conocedor de las necesidades de la Educación y el papel del Estado, los padres y los centros, habla con *Actual* sobre todo lo que engloba el ámbito escolar.

¿Cuáles son los problemas más urgentes a solucionar en España?

En primer lugar, la estabilidad normativa. No puede ser que cada año se cambie la Ley Orgánica de Educación (LOE).

*Publicado en *CredoChile* el 28.8.2017.

En segundo lugar, respetar la libertad de las familias, libertad educativa en todos los ámbitos, algo que con la legislación habitual no se lleva a cabo.

¿Está suficientemente garantizada en España la libertad de educación?

En España, tradicionalmente la izquierda ha tenido siempre mucha más libertad de expresión y se le han consentido muchas más cosas que a la gente de centro o de derecha que “no se les pasa una”.

Aquí unos tienen más libertad de expresión que otros. Debemos ser capaces de verlo, ya que unos pueden decir lo que quieran y otros no podemos ni siquiera decir que queremos educar en libertad a nuestros hijos.

Si la concertada ahorra a la hucha común 4.000 euros al año por alumno, ¿por qué es objeto de tantas campañas en contra?

En Navarra las cifras son entre 7.000 y 8.000 euros para la enseñanza pública por alumno. Sin embargo, la concertada está entre 3.000-4.000 euros. El problema está en cómo lo están vendiendo los gobiernos de izquierda, que confirman que ese dinero de la educación concertada se le está quitando a la enseñanza pública, cuando eso es taxativamente falso.

Se debe llevar a cabo una campaña en la que yo pueda llevar a mis hijos al colegio que quiera porque eso supone respetar la libertad de los padres y un ahorro económico muy importante para las instituciones públicas.

Alterar la voluntad de los padres. “Hay niñas con pene y niños con vulva”, aseguraba tiempo atrás una campaña publicitaria de Chrysalis en Navarra y en el País Vasco. ¿Cómo valora el intento de imponer estas opiniones no corroboradas por la ciencia?

Lo que está sucediendo en Navarra va más allá de que alguien desde Estados Unidos haya financiado cuatro pósters en las marquesinas de los autobuses. Se trata de una provocación en toda regla que busca la reacción a la contra.

El problema que hay ahora mismo en Navarra es que se quiere subvertir la voluntad de educación de los padres.

Otro ámbito es que aún en contra de los informes médicos se van a poder aplicar determinados protocolos que fomentan la transexualidad, y eso es gravísimo porque se están vulnerando los derechos de los menores.

¿Qué opinión le merece que se haya impedido una campaña de respuesta con el lema “si naces hombre eres hombre”?

Esa campaña viene a indicar cuál es el talante democrático de quien dirige la mancomunidad y eso dice mucho del poco talante democrático, que tampoco nos sorprende, de Bildu.

¿Qué nuevas leyes y normas autonómicas están afectando al derecho de los padres a educar a sus hijos en Navarra?

Ahora mismo se está intentando aplicar un protocolo sobre la transexualidad en los colegios que depende de un real decreto de salud sexual y reproductiva. En

el Parlamento de Navarra se está tramitando una proposición de ley foral que va a dar rango de ley a esas cuestiones.

El protocolo no es obligatorio y vulnera varios principios constitucionales pero cuando tenga rango de ley la cosa va a ser bastante diferente.

¿Qué pueden hacer los padres y la sociedad en general ante estas leyes?

Los padres con esas leyes deben ser insumisos, decir que no se van a aplicar. Los colegios deben decir si van a ceder ante esa presión porque a los padres es un tema que nos interesa.

¿Cómo afectan estas leyes a los centros educativos?

Pues de ellos va a depender. Yo quiero saber qué va a hacer el centro al que llevo a mis hijos y lo quiero saber cuanto antes porque si van a cumplir ese protocolo me preocuparé de que mis hijos no vayan a ese colegio, sea un centro público o privado.

Por último, en toda España se están promoviendo leyes de carácter adoctrinador en ideología de género. ¿Cómo cree que deben reaccionar los centros con ideario propio y, sobre todo, los padres de sus alumnos?

Con valentía. El problema que tienen los colegios sobre todo los concertados es un problema de economía, están atados económicamente y no se dan cuenta de que la libertad solo tiene un camino y no es el de la sumisión económica. Esto a muchos centros les va a pasar factura*.

6. FAMILIA CRISTIANA E IDEOLOGÍA DE GÉNERO

No nos engañemos: la ideología de género no es otra cosa sino una movida del padre de la mentira, que pretende confundir y engañar a los hijos de Dios. Jesús nos dice que para defendernos de este acusador mentiroso, nos enviará el Espíritu de la Verdad.

El domingo después de Navidad y anterior a Año Nuevo, si no hay ese año es el 30 de diciembre, la Iglesia celebra la fiesta de la Sagrada Familia. Este año el lema que acompaña esta celebración es: "La familia, hogar que acoge, acompaña y sana".

La familia es seguramente la institución natural más antigua que existe, pues los seres humanos de todos los tiempos nacen, crecen y se desarrollan habitualmente en el seno de una familia, que es la que les puede aportar la satisfacción a las dos necesidades básicas del ser humano, es decir, comida y afecto. El hogar familiar es el mejor ámbito para la acogida de los hijos, donde además se responde mejor a las exigencias legítimas de la sexualidad, es decir, la reciprocidad y la entrega

*Publicado en *Actual* el 11.8.2017.

mutua entre un varón y una mujer ya adultos que se integran en un proceso de humanización que les lleva a alcanzar su propia realización y a ayudar a que sus hijos aprendan lo que es el amor, pues experimentan el de sus padres y a vivir como corresponde a su identidad sexual de niño o niña, varón o mujer. El matrimonio y la familia son la respuesta más adecuada a las necesidades afectivas, sexuales y sociales del varón y de la mujer. La familia tiene un papel insustituible en el fomento de la cultura de la vida y de la solidaridad, en la transmisión de valores y en la educación de la afectividad. Los lazos familiares son muy necesarios para la realización del amor y de la educación de los hijos, constituyendo el compromiso social y el pacto más sólido de apoyo mutuo y de protección entre un grupo de personas.

Pero la familia cristiana va más allá. Todos estamos llamados a la santidad, pero Jesucristo ha querido que el matrimonio sea también un sacramento, es decir, uno de los lugares privilegiados de encuentro entre Dios y el hombre. En el matrimonio cristiano, Dios, creador e inventor del amor, está presente y contribuye con su gracia, que los esposos reciben en el sacramento, a que estos se amen y que descubran la familia como íntima comunidad de vida y amor, abierta a nuevas vidas y auténtica Iglesia doméstica por su participación en la misión de la Iglesia y en la vida de la sociedad. El matrimonio cristiano es el amor conyugal vivido según el espíritu de Cristo.

Desde el inicio de su existencia, la Iglesia ha concedido gran importancia a la familia cristiana. La familia cristiana tiene una esencial dimensión eclesial, ya que necesita de la Iglesia para que esta promueva sus ideales y les ayude a entender mejor su vocación, pero, a su vez, la Iglesia necesita de las familias cristianas, pues la vitalidad de la Iglesia está estrechamente vinculada a la vitalidad auténticamente cristiana de los matrimonios. En la medida en que la familia cristiana acoge el evangelio se hace signo vivo de Cristo y presencia de la Iglesia en medio del mundo.

Con lo dicho queda claro que el plan de destrucción de la Humanidad por parte de Satanás requiere necesariamente la destrucción de la familia, y en especial de la familia cristiana, siendo el instrumento a emplear la ideología de género, pero este proceso no se puede realizar repentinamente sino exige cambios paulatinos y discretos, como hemos visto por ejemplo con el aborto, que primero se despenalizó, para pasar a ser luego un derecho, con el fin de que la gente vea como normal aquello que no deja de ser auténticas atrocidades y esperpentos, acompañado de constantes apelaciones a la libertad y a la democracia, así como de severas sanciones hacia aquellos que se atrevan a discrepar. Se trata de terminar con los valores morales, favoreciendo a tope el feminismo radical, el abortismo y el homosexualismo.

La ideología de género es hija del relativismo y del marxismo. Por tanto no existen ni la Verdad ni el Bien objetivos, ni siquiera la Ley Natural. La libertad absoluta ("La libertad os hará verdaderos"), la concupiscencia inmoderada de la carne y de los ojos, así como la arrogancia del dinero (cf. 1 Jn 2,16), pasa a ser la regla de actuar, con lo que se impone la ley del más fuerte y en consecuencia la tiranía, como bien nos ha enseñado la Historia, con los horrores de los totalitarismos. Pero como el pecado no deja de ser lo irracional, lo absurdo, así estamos llegando a esos disparates científicos que cada uno pueda tener la identidad sexual que le dé

la gana, aun prescindiendo de su biología y abriendo la puerta a la promiscuidad más abyecta, en la que no está ausente ni la pederastia.

No nos engañemos: la ideología de género no es otra cosa sino una movida del padre de la mentira, que pretende confundir y engañar a los hijos de Dios. Jesús nos dice que para defendernos de este acusador mentiroso, nos enviará el Espíritu de la Verdad. Hoy, España, ante esta situación, necesita de la asistencia especial del Espíritu Santo que ponga la luz de la Verdad en medio de las tinieblas del error, con el fin de que este Abogado nos defienda del encantamiento de tantos sofismas con los que se pretende justificar la ideología de género, y que confunden y engañan incluso a personas de buena voluntad.

P. PEDRO TREVIJANO*

7. LOS OBISPOS ORTODOXOS GRIEGOS CALIFICAN DE INMORAL Y MONSTRUOSA LA LEY DE CAMBIO DE SEXO

El proyecto “Cambio de sexo” se aprobó en forma abrumadora, con 171 votos, en el Parlamento de Grecia tras recibir el firme apoyo del Primer Ministro Alexis Tsipras. Se otorga reconocimiento legal a los cambios de sexo sin más requisito que el deseo del solicitante, permitiendo a cualquier persona de 15 años de edad o más cambiar legalmente de género.

Tsipras habló en contra de lo que la Iglesia ortodoxa llama “Santa Tradición” y contra la enseñanza de la Iglesia sobre la familia. “Absolutamente ninguna Tradición, ninguna percepción de la familia, llama a la gente a ser marginada o arrojada a un abismo social e institucional”, dijo el Primer Ministro griego.

La propuesta aprobada por el Parlamento provocó la *respuesta de los líderes de la Iglesia Ortodoxa, quienes condenaron unánimemente la ley como “inmoral” y “monstruosa”.*

El Santo Sínodo, máximo órgano de gobierno de los obispos ortodoxos en Grecia, advirtió que la ley propuesta es una *“afrenta a la sociedad” y una amenaza a “la santidad de la familia”.*

*“El proyecto de ley ... ataca la institución sagrada de la familia, contradice la buena moral y el sentido común y destruye al hombre”, declararon unánimemente los obispos. “En lugar de disminuir la confusión y los trastornos mentales, los aumentará y dará lugar a un peligroso fenómeno social”. Y añadieron que *crearé una situación explosiva en las escuelas también.**

Los obispos publicaron un documento conjunto que delinea la visión cristiana del sexo. El género masculino / femenino es *“la base de la complementariedad psicosomática en el misterio de la vida y del amor”, explicaron los prelados. El género de cada cual “no es elegible para ser cambiado, sino que es un don divino al hombre para ser usado en su santificación”.*

*Publicado en *Portaluz* el 30.12.2017.

El género no es ni libremente elegido ni alterado a voluntad, afirmó el Sínodo, y la ley griega no debe estar sujeta a “la declaración científicamente infundada del ciudadano, que puede ser cambiada posteriormente”.

Los líderes ortodoxos advirtieron que la compasión por “el hombre afligido y maltratado” no está detrás de la propuesta, sino la coerción de poderosos grupos de presión, que resultan “en la disolución de la cohesión social y la muerte espiritual del hombre”.

Los prelados pidieron al Parlamento que “retire el proyecto de ley” y *que el mundo deje de “fortalecer la tensión, la división y el absurdo, para contribuir a la elevación espiritual de nuestros ciudadanos”.*

El Sínodo concluyó reiterando que *los cristianos aman al pecador, y parte de ese amor es decir la verdad sobre conductas dañinas como la sodomía. “La Iglesia rodea a toda la gente con amor y entendimiento sin discriminación, pero siempre desea su salvación y debe mostrar el fracaso de las decisiones erróneas”**.

8. LA JUSTICIA FRANCESA NIEGA ASIGNAR EL GÉNERO NEUTRO A UN CIUDADANO DE 65 AÑOS

La Corte de Casación, máximo tribunal francés, ha negado asignar a un ciudadano el género “neutro”. Aceptarlo “tendría repercusiones profundas sobre las normas del derecho francés”, según los magistrados.

El demandante, un psicoterapeuta de 65 años, había presentado la solicitud en 2015 ante el juzgado de Tours, que le había dado la razón en su demanda de ser reconocido como de sexo neutro. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Orleans tumbó la decisión considerando que este reconocimiento “al amparo de una sola rectificación de un estado civil” implicaría “la existencia de otra categoría sexual”.

El caso llegó a la Corte de Casación, máximo órgano judicial de Francia, que determinó que la distinción entre varón y mujer es “necesaria para la organización social y jurídica, de la cual es una piedra angular”, y que el reconocimiento de un género neutro tendría “profundas repercusiones en las reglas del derecho francés” que requieren cambios legislativos, según informó AFP.

El demandante fue asignado al sexo masculino al nacer a pesar de tener genitales intersexuales. Gaetan Schmitt, seudónimo utilizado para guardar la intimidad del demandante, está casado con una mujer y tiene un hijo adoptivo, pero afirma que no es ni hombre ni mujer.

El abogado de Schmitt, Bertrand Périer, calificó el fallo de la corte como una “oportunidad perdida”, en una entrevista con The New York Times. “No veo por qué la organización social o jurídica de Francia necesitaría un binarismo de género”. Périer dijo que Schmitt fue criado como un niño porque su madre quería un hijo. “Gaetan no es ni un hombre ni una mujer, no se siente hombre o mujer, no puede

*Con información de *Life Site News/Infocat* el 11.10.2017.

convertirse en hombre o mujer, y no quiere convertirse en hombre o mujer”, dijo Périer, refiriéndose a Schmitt con un plural pronombre*.

9. LAS UNIVERSIDADES DE SOROS LAS MÁS AFECTADAS. HUNGRÍA EXCLUYE DEFINITIVAMENTE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO DE LAS UNIVERSIDADES POR SER “UNA IDEOLOGÍA, NO UNA CIENCIA”

Secretario de Educación: “Los estudios de género, al igual que el marxismo-leninismo, podrían considerarse más como una ideología que como una ciencia, por lo que es cuestionable si alcanza el nivel para la enseñanza universitaria”.

Los estudios de género quedarán excluidos de todas las universidades húngaras a partir de 2019, según un decreto firmado por el primer ministro, Viktor Orbán, informó hoy el portal informativo “ma.hu”.

En agosto pasado se había adelantado que el Ejecutivo húngaro planeaba poner fin a esta formación, algo confirmado ahora con el nuevo decreto, que enumera y limita las formaciones en las universidades del país, excluyendo los estudios de género.

En agosto, el jefe del gabinete húngaro, Gergely Gulyas, justificó además que si bien las bajas tasas de matriculación eran motivo más que suficiente para cancelar los “cursos de género”, además era una decisión de sentido común:

“El gobierno húngaro es de la clara opinión de que las personas nacen hombres o mujeres. Llevan sus vidas de la manera que mejor piensan, pero más allá de esto, el Estado húngaro no desea gastar fondos públicos en educación en esta área”, enfatizó Gulyas, tras hacerse pública la decisión gubernamental de retirar el apoyo financiero a los “estudios de género”.

El decreto “sobre las formaciones en las universidades de Hungría”, publicado en la Gaceta Oficial, determina que en 2019 las universidades ya no podrán convocar exámenes de ingreso a estos estudios, aunque sí podrán concluirlos aquellos estudiantes que ya los estén cursando.

SON IDEOLOGÍA, NO CIENCIA

El Gobierno de Orbán justifica la medida con el argumento de que considera una ideología los estudios de género, y no una ciencia.

“Los estudios de género, al igual que el marxismo-leninismo, podrían considerarse más como una ideología que como una ciencia, por lo que es cuestionable si alcanza el nivel para la enseñanza universitaria”, declaró ya en marzo de 2017 el secretario de Estado de Educación, Bence Rétvári.

*Publicado en *Infocat* el 18.5.2017.

EL "MAGNATE" SOROS, EL MÁS AFECTADO

La medida afecta a dos universidades húngaras, la mayor, Eötvös Lóránd (ELTE), con sede en Budapest, y la Universidad Centroeuropea (CEU), *fundada por el magnate estadounidense de origen húngaro George Soros*, que también ofrece diplomas sobre esa disciplina.

Eva Fodor, decana de ciencias sociales y humanidades de esta universidad declaró a Fox News que el decreto es "atroz" e inaudito en las sociedades democráticas. "Independientemente de si cree o no en el mérito académico de los estudios de género como campo, *es un campo académico legítimo, por lo que prohibirlo es una violación histórica de la libertad académica*", dijo Fodor, quien ha enseñado estudios de género durante los últimos 15 años*.

*Publicado en *Infocat* el 18.10.2018.

JURISPRUDENCIA

JUZGADO DE LETRAS DE SANTIAGO

14.5.1883

Corte Suprema

5.9.1884

Boucherat con Fisco

GT N° 2113 [1884], p. 1457 (N° 2346)

(Responsabilidad del Estado: por actos legislativos y administrativos. Carácter instrumental de la ley: ausencia de fuerza soberana en sentido estricto. Imperatividad de los contratos celebrados por la Administración. Interpretación *pro cive o pro persona*. Función pública: obligatoriedad de las remuneraciones pactadas. Buena fe contractual)

1. EL JUZGADO DE LETRAS

Santiago, mayo 14 de 1883 – Vistos: don Aquiles Boucherat, demandando al fisco, dice: según consta de la copia de f. 3, fui contratado por el gobierno de Chile para prestar en esta República mis servicios como jefe artificiero y profesor de pirotécnica, asignándome el sueldo de cien pesos o sean quinientos francos mensuales.

Llegado a Chile, noté que el valor del peso chileno en que se me pagaba mis sueldos era inferior en ley a la moneda francesa; mas como el cambio en aquel tiempo fluctuaba entre cuarenta y dos y cuarenta y cuatro peniques ingleses por peso, la diferencia era casi insignificante, y no interpose reclamo alguno; pero después la ley de 10 de abril de 1879, dando curso forzoso a la primera emisión de papel moneda que hacía el gobierno, abatió, como era muy natural, el valor del papel emitido, subiendo el cambio sobre Europa hasta un noventa o un ciento por ciento, haciendo de esta manera las condiciones de mi contrato muy desfavorables, porque la depreciación de la moneda legal reducía en buenos términos a dos terceras partes y aun a la mitad mis honorarios.

En esta virtud, y después de haber reclamado inútilmente ante el Supremo Gobierno, deduzco demanda contra el fisco, a fin de que se declare que está obligado a pagarme las diferencias entre el valor comercial de ley de quinientos francos y los cien pesos chilenos que he percibido mensualmente hasta la fecha, nombrándose al efecto un liquidador; y declarándose también que hasta la conclusión del contrato el gobierno debe pagarme a razón de quinientos francos o su equivalente en moneda de Chile.

El promotor fiscal, contestando, pide se absuelva al fisco de la anterior demanda.

SE FUNDA:

1° En que el representante del gobierno de Chile se comprometió a pagar a Boucherat cien pesos mensuales por sus servicios. Este sueldo debía satisfacer y percibirse en

Chile y naturalmente en la moneda legal que circulase en la República. Si éste no hubiera sido el pensamiento de los contratantes, se habría expresado en el pacto que Boucherat ganaría mensualmente cien pesos en oro, o plata;

2° En que durante tres años ha estado recibiendo su sueldo en billetes de banco sin observación alguna; y

3° En que la ley de 23 de julio de 1878 que hizo inconvertible el billete de banco, lo consideró como moneda legal para la solución de todas las obligaciones que debían cumplirse en Chile.

La causa fue recibida a prueba.

CONSIDERANDO:

Que, según la letra del art. 4° del contrato que en copia debidamente autorizada corre a f. 1, aparece que el representante del gobierno se obligó a pagar a Mr. Boucherat un sueldo mensual de cien pesos equivalentes a quinientos francos;

Que, después del 24 de agosto de 1877, fecha del contrato, el peso chileno ha sufrido depreciaciones más o menos considerables según el cambio con Europa, hasta el punto de que el sueldo de Boucherat ha podido disminuir hasta un tercio o más de su apreciación en francos;

Que el no uso de un derecho no perjudica a la persona que lo tiene si no ha transcurrido el tiempo necesario para que lo pierda por prescripción;

Que la ley de 23 de julio de 1878 que hizo inconvertible el billete de banco y lo consideró como moneda legal para la solución de todas las obligaciones que debían cumplirse en Chile, no dispuso nada respecto de los casos en que se tomaba por tipo la moneda extranjera.

Por estos fundamentos, y con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1546, 1570 y 1574 del Código Civil, se declara que ha lugar la demanda de f. 6; y, en consecuencia, que las partes deben nombrar un perito, o el juzgado en su desacuerdo, para que liquide los sueldos de que trata el contrato de f. 1, señalando la diferencia que en cada mes ha existido entre el valor del peso chileno con relación a cinco francos, entidad que sirvió de tipo en el expresado contrato, hasta la fecha de la liquidación, debiendo verificarse igual trabajo cada mes que transcurra hasta la terminación del citado convenio de f. 1. Consúltese. *Henríquez. Rengifo, secretario.*

2. LA CORTE

Santiago, setiembre 5 de 1884 – Vistos: se confirma la sentencia apelada de 14 de mayo del año próximo pasado, corriente a f. 23, en cuanto se declara que ha lugar a la demanda, debiéndose pagar a don Aquiles Boucherat los sueldos vencidos y por vencer a razón de quinientos francos mensuales o su equivalente en moneda chilena. Tómese razón en la Contaduría Mayor y en la Tesorería Fiscal de Santiago. Publíquese y devuélvase, agregándose el papel correspondiente. *Bernales. Covarrubias. Prats. Lastarria.*

COMENTARIO

I. Una joya escondida entre los millares de páginas de la Gaceta de los Tribunales, la sentencia *Boucherat* presenta un caso que mezcla aspectos de imperatividad

de contratos administrativos y responsabilidad del Estado, a horcajadas entre la responsabilidad del Estado-Administración y la responsabilidad del Estado-Legislador. Es un testimonio de la sofisticación y el sentido de justicia con que nuestros tribunales abordaban alambicadas cuestiones que, en otros países, fueron discutidas y llegaron a tener solución solo décadas después.

II. Los hechos de la causa son bastante simples. Se trata de un caso de sueldos de un funcionario público extranjero, en el que, habiéndosele contratado para realizar distintas prestaciones relacionadas con actividades pirotécnicas, la Administración celebró un contrato que establecía un pago en moneda nacional expresado con equivalencia en moneda extranjera: según lo expuesto en la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, “cien pesos o sean quinientos francos mensuales”, o según la parte considerativa “cien pesos equivalentes a quinientos francos”.

Dicha equivalencia mantuvo una sustancial estabilidad económica al inicio de la ejecución del contrato, de modo que el peticionario originalmente no efectuó ningún tipo de reclamación por eventuales disconformidades menores. Pero luego intervino un factor desequilibrante que nadie anticipó en un principio: la actividad del propio Legislador.

III. Ello se dio a través de la ley de 23 de julio de 1878, sobre inconvertibilidad de billetes de banco. Su artículo único disponía que “desde la fecha de la promulgación de esta ley hasta el treinta y uno de agosto de mil ochocientos setenta y nueve, se considerarán como moneda legal para la solución de todas las obligaciones que deben cumplirse en Chile, contraídas antes o con posterioridad a la fecha de esta ley, y cualquiera que sea la forma en que se hayan otorgado, los billetes de banco a la vista y al portador emitidos por los bancos enumerados en el artículo primero de la ley de veintisiete de junio último, que cumplan con las condiciones de la presente ley”¹.

IV. Esta ley representaba el desenlace normativo de una importante crisis monetaria, derivada de la recesión mundial que comenzó en 1873 y que disminuyó drásticamente las exportaciones chilenas. Para enfrentar esta situación y propiciar la obtención de divisas, se exportó oro, con lo que se desencadenó una reducción de la masa monetaria y un retiro de buena parte de los depósitos existentes. El Estado, a fin de evitar una corrida bancaria, adoptó la medida de la inconvertibilidad, a través de la referida ley de 23 de julio de 1878. Al disponer que los billetes emitidos por los bancos pasaban a tener curso legal para todo tipo de obligaciones –y sin perjuicio de otros factores concomitantes–, el peso chileno se desvalorizó².

Así, la especie *Boucherat* representa bien cómo en el derecho público pueden influirse y relacionarse distintos ámbitos de la realidad. En este caso, una medida político-económica, como la ley de inconvertibilidad de los billetes de banco, terminó perturbando un vínculo propiamente jurídico, es decir, referido a lo justo debidamente asignado a una persona.

¹BLDG, XLVI, p. 324.

²Para una síntesis de toda la crisis económica de la década de 1870 señalada en este párrafo, pueden consultarse, v. gr., Correa Sutil, Sofía. “El proceso económico”, en J. Fermandois (ed.) *Chile. La construcción nacional (1830-1880)*. Taurus, Madrid. 2013, 139-181, esp. 175-181, y Vial Correa, Gonzalo. *Chile, cinco siglos de historia*. Santiago. Zig-Zag, 870-874.

V. El primer elemento jurídico que sobresale de esta sentencia –palmario, incontrovertible– es la plena vigencia de la imperatividad de los contratos administrativos, incluso al aplicársele en la esfera de la función pública.

La sentencia muestra que no existe ningún privilegio –una *privata lex*– que le permitiera al Fisco alterar irresponsablemente los vínculos contractuales ya contraídos, ni aun a pretexto de existir una subordinación del sujeto contratado o una necesidad imperiosa de utilidad pública.

Esto no debe sorprender: hay que recordar que estábamos en el apogeo del derecho liberal decimonónico, y aunque ciertas fórmulas “estatutarias” puedan haber existido a la época, lo natural era concebir figuras jurídicas como esta bajo una lógica lisa y llanamente contractual. Existían principios en la teoría de los contratos –y de las obligaciones– cuya consistencia era suficiente para propiciar su aplicación tanto en la esfera pública como la esfera privada. Lejos de ser una disrupción, esta lógica procedía de la antigua práctica de beber de fuentes comunes para un sinfín de problemas jurídicos, que por siglos había emanado de las Partidas o de alguna de las Recopilaciones de leyes y que ahora había que leer en buena medida bajo las claves de la codificación nacional.

VI. Y por ello esta sentencia muestra –entre centenares de otros ejemplos– cómo las normas del Código Civil podían aplicarse sobre el derecho público sin ningún problema, siempre que con ello se propiciaran criterios de justicia. Es cierto que los jueces podían ser selectivos en las normas utilizadas, pero de ninguna manera existía una ideología de exclusión del Código Civil bajo la argumentación de que se trataría de un cuerpo normativo “de derecho privado”.

En esta especie puede advertirse cómo todas las normas “generales” (es decir, no referidas al problema concreto de la inconvertibilidad) citadas en la sentencia proceden del Código Civil. Entre ellas se destaca su artículo 1546.

Como se sabe, dicho precepto alude a la aplicación del principio de buena fe contractual: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. A esto también se debía sujetar el Estado. Tal como había destacado décadas antes la sentencia arbitral *Portales, Cea y Compañía*, “la seguridad y el comercio desaparecerían de la República si fuese lícito prevalerse del poder para faltar a la fe de los pactos”³.

Al asociar imperatividad de los contratos y buena fe, el juzgado de letras y la Corte Suprema proyectaron una censura a la actuación de la Administración, cuyo intento de eludir el cumplimiento de lo pactado era considerado como un caso de mala fe en materia de obligaciones. “El representante del gobierno se *obligó a pagar...*”⁴, subraya el considerando primero. Y nótese que no hubo necesidad de recurrir a una lógica potestativa, en el sentido de ejercerse directamente un poder-deber finalizado: bastó con la lógica obligacional.

¿Es esto una equivocación, tratándose de una esfera de derecho público? No; no lo es. Y no lo es porque la lógica potestativa está implícita detrás de la obligación correspondiente. El Estado tiene el poder-deber de celebrar contratos, y con ello,

³Tribunal arbitral, 9 de noviembre de 1827 (transcrita en Osvaldo Rengifo. *Don Manuel Rengifo. Su vida y obra*. Editorial Andrés Bello. Santiago. 1983, p. 30).

⁴Las cursivas son nuestras.

el de respetar lo pactado –con las atenuaciones que las instituciones de derecho público puedan insertar sin producirle un daño injusto a los cocontratantes–, y en ejecución de dicho poder-deber surgirán las distintas obligaciones que vinculen, en el marco de distintos actos jurídicos, al Estado y los particulares, o distintas órbitas del Estado. En el caso concreto, se trataba de una obligación que unía al Estado con un funcionario suyo, cuya fuerza podía entenderse amparada en el Código Civil, y cuya violación deliberada por un hecho del mismo Estado era concebible como un acto de abierta mala fe para con el afectado.

VII. Si el Estado no tenía prerrogativas para violar el contrato celebrado, ¿podía ser declarado responsable por los perjuicios derivados de la violación? Esta segunda cuestión permite abordar otro aporte significativo de esta sentencia a nuestro derecho público.

La sencillez de su lenguaje puede mover a subestimar su aporte. Y por ello es importante examinar cuidadosamente sus expresiones. El considerando crucial en este sentido es el segundo: “después del 24 de agosto de 1877, fecha del contrato, el peso chileno ha sufrido depreciaciones más o menos considerables según el cambio con Europa, hasta el punto de que el sueldo de Boucherat ha podido disminuir hasta un tercio o más de su apreciación en francos”.

¿A qué apuntan estas expresiones? A un desequilibrio económico del contrato producido por factores externos. En otras palabras, y sin mencionar ningún concepto de acentuado significado técnico, apuntan a lo que hoy designamos bajo las denominaciones de *hecho del príncipe* o *teoría de la imprevisión*; la primera más bien imputable a un hecho o acto de la autoridad política, la segunda a un evento casual o derivado de otros factores externos.

El debate de la cuestión muestra una concomitancia de ambos tipos de factores, pero destacando que la influencia determinante habría sido la actividad del propio Estado de Chile. Así, el demandante no solo se basó en la interferencia producida por la ley de 23 de julio de 1878, sino que añadió otro texto legislativo, destacando que: “la ley de 10 de abril de 1879, dando curso forzoso a la primera emisión de papel moneda que hacía el gobierno, *abatió, como era muy natural, el valor del papel emitido*, subiendo el cambio sobre Europa hasta un noventa o un ciento por ciento, haciendo de esta manera las condiciones de mi contrato muy desfavorables, porque la depreciación de la moneda legal reducía en buenos términos a dos terceras partes y aun a la mitad mis honorarios”⁵.

Esta ley de 10 de abril de 1879 sencillamente continuaba la política monetaria de inconvertibilidad del gobierno del presidente Aníbal Pinto, al autorizarle “emitir, ya directamente, ya por medio de los bancos de emisión establecidos en la República, hasta seis millones de pesos en billetes al portador, de curso forzoso y que serán moneda legal para la solución de toda especie de obligaciones, cualesquiera que sean su fecha y los términos en que estén otorgadas”⁶.

Igualmente, la defensa fiscal entendió como primordial la actividad legislativa en este caso. Y amparaba la irresponsabilidad del Estado que aspiraba a demostrar en el hecho de tratarse de un caso de actividad del Legislador: “*la ley de 23 de julio de 1878 que hizo inconvertible el billete de banco*, lo consideró como moneda

⁵Las cursivas son nuestras.

⁶BLDG, XLVII, p. 119, art. 1°.

legal para la solución de todas las obligaciones que debían cumplirse en Chile” (fundamentación 3^a)⁷. En otras palabras, si había existido un perjuicio, este se había derivado de la existencia de una disposición legal; y como el sueldo debía pagarse “en la moneda legal que circulase en la república” (fundamentación 1^a), del perjuicio de que se reclamaba no se debería reparación alguna, dado que la víctima estaría obligada a someterse a las disposiciones que el Legislador emitiera sobre la materia.

VIII. Con todo, la sentencia no proclamó abiertamente que la causalidad del daño se había producido por la acción del Estado Legislador. En esto dio muestras de una gran delicadeza de razonamiento.

Ella se derivaba del hecho de que también la Administración había contribuido a engendrar el daño que había padecido el afectado, porque ella se había negado a pagarle el monto real de remuneraciones a Aquiles Boucherat, cobijándose en las disposiciones legales para pagarle nominalmente en pesos, prescindiendo de la equivalencia que expresaba el contrato, y optando por la interpretación que más le convenía.

Por ello es que el considerando cuarto de la sentencia apuntaba que “la ley de 23 de julio de 1878 que hizo inconvertible el billete de banco y lo consideró como moneda legal para la solución de todas las obligaciones que debían cumplirse en Chile, *no dispuso nada respecto de los casos en que se tomaba por tipo la moneda extranjera*”. El rol hermenéutico del juez sobresale en esto con todo vigor, pues hay que tener presente que la referida ley de 1878 había dispuesto que los billetes de banco a que se refería “se considerarán como moneda legal para la solución de todas las obligaciones que deben cumplirse en Chile, contraídas antes o con posterioridad a la fecha de esta ley, y cualquiera que sea la forma en que se hayan otorgado”.

¿Qué significaba la fórmula “todas las obligaciones”? La Administración hubiera podido entender que esto involucraba aun las obligaciones que expresaran equivalencias con monedas extranjeras. Pero nuestros tribunales, sin ninguna deferencia por la interpretación efectuada por la Administración, estimaron que esta había sido antijurídica, porque para extenderse a aquellas obligaciones que tomaban por tipo de cambio una moneda extranjera, se hubiera necesitado de una mención expresa. No existiendo tal, el derecho de Boucherat no se había visto afectado por la disposición legal y debía por lo tanto cumplirse en su sentido original que comprendía la equivalencia en francos. La Administración había violado el contrato, invocando falsamente una disposición legal, y debiendo por lo tanto responder.

IX. ¿Y no había entonces responsabilidad del Estado Legislador? Es cierto que no hay ninguna mención formal a ella; y también lo es que la Administración fue quien efectuó el pago según un nominalismo injustamente perjudicial al afectado.

Pero no hay que olvidar un criterio que está expresado transversalmente en la especie *Boucherat*: que la desvalorización del peso se había producido precisamente por la intervención del Legislador en una materia económica. El desequilibrio financiero examinado en el punto VII *supra* no fue ocasionado por la Administración, sino que por el Legislador.

⁷Las cursivas son nuestras.

Y el reconocimiento de un hecho del príncipe *de origen legislativo* implica asumir en cierta medida una responsabilidad del Estado Legislador, aun concomitante con la del Estado Administración. Es más; si los tribunales hubieran asumido los perjuicios producidos por la ley de 1878 como un “acto de autoridad”, el razonamiento pudo haberse conducido por las veredas de la irresponsabilidad derivada del caso fortuito o fuerza mayor; pues, aunque *la violación de la equivalencia* era ilegal, el *perjuicio derivado de la violación de la equivalencia* se derivaba de las consecuencias económicas de la actividad del Legislador, un “acto de autoridad”. En otras palabras, en aplicación del Código Civil, el “acto de autoridad” pudo haber suministrado la fuente normativa para bloquear la aparición de una responsabilidad del Estado Legislador. Jueces menos garantistas podrían haber razonado en este sentido; pero no fue así.

Por lo anterior, puede entenderse que la sentencia *Boucherat* es el punto de partida de la elaboración de nuestra visión sobre la responsabilidad del Estado Legislador. Esto resulta tanto más notable en consideración a que nuestra doctrina usualmente remite los orígenes de este tipo de responsabilidad a las últimas décadas del siglo XX, y muy particularmente a la vigencia de la Constitución de 1980⁸, con lo que cualquier consideración anterior pasaría a modificar sustancialmente la perspectiva histórica sobre este tema. Pues bien, esta consideración anterior se puede proyectar a casi un siglo antes de la aparición de la Constitución actualmente vigente.

Por último, cabe destacar que, desde el punto de vista de la imputación del daño a la persona jurídica correspondiente, el tribunal no se veía enfrentado a ninguna complicación. Bajo cualquier hipótesis en que se estimara ser responsable el Estado, la persona jurídica correspondiente hubiera sido la misma: el Fisco, puesto que tanto el Estado Legislador como la Administración central operaban a su amparo.

X. La lógica –explícita e implícita– desarrollada en esta sentencia muestra también que los intentos de inserción de una cosmovisión jurídica positivista sobre el Chile del siglo XIX no parecen haber consolidado una nomolatría construida sobre la majestad irreprochable de la ley positiva. Cabe recordar que al momento de pronunciarse la sentencia *Boucherat* habían transcurrido menos de treinta años desde la entrada en vigor del Código Civil, para el cual, como bien es sabido, la ley era “la declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

Si la voluntad hubiera sido propiamente “soberana” en el grado más intenso del término, ¿hubiera cabido alguna posibilidad de examinar los daños que la declaración hubiera inferido en algún sujeto? Probablemente no. Por ello, de esta sentencia también pueden inferirse lecturas jurídico-políticas interpretables desde la óptica del antiguo y del nuevo régimen, que nunca en realidad fueron concebidas como totalmente incompatibles desde el punto de vista del Derecho⁹.

⁸V. gr., Zúñiga Urbina, Francisco. *Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. Lexis Nexis. Santiago. 2005, *in totum*, pero esp. 95-98.

⁹Nos hemos referido largamente a los importantes elementos transicionales del derecho público del primer período patrio en nuestro *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*. Thomson Reuters. Santiago. 2015, *passim*, pero esp. 63-82.

En efecto, desde la perspectiva del antiguo régimen, el del derecho indiano, hay ecos de una óptica menos obsesa en la exactitud en la geometría normativa y dotada de una docilidad más natural para entender a la ley como un instrumento (importante, pero instrumento al fin y al cabo) de justicia; desde la perspectiva del nuevo régimen, el del derecho patrio, se percibe una profundización de la visión chilena sobre el principio moderno de separación de funciones estatales, partiendo del simple hecho de siquiera tramitar una cuestión como la de marras.

XI. Existen otras varias cuestiones que se hilvanan en la sentencia comentada. Antes de concluir, quisiéramos referirnos especialmente a dos de ellas.

La primera es de carácter hermenéutico. La sentencia muestra la aplicación de un criterio interpretativo *pro cive* o *pro persona* frente a una disposición, como la de la ley de 23 de julio de 1878, cuya fórmula “la solución de todas las obligaciones que deben cumplirse en Chile” hubiera podido entenderse de manera absoluta. Como hemos comentado, tal interpretación permitió resguardar los derechos adquiridos que se consagraban según la ley del contrato. Y por ello el considerando 4° destaca que la ley “no dispuso nada respecto de los casos en que se tomaba por tipo la moneda extranjera”, entendiendo el tribunal que la fijación de la nueva política monetaria, aun redactada en términos amplios, no podía arrasar con la equivalencia anterior y válidamente pactada y actuar con efecto retroactivo.

La segunda se refiere a la prescriptibilidad de la acción que permitía hacer valer la responsabilidad del Estado. Conforme a la sentencia, sobre este tipo de acciones sí podía operar la prescripción: “el no uso de un derecho no perjudica a la persona que lo tiene si no ha transcurrido el tiempo necesario para que lo pierda por prescripción” (cons. 3°). En este caso, a falta de decurso del tiempo correspondiente, la obligación no había prescrito; pero evidentemente el tribunal reconocía que, frente a una situación fáctica diferente, la prescripción hubiera podido operar.

XII. En síntesis, esta sentencia permite ilustrar la lucidez con que, ya en esta época, nuestro derecho público abordaba problemas complejos que abrazaban simultáneamente imperatividad contractual, ejercicio de atribuciones legislativas, ejercicio de atribuciones administrativas y hermenéutica en el ámbito del derecho público. Hacia fines del siglo XIX, el derecho público chileno ofrecía una sofisticación notable frente a cuestiones que incluso en reputados regímenes extranjeros apenas se empezaban a examinar. La labor de juristas de distintas inclinaciones políticas, como Juan de Dios Vial del Río, Manuel Montt y José Victorino Lastarria –por no nombrar más que algunos nombres insignes– exploraba y apuntaba a conquistar terrenos fundamentales para una genuina majestad del derecho, allende un simplismo de mera majestad de la ley.

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.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

20 de mayo de 1904

Juzgado de Santiago

21 de abril de 1904

Ravest con Fisco

Revista de Derecho y Jurisprudencia,
Tomo I, N° 8, 1903-1904, segunda parte,
Cortes de Apelaciones, 235-237

El oficial de la primera circunscripción del registro Civil del departamento de la Victoria, don Alberto Ravest, demandando al Fisco expone: que desde el 1 de septiembre de 1895 hasta la fecha en que entabla la demanda, 22 de noviembre de 1902, se ha visto en la necesidad de arrendar una oficina para el ejercicio de su cargo, pagando un canon de doce pesos mensuales. El Fisco no le ha pagado sino un semestre, o sea setenta y dos pesos, quedándole adeudado la suma de novecientos setenta y dos pesos.

Sostiene que en la Ley de Presupuestos se consulta una cantidad para arriendo de oficinas del Registro Civil, y por lo tanto los oficiales de dicho Registro no están obligados a hacer ese gasto de su propio peculio sino de fondos nacionales.

Agrega, finalmente, que los oficiales del Registro Civil de Talcahuano, Los Andes, Limache y San Carlos han cobrado judicialmente el valor del canon de arrendamiento de sus respectivas oficinas y se les han mandado pagar. En consecuencia, entabla demanda contra el Fisco para que declare que debe pagársele la suma de novecientos setenta y dos pesos que se le adeuda por saldo de los cánones de arrendamiento que ha pagado del local de la oficina del Registro Civil que tiene a su cargo.

El promotor fiscal, contestando la demanda, pide no se dé lugar a ella por cuanto la ley que creó los cargos de oficiales del Registro Civil no quiso gravar el Erario Público con el arriendo de locales, sino con los sueldos fijos que asignó a cada empleado; que es efectivo que en la Ley de Presupuestos se ha fijado anualmente una partida en globo para arriendo de locales, pero que ello no quiere decir que se le hubiera impuesto al Fisco la obligación de pagar todos los locales en que funcionan las oficinas del Registro Civil, sino que se le dejaba a su arbitrio el invertir o no esa suma.

No acepta los precedentes invocados respecto de haber algunos fallos que favorezcan las pretensiones del demandante, por cuanto no han sido revisados por los tribunales superiores. Por último el demandante no ha reclamado ante el Ejecutivo el cobro de los cánones que se supone se adeudan.

El Juzgado resolvió: Considerando:

1. Que la ley de 17 de julio de 1884, que creó el Registro Civil, en su artículo 16, fijó los sueldos de que debían gozar anualmente los Oficiales del Registro Civil y en ninguna de las disposiciones de la ley recordada se impuso a esos empleados la obligación de pagar por su cuenta los cánones de arrendamiento de sus respectivas oficinas;

2. Que, según lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución Política del Estado, no puede exigirse ninguna especie de servicio personal, o de contribución, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autorice aquella exacción y manifestándose el decreto al contribuyente en el acto de imponerle el gravamen;

3. Que no cabe duda que los locales en que funcionan los Oficiales del Registro Civil, son oficinas del servicio público y su mantenimiento es de rigor que sea costeado con fondos del Erario público, ya que la ley especial no impone esa contribución al empleado encargado de servirla;

4. Que a mayor abundamiento consta del documento de fs. 8, que por Decreto Supremo de 16 de Noviembre de 1895, se mandó poner a disposición del Oficial del Registro Civil de San Bernardo la cantidad de treinta y seis pesos, a efecto de atender el pago del canon de arrendamiento de la oficina de su cargo, por el trimestre de octubre, noviembre y diciembre de aquel año, reconociéndose así el derecho que reclama el demandante;

Y visto lo dispuesto en el artículo 1690 del Código Civil y 303 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar a la demanda, en cuanto a que el Fisco debe pagar a don Alberto Ravest la suma de novecientos setenta y dos pesos, saldo de cánones de arrendamiento que se le adeudan por el local que ha ocupado la Oficina del Registro Civil de San Bernardo, circunscripción primera del departamento de la Victoria, desde el 17 de septiembre de 1895, hasta el 22 de noviembre de 1902.

- Anótese y consúltese. - Luis Lezaeta.

Apelada esta sentencia

LA CORTE:

Vistos:

Reproduciendo la relación de los hechos contenida en la sentencia de primera instancia, y considerando:

1. Que al crearse por la Ley de 17 de julio de 1884 los cargos de oficiales del Registro Civil se les asignó igualmente su remuneración y de consiguiente, al aceptarse por el demandante el puesto de Oficial del Registro Civil de San Bernardo lo hizo en las condiciones que esa ley lo establecía cual no ha sido modificada;

2. Que si bien el local en que desempeña sus funciones el demandante presta estos servicios de Oficina Publica, esto se debe al mismo cargo que ejerce, el cual trae anexa la obligación de tener un local adecuado para el público, y, de consiguiente, esto, dada la naturaleza del cargo, debe considerarse que forma parte de las obligaciones de quien lo ejerce y no se le debe por ello remuneración alguna;

3. Que la circunstancia de figuraren el Presupuesto Nacional diversas partidas para asignación de casas a oficiales determinados del Registro Civil, lejos de significar un reconocimiento del derecho que se pretende ejercitar en este juicio, importa una negación de él puesto que, estableciendo el legislador excepciones por razones que él solo califica, deja vigente el precepto general de la ley que no concede a los demás tales remuneraciones;

4. Que tampoco puede servir de fundamento la demanda la alegación de haberse pagado en una ocasión una suma para el objeto que hoy se pretende, ya que en el decreto en que se ordenó hacer tal pago, se limitó a una época determinada, y no habiéndolo hecho, el Supremo Gobierno expresó su voluntad de poner término a esa concesión; y

5. Que en virtud de los antecedentes expuestos, no existe, pues, fuente alguna de obligación en virtud de la cual pueda sostenerse que el Fisco ha contraído la que hoy se le pretende imponer.

Visto lo dispuesto en el artículo 1437 del Código Civil, se revoca la sentencia apelada, fecha veinte de mayo del corriente año, y se declara sin lugar la demanda.

Redactada por el Ministro señor Larraín Z. - J. Bernales M. - E. Donoso V. - J. Ignacio Larraín Z.

COMENTARIO

Hay un paralelismo claro entre la Constitución de 1833¹, la de 1925 y la vigente². Todas reconocen el principio de legalidad tributaria como un derecho fundamental, siguiendo la tradición constitucional que arranca desde la Carta Magna (1215). Sin embargo, la interpretación de las normas cambia con el tiempo, y el clima ideológico permea la mentalidad de los jueces. En este caso, un funcionario público solicita se reintegre la renta de una oficina utilizada para el ejercicio de su función ya que la Ley de Presupuesto contempla una partida para estos gastos. Señala además que hay sentencias que han ordenado la devolución en situaciones iguales. El Fisco sostiene que la Ley de Presupuesto solo contempla las remuneraciones, no los arriendos de locales. Si bien hay una partida para este fin, queda al arbitrio del Ejecutivo cómo gastar esos fondos y qué oficinas financiar.

La sentencia de primera instancia sostiene que la Ley que crea los cargos de Oficiales de Registro Civil³ no impone ninguna obligación a los funcionarios para pagar por sus locales. No estableciendo una obligación expresa, esta no existe. El razonamiento es impecable: dado carácter exorbitante de las potestades del Estado, en derecho público no procede la analogía ni la interpretación extensiva, no pueden existir cargas públicas implícitas. Esto no es más que una forma de proteger a los ciudadanos frente al poder estatal. La legalidad tributaria funciona como la tipicidad penal⁴: la conducta delictiva debe estar descrita completa⁵ y

¹Artículos 12 N° 42, 12 N° 63, 37 N° 14, 148 y 149 (140).

²Artículos 19 N°s: 20; 63 N° 14; 61(2) y 65(4).

³En julio de 1884 el presidente Santa María promulgó la Ley sobre Registro Civil (una de las Leyes Laicas, junto con la Ley de matrimonio Civil y de Cementerios Laicos) que estableció un servicio para llevar un registro de nacimientos, matrimonios y defunciones (antes pertenecía a las parroquias).

⁴"Contra Sperberg Dermler, Max y otro", *RDJ*, T. 90 N° 3 (1993), sec. 2, pp. 117-ss. Corte San Miguel, apelación. Se trata de un caso de fraude aduanero, la Corte habla de "principio constitucional de tipicidad".

⁵El legislador penal debe ser exhaustivo, por exigencias constitucionales, en la descripción del tipo penal. Las leyes penales en blanco implican por una parte un exceso del legislador al permitir completar la tipificación con normas de menor jerarquía y también la actuación

anticipadamente por el legislador y debe interpretarse en términos restrictivos. Si la conducta no encuadra en un tipo penal, simplemente no hay delito por atipicidad y no corresponde aplicar pena, aunque el acto sea solo “similar” al descrito por la ley. En materia tributaria: los gravámenes y demás cargas públicas deben ser creados por ley y también la interpretación debe ser restrictiva, como veremos más detalladamente. Algo similar sucede en materia de atribuciones de entes estatales,⁶ sobre en todo en caso de sanciones administrativas⁷, que no es sino la aplicación del principio de juridicidad, fundamental en el derecho público moderno. El Juzgado recalca que la Carta Fundamental del 1833 garantiza que no puede exigirse ninguna especie de tributo sin ley que lo justifique, como es el caso en comentario. De esta manera, no hay obligación de acuerdo al Artículo 1437 del Código Civil, ya que no hay fuente legal que la sustente, como requiere la Constitución. El Tribunal continúa señalando que, al ser oficinas del servicio público, es obvio que el arrendamiento debe ser asumido por el Fisco, no puede ser obligación del funcionario costear los locales. Sin decirlo, el Juez parece considerar que habría enriquecimiento indebido si el funcionario tuviera que asumir el costo del local. Según destaca el profesor Peñailillo, el principio de enriquecimiento sin causa rechaza el empobrecimiento de un patrimonio y el enriquecimiento correlativo de otro sin una razón que lo justifique. Como este principio está conectado con la justicia y la equidad, su vínculo con las doctrinas de derecho natural es evidente; tanto los jueces como el legislador lo utilizan al fundamentar fallos o crear instituciones⁸. La proscripción y corrección del enriquecimiento injusto está tan íntimamente arraigada en nuestro ser que es imposible imaginar un sistema jurídico civilizado que base sus instituciones en una idea distinta. Nuestros tribunales han caracterizado al enriquecimiento sin causa como como “principio de justicia universal”, recalcando su importancia⁹. El Estado tiene la potestad de imponer cargas públicas y estas deben ser asumidas por los ciudadanos; pero si estas implican un

fuera de competencia del ejecutivo, que utilizará su potestad reglamentaria invadiendo el ámbito de la ley y vulnerando la Constitución. Ver “Empresa Pesquera Sur Exportaciones Ltda.”, *RDJ*, T. 85 N° 2 (1988), sec. 4, 96-ss, sobre la “veda del loco”. Un interesante fallo en materia (además de aspectos de irretroactividad y atipicidad) de tráfico de estupefacientes es “Mamani Cussi”, *RDJ*, T. 96 N° 1 (1999), sec. 4, 27-ss. El Tribunal Constitucional en Rol 16 (1993) señala los mismos conceptos a propósito de delitos contemplados en la LOC sobre Gobierno y Administración Regional.

⁶Se ha fallado que si el Superintendente de Bancos interviene una institución bancaria, debe asumir “personalmente” las funciones del directorio y del gerente, en consecuencia no puede delegar la totalidad de dichas funciones en otro funcionario. No se aplican las normas del mandato ya que se trata de materias de derecho público, donde no cabe la analogía ni la interpretación extensiva. “Bco. Continental con Bahamondes y otros”, *RDJ*, T. 81 N° 1 (1984), sec. 2, pp. 11-ss. Corte Stgo., Apelación. Este es un caso en que el derecho común no se aplica supletoriamente, de otra manera el sentido de la institución se distorsionaría.

⁷“Megavisión S.A. con Consejo Nacional de TV”, *RDJ*, T. 90 N° 1 (1993), sec. 5, 39-ss. Apelación de multa impuesta por el ente en cuestión. La Corte de Stgo. señala que hay una regla constitucional clara contra las interpretaciones extensivas de las potestades públicas que afectan los derechos fundamentales.

⁸Peñailillo Arévalo, Daniel, “El enriquecimiento sin causa: principio de derecho y fuente de obligaciones”, *RDJ*, T. 93 N° 2 (1996), 71-ss.

⁹“Lauritzen y otros con Fisco”, *RDJ*, T. 52 N°s. 9-10 (1955), sec. 1, 444-ss. Apelación. Corte Suprema.

sacrificio especial de unos pocos (aunque sea por el bien de muchos), lo razonable y justo es mantener el equilibrio y efectuar las compensaciones necesarias. De no ser así, los derechos constitucionales y la equidad serían vulnerados y la imposición se tornaría ilegítima. Finalmente, el Juzgado argumenta una suerte de actos propios de la Administración. En efecto, si el Fisco pagó un trimestre, significa que este asume la obligación, no el funcionario. En palabras simples, la doctrina de los actos propios consiste en que nadie puede ejecutar una conducta o emitir una declaración en contradicción a una conducta o declaración previa y beneficiarse con esta. Su base es la buena fe y la protección de las apariencias; es una especie de “decencia jurídica”, un deber de ser consecuente, y su infracción un comportamiento incoherente que mueve a error. Por lo tanto, el comportamiento previo de la Administración la vincula. En derecho administrativo, el precedente crea una imagen frente al ciudadano y este, de buena fe, actuará en consecuencia (llamada “teoría de las legítimas expectativas”)¹⁰, lo que la obliga a atenerse a la jurisprudencia precedente¹¹. Aplicación de lo anterior es la inderogabilidad singular del reglamento¹², la imposibilidad de modificar (invalidación, revocación, etc.) actos administrativos en perjuicio de particulares¹³ o la inmodificabilidad de las bases de los contratos administrativos.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago revoca la sentencia. Esta sostiene que el funcionario, al asumir el cargo, acepta el régimen estatutario de la ley que crea los puestos públicos. Dentro de sus deberes funcionarios está implícita la obligación de mantener un local apropiado para ejercer el servicio;

¹⁰Cuando el SII ha efectuado cambios en la interpretación en cuanto a la base imponible del IVA, se ha invocado en su contra esta teoría. “Importadora Mapal Ltda. con SII”, apelación en sentencia sobre reclamación tributaria, Corte de Stgo., *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 2 (1999), 495-ss. En un sentido similar, “Automotriz Rosselot S.A. con SII”, *Revista Fallos del Mes*, N° 416 (Julio 1993), 425-ss. Corte Suprema. Protección.

¹¹Ver nuestro trabajo “La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 1 (2001), 149-ss. También Soto Kloss, Eduardo, “Acerca de la Obligatoriedad de los Precedentes en la Actividad Administrativa del Estado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 2 (1999), 403 y ss.

¹²Al respecto, ver recurso de protección “Toro con Gerente general del Banco Central”, *RDJ T 81 N° 2* (1984), sec. 5, 138-142. Corte de Santiago (confirmado por la Corte Suprema) sostiene que si la autoridad (Banco Central) accediere a lo pedido por la recurrente, que no cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento reglamentario, estaría realizando precisamente un acto discriminatorio en favor de una persona, al contrariar un acuerdo expreso y general, e infringiría por ello mismo lo dispuesto tanto por el N° 22 del artículo 19 como por el artículo 98 inciso final de la Carta Fundamental.

¹³Ver “Muñoz Permuth con Directora de Obras Municipales de la Municipalidad de Concepción”, el tribunal señala que el permiso de construcción “ha generado efectos vinculantes para la Dirección de Obras Municipales, en términos que la dejan ligada a una situación que no puede alterar *motu proprio* si con ello se afecta un derecho de un tercero (*venire contra factum proprium non valet*)” y “En el caso de la discutida paralización inmediata decretada por la recurrida se ha realizado una conducta contradictoria con su anterior proceder. El permiso de edificación otorgado al recurrente, después de ser examinada y aprobada toda la documentación acompañada, el cual ingresó como derecho adquirido a su patrimonio y se encuentra amparado por el derecho de propiedad y garantizado por la Carta Fundamental, no puede ser dejado sin efecto por un acto propio de la misma recurrida, discrepante con su precedente comportamiento”. *RDJ T 89 N° 3* (1992), sec. 5, 384-ss. Corte de Concepción. Protección. Comentada por Eduardo Soto Kloss.

por esto no se “debe remuneración alguna”. Si Legislador crea excepciones “que solo él califica” y da una “concesión” al Ejecutivo, en opinión de la Corte esto implica que el Fisco no asume los costos (y corresponde al funcionario). El previo pago trimestral de la renta no genera obligación alguna porque “el decreto en que se ordenó hacer tal pago, se limitó a una época determinada, y no habiéndolo hecho, el Supremo Gobierno expresó su voluntad de poner término a esa *concesión*”. La Corte estima que la ley otorga un poder discrecional a la Administración. Claramente es una interpretación reduccionista que no considera el ordenamiento jurídico como un todo ni los principios básicos que lo sustentan.

Según la legalidad tributaria, solo a través de una ley se puede establecer, modificar o derogar tributos; la ley es la única fuente formal autorizada para crear cargas públicas¹⁴. Desde el punto de vista del tributo, todos sus elementos deben estar regulados por la ley, esto es: hecho gravado, sujetos activo y pasivo, base imponible, tasas y supuesto de exención¹⁵. Como señala Héctor Villegas, el principio de legalidad tributaria tiene “su fundamento en la necesidad de proteger a los contribuyentes en su derecho de propiedad, por cuanto los tributos importan restricciones a ese derecho, ya que en su virtud se sustrae, a favor del Estado, algo del patrimonio de los particulares. Para Locke la propiedad es un derecho natural, emanación del trabajo. En este caso, la protección del derecho de propiedad se garantiza con la división de poderes públicos y la contención de los potenciales abusos del Estado, sobre todo del Ejecutivo. Entonces, la limitación del derecho de propiedad solo puede ser autorizada por el Parlamento, el órgano que representa al pueblo¹⁶. En otras palabras, se trata de invasiones del poder público en los patrimonios particulares y estas invasiones pueden hacerse únicamente por medio del de la ley, manifestación de la voluntad popular. Resulta evidente que detrás de la legalidad tributaria encontramos las ideas de seguridad jurídica y

¹⁴Inmobiliaria Marina Golf Rapel S.A. con SII”, Rol N° 3033 (2016), inaplicabilidad. El Tribunal Constitucional Chileno ha señalado que los elementos esenciales de la obligación tributaria deben quedar fijados suficientemente por la ley, no pudiendo efectuarse remisiones vagas y genéricas a la potestad reglamentaria de ejecución. En la misma sentencia se señala que estos elementos son: el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el procedimiento para determinar la base imponible, la tasa, las situaciones de exención y las infracciones. Ahora bien, en la misma sentencia, en su considerando decimotercero, el Tribunal Constitucional señala cuando el legislador hace una remisión a un reglamento, esta no puede recaer sobre elementos esenciales, los cuales siempre deben estar determinados o ser determinables según la ley, al punto de excluir toda discrecionalidad de la autoridad administrativa para su configuración.

¹⁵Es lo que se conoce como la doctrina de la Reserva Legal Amplia, consagrada en el Artículo 4 del Modelo de Código Tributario para América Latina, que dispone que solo la ley puede: (1) Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la relación tributaria, fijar la alícuota del tributo y la base de su cálculo e indicar el sujeto activo; (2) Otorgar exenciones, reducciones o beneficios; (3) Establecer los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, en cuanto estos signifiquen una limitación o reglamentación de los derechos o garantías individuales; (4) Tipificar las infracciones y establecer las respectivas sanciones; (5) Establecer privilegios, preferencias y garantías para los créditos tributarios; y (6) Regular los modos de extinción de los créditos tributarios por medios distintos del pago. Para un análisis más profundo véase Ugalde, Rodrigo y García, Jaime, *Elusión, Planificación y Evasión Tributaria*, de, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, 28-ss.

¹⁶Ver Tully, James, *A Discourse on Property: John Locke and His Adversaries* (Cambridge, CUP, 1982). También, Kramer, Matthew H., *John Locke the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism, Community and Equality* (Cambridge, CUP, 1997).

certeza. Si el Estado invade el patrimonio del particular, este debe tener pleno conocimiento respecto de la totalidad de las circunstancias en virtud de las cuales, se verá afectado por la potestad tributaria del Estado, y la mejor forma para ello, sin duda es a través de la ley¹⁷.

Estas ideas han sido reafirmadas en las XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en Perú, en septiembre de 1999¹⁸, cuyas conclusiones fueron las siguientes: (1) La certeza y la vigencia plena y efectiva de los principios constitucionales son condiciones indispensables para la seguridad jurídica; (2) La seguridad jurídica es requisito esencial para la plena realización de la persona y para el desarrollo de la actividad económica; (3) Los principios de legalidad, jerarquía e irretroactividad resultan indispensables para evitar la incertidumbre en los contribuyentes, sin perjuicio de la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables; (4) La seguridad jurídica requiere el mantenimiento estricto del principio de legalidad. En caso de que la Constitución autorice la delegación de facultades legislativas, la ley debe respetar las condiciones establecidas por la Constitución y fijar con precisión los parámetros a los que debe ceñirse el Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus facultades; y (5) La legislación de emergencia emanada del Poder Ejecutivo no debe versar sobre materia tributaria¹⁹.

En el siglo XIX la legalidad tributaria se defendió como principio constitucional; en el siglo XX²⁰, la legalidad impositiva sufrió embates y se relativizó. El fallo comentado es una manifestación del cambio de interpretación y de la ideología que comenzaría a dominar gran parte del siglo pasado.

RODRIGO CÉSPEDES*
JAIME GARCÍA**

¹⁷La importación de vehículos motorizados está gravada con múltiples tributos: aparte de los derechos *ad valorem* (Arancel Aduanero y Ley 18.525), IVA e impuestos especiales a los vehículos motorizados en los Arts. 41, 43 bis y 46. La base imponible de todos estos tributos es la misma del IVA: el valor aduanero más los derechos *ad valorem*. Sin embargo, el SII, mediante Circular 19/1993, excediendo sus facultades interpretativas, aumentó la base imponible y, consecuentemente incrementó el monto del impuesto. La Corte de Stgo., en dos casos ha estimado que el SII carecía de competencia y la circular adolecía de nulidad de derecho público. “Importadora Mapal Ltda. con SII”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 2/1999, 495-501; “Camare Autos S.A. con SII”, *Gaceta Jurídica* N° 230/1999, 222-ss. Apelación reclamación tributaria. Misma situación en “Automotriz Rosselot S.A. con SII”, *Revista Fallos del Mes* N° 416 Julio/1993, 425-430. Corte Suprema. Protección (aunque solo solicita que el nuevo criterio no se aplique retroactivamente).

¹⁸Casás, Osvaldo, *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, 159.

¹⁹García, Jaime & Céspedes, Rodrigo, “Medios jurisdiccionales y administrativos para la protección de la legalidad impositiva”, *Revista Derecho Administrativo Económico* 19 (2017), 63-88.

²⁰Por ejemplo, Céspedes, Rodrigo. “Cargas públicas y enriquecimiento sin causa. un caso del Siglo XIX”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 39 (2017), 379-383; del mismo, “Contra el subdelegado don Medardo Monti”, por abusos, Corte de Apelaciones de Concepción, 18.12.1867. Tribunal de Los Angeles. 30.08.1867, *Ius Publicum* N° 28 (2017), 275-279.

*Research Fellow, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), Department of Law & Anthropology, cespedes@eth.mpg.de

**Abogado, profesor de Derecho Tributario, Director del Departamento de Derecho Tributario, Universidad Andrés Bello, jaime.garcia@unab.cl

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO
13 de junio de 1916
Caballero y otros con Municipalidad de San Felipe
(Ilegalidad de acuerdo municipal)
Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales,
Año XIII Números 1-10 (marzo a diciembre de 1918)

Los señores Ramón Caballero, Felipe Báez, Manuel Silva y Emilio Videla, se presentaron ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago solicitando se declarara nulo el acuerdo de la Municipalidad de San Felipe, en la parte referente a lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento de fecha 27 de diciembre del año 1915 el que estiman ilegal y dice así:

“Segundo. -Las puertas de locales de carnicerías que quedan hacia la calle, deben ser construidas absolutamente de fierro con amplio tragaluz provisto de barrotes de fierro, convenientemente dividido”.

Que reclamaron oportunamente ante la Ilustre Municipalidad de San Felipe, ya que llevado a la práctica, el reglamento, ocasionaría para ellos perjuicios tan grandes que casi puede decirse terminarían con la industria de abasto por el fuerte gravamen que se les impondría sin razón que lo justifique.

Se pidió informe a la citada Municipalidad, quien hace presente, que haciendo uso de la facultad que le confiere el Artículo 25 de la Ley de Municipalidades, reglamentó las condiciones higiénicas y de sanidad que estimó necesarias en bien del público, buscando así también una fiscalización para la mejor vigilancia de lo que se expendía en los puestos de abasto.

Se oyó al señor Fiscal, quien estima que se debe negar lugar a lo pedido por los recurrentes en atención a que lo dispuesto en el Artículo 29 del Reglamento en cuestión no contraría a la libertad de trabajo o industria sancionada por el Artículo 142 de la Constitución, la que obliga a que no esté en oposición a las buenas costumbres, a la seguridad, a la salubridad pública o al interés nacional.

LA CORTE:

Con lo expuesto y teniendo presente:

1°. Que el artículo 24° de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades señala la autoridad a quien corresponde la administración de los intereses locales, manifestando el Título 4° de esa Ley las atribuciones de esa autoridad y su alcance, y hay por tanto, que contemplar su conveniencia, equidad y discreción al aplicarlas;

2°. Que el Artículo 25° indica a las Municipalidades, como encargadas de cuidar de la policía de salubridad, las facultades, cuidado y tuición de todo cuanto se refiere a estado sanitario de la localidad y les concede la atribución de... “4. Establecer o permitir mataderos y establecer mercados dentro los límites

urbanos para el abasto de las poblaciones y fijar las reglas a que deben someterse”, con las prohibiciones que allí se establecen;

3°. Que se ha reclamado del artículo 2° del reglamento que corre en copia en autos en atención a ser muy gravoso el gasto que, para cumplirlo, se impone a los reclamantes, y se fundan en el hecho de que las puertas de fierro, a que dicho artículo se refiere, no subsana los defectos que la Municipalidad de San Felipe ha tenido en mira al dictar ese reglamento.

4°. Que si bien la Municipalidad indicada afirma en su informe que la exigencia a que se refiere el artículo 2 ya citado se dictó para satisfacer una necesidad imprescindible, porque el público exigía sanidad en los artículos alimenticios, higiene en los locales y limpieza en los vendedores, agregando que la Municipalidad cuenta con un espléndido mercado para que allí se establezcan los vendedores de carne y otros artículos alimenticios, haciéndose más fácil la fiscalización; el hecho es que estas razones encaminadas a la higiene pública y demás particularidades que en interés público se persigue, se obtienen por la reglamentación prolija y detallada que contienen los demás artículos del citado reglamento, que acatan en absoluto los reclamantes, con excepción del artículo 2°, y

5°. Que la exigencia de que las puertas del local a que se refiere ese artículo deban ser construidas absolutamente de fierro, con amplio tragaluz provisto de barrotes de fierro convenientemente divididos, no se encamina a consultar de mejor modo la higiene pública y estado sanitario de la localidad, a impedir el beneficio de animales flacos y enfermos; porque, construidas esas puertas con tragaluz con barrotes de fierro, convenientemente divididos, no impide la libre entrada de insectos al local como tampoco el polvo y miasmas, causas de infección, porque, estando, las llaves en poder de los dueños o locatarios, es fácil el quebrantamiento de las reglas establecidas por la Municipalidad; porque los inspectores, que puede crear la Municipalidad, según el Número 10 del Artículo 25 ya citado, tienen el papel de vigilar y hacer cumplir aquella regla; porque no sería equitativo y se obtiene mejor higiene, salubridad y aseo con puertas de madera construidas con el cuidado, ventilación y aseo indispensables; y porque no debe olvidar la Municipalidad que los intereses locales a que se refiere el Artículo 24° que antes se citó, no miran solo al de las corporaciones a que él se refiere, sino también al de los individuos, que, como los reclamantes, pagan los derechos respectivos, y no se les debe imponer un gravamen ruinoso o por lo menos excesivo, atendido su capital, como sería el gasto de una puerta de fierro, sobre todo si es de la clase y condiciones o detalles que se observan en los modelos que se han mandado agregar a los autos, exigencia que excede el fin u objetivo que se tuvo en vista.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, se declara: que ha lugar al reclamo deducido por los señores Ramón Caballero, Felipe Báez, Manuel Silva, y Emilio Videla, en cuanto se les obliga a construir puertas en la forma que indica el Artículo 2° del Reglamento, por ser ilegal en ese punto.

Redacción del señor ministro Marín. - José T. Marín. - Carlos A. Vergara. - Dagoberto Lagos. - Manuel Cortés.

I. INTRODUCCIÓN^{1, 2}

La sentencia que comentamos tiene más de 100 años; aun así, no deja de sorprender la actualidad de la controversia y la moderna aproximación del Tribunal. La Municipalidad de San Felipe, atendido a que tiene por ley competencias en materias de higiene, decide reglamentar e imponer condiciones para garantizar la salubridad de las carnicerías (puertas del local deben ser “totalmente de fierro, con amplio tragaluz provisto de barrotes de fierro convenientemente divididos”). Los recurrentes (todos dueños de carnicerías)³ estiman que el acuerdo municipal es ilegal y nulo porque imponen un gravamen excesivamente oneroso, a tal punto que afectaría la libertad de trabajo garantizada por la Constitución⁴. Agregan que la carga impuesta, además, carece de “razón que la justifique”. La Municipalidad estimó que solo estaba desplegando las facultades que la ley le concedía. La Ley de Comuna Autónoma de 1891 otorgaba considerable autonomía a las municipalidades y amplias competencias, que cubrían aspectos como el aseo y el ornato, el fomento de la educación y de las industrias, la salubridad, la policía de seguridad, etc.

Una posible objeción a la medida comunal podría ser la infracción a la legalidad tributaria, principio constitucional ya aplicado reiteradamente por la jurisprudencia chilena durante el siglo XIX⁵. Una vía más complicada sería analizar la relación entre Constitución, ley y reglamento municipal, cuestión bastante técnica considerando la magnitud y amplitud de la descentralización dada por la ley a las municipalidades, además del otorgamiento de potestades muy generales. La Corte de Apelaciones de Santiago opta por una aproximación más sutil al asunto: la oportunidad o conveniencia de la medida⁶. No se trata de comparar en abstracto

¹Ley de Comuna Autónoma (1891).

²Cargas públicas y legalidad impositiva.

³Ejercen una acción popular de ilegalidad municipal contra resoluciones ilegales regulada por el Artículo 99 de la Ley de Comuna Autónoma. Esta acción la conoce primeramente la propia Municipalidad y si la desestima se puede acudir a la Corte de Apelaciones competente, la cual decide sumariamente, con audiencia del ministerio público.

⁴Artículo 151 de la Constitución de 1833: “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, i una lei lo declare así”.

⁵Ver Bocksang, Gabriel, “La reconfiguración y consolidación de la alcabala en el derecho patrio chileno (1810-1866)”, *Revista Chilena de Derecho* (2017), Vol. 44 N° 3, 727-753. También, Céspedes, Rodrigo, “Cargas públicas y enriquecimiento sin causa. un caso del siglo XIX”, *Revista de estudios histórico-jurídicos* (2017) N° 39, 379-383.

⁶Las cuestiones de oportunidad no son extrañas al derecho, el Artículo 477 del CPC, sobre la renovación de la acción ejecutiva, señala que el ejecutante cuya demanda ejecutiva haya sido rechazada puede interponer nueva demanda ejecutiva. Esta renovación tiene lugar cuando la demanda ejecutiva ha sido rechazada por acogerse las excepciones de incompetencia, incapacidad, ineptitud del libelo, o falta de *oportunidad* en la ejecución. Esta última excepción se relaciona con la concesión o prórroga de un plazo, pero la jurisprudencia le ha dado una lectura más bien amplia, incluyendo cuestiones de conveniencia.

los tres órdenes normativos en juego (Constitución, ley, reglamento municipal) sino la idoneidad de la carga impuesta para obtener el fin perseguido por la norma, la salubridad (y, en definitiva, el bien común). El Tribunal controla el mérito⁷ de la medida y hace un balance entre los efectos positivos para la salubridad pública y los costos para el contribuyente gravado por la carga.

La protección de la salubridad es un interés colectivo que justifica la restricción de la libertad constitucional a realizar una actividad económica. Pero la limitación a este derecho fundamental de debe ser idónea. Idoneidad significa que la medida restrictiva tiene que ser suficiente para obtener un objetivo legítimo. La Corte lo destaca expresamente cuando señala que las puertas especificadas por el Reglamento Municipal, “construidas absolutamente de fierro, con amplio tragaluz provisto de barrotes de fierro convenientemente divididos, *no se encamina a consultar de mejor modo* la higiene pública y estado sanitario de la localidad”. Como no hay relación de medio a fin, la norma carece de sentido y el tribunal debe examinar su espíritu. No hay una desviación de fin, simplemente la regla no cumple su objetivo y se transforma en un estorbo, un obstáculo a un derecho fundamental.

Además, la actividad administrativa debe respetar el “principio del mínimo daño”, lo que significa que las limitaciones a derechos fundamentales deben ser las estrictamente indispensables para lograr legítimamente el fin deseado. Si hay un abanico de opciones, la autoridad estatal tiene que tomar la alternativa que menos afecte los derechos fundamentales, de manera que estas sean las menos intrusivas posibles⁸. Así, la Corte remarca que “se obtiene mejor higiene, salubridad y aseo con puertas de madera construidas con el cuidado, ventilación y aseo indispensables”⁹, las que naturalmente no son solo tan efectivas sino menos gravosas. Si el principio del mínimo daño no se respeta puede llegar a afectar la esencia del derecho, su núcleo irreductible. Eso parece indicar el recurrente ya que las exigencias establecidas por la Municipalidad hacen muy dificultoso el

⁷Ver Soto Kloss, Eduardo, “Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos”, *Revista de Derecho Público*, N^{os}. 43/44 (1988), 117-130.

⁸Ver “Sociedad Fuschs y Plath con Fisco”, *RDJ*, T. 5 (1908), sec. 2, Corte de Stgo. A propósito de la represión de una huelga general en Valparaíso, con grave perturbación del orden público. La Soc. Fusch y Plath tenía depositadas en el puerto varias partidas de cerveza y botellas vacías para su exportación. La turba se adueñó de parte de la cerveza de propiedad de CCU. La autoridad ordenó que se arrojara al mar la cerveza (450 cajones) perteneciente a los demandantes, para que no cayeran en manos de la turba. Los demandantes solicitan al Fisco una indemnización. La Corte dio lugar a la indemnización basada en que el deber que tiene la autoridad de mantener el orden público no la faculta para que, en caso de conmoción pública, adopte el primer medio que se le presente; tampoco la exime de recurrir entre varios medios a aquel que menos daño ocasione al derecho de los particulares (por ejemplo, pudo haber trasladado la cerveza a otro lugar, etc.). El Estado es responsable de indemnizar los perjuicios causados a particulares por la adopción de medidas poco idóneas y desproporcionadas que, frente a una situación determinada, no constituyen el último arbitrio al cual se ha debido recurrir. En este caso, la antijuridicidad del actuar administrativo lo marca la desproporción de la medida tomada; existiendo otras alternativas posibles, menos dañosas que la autoridad pudo haber adoptado.

⁹El Tribunal parece aquí sugerir y proponer una alternativa menos gravosa y más eficiente a la Administración.

ejercicio de la libertad de trabajo. La Corte aplica este principio al resaltar que es inequitativo “imponer un gravamen ruinoso o por lo menos excesivo, atendido su capital, como sería el gasto de una puerta de fierro”.

El Tribunal parece ocupar algunos aspectos del *test* de proporcionalidad, modernamente sistematizado por Robert Alexy¹⁰ y de general aplicación en el derecho público comparado¹¹. Asimismo, la Corte intuye el concepto de “contenido esencial de los derechos”. También se vislumbra lo que la Escuela de Chicago denomina “análisis económico del derecho” según el cual se evalúan consecuencias concretas de una norma existente y se predicen los posibles efectos de la misma (en especial los nocivos)¹². En palabras simples, se valora la eficiencia de una regulación, su probable externalidad (sobre todo las negativas) y la optimización de los recursos públicos.

Más aún, el Tribunal considera que la ilegalidad no siempre es el producto del desajuste entre varios órdenes normativos de diferente nivel. El hecho que la ley otorgue potestades a un ente estatal no hace automáticamente que su ejercicio sea legítimo. Consecuencialmente, para hacer justicia y aplicar la necesaria equidad deben considerarse aspectos extrapositivos. En efecto, la aplicación de ideas como la proporcionalidad o la razonabilidad, el coste y beneficio social en el control judicial de la actividad administrativa permite proteger efectivamente el derecho de los ciudadanos y correlativamente evitar abusos estatales. La Corte entiende el término “ilegal” como “antijurídico”, que incluye lo arbitrario, caprichoso, abusivo e insensato. La jurisdicción normalmente no puede sustituir el criterio de la Administración por el suyo (aunque no esté de acuerdo) y, obviamente, debe tener cierta deferencia por la autoridad que ejerce una competencia estatal, sea porque representa democráticamente a la ciudadanía o es técnicamente especializado. Este caso es una excepción y no hay atentado a la separación de poderes simplemente porque el ejercicio de la potestad excedió los límites permitidos por la justicia natural y, claramente, lesionó ilegítimamente un derecho fundamental, al punto de poner en riesgo su ejercicio. En estos casos extremos, los tribunales pueden decidir sobre la “conveniencia, equidad y discreción” de las medidas administrativas. La Constitución no autoriza a los órganos jurisdiccionales a suplantarse a la Administración por simples diferencias de criterio, la Corte no cuestiona la potestad sino su ejercicio abusivo y dañoso, por lo que no hay riesgo de que la autonomía municipal desaparezca o que el servicio no sea eficiente (lo que ahora llamaríamos judicialización de la política). La Corte no solo fundamenta su veredicto con estos argumentos, sino que también apela al interés general o bien común, no entendido como una forma de colectivismo sino como el bie-

¹⁰Ver sus “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16 N° 2 (June/2003), 131-140; “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16 N° 4 (December/2003), 433-449; “Balancing, constitutional review, and representation”, *International-Constitutional Law*, Vol. 3 N° 4 (2005), 572-581. Pero especialmente, *A theory of Constitutional Rights*, OUP, Oxford, 2002.

¹¹Stone Sweet, Alec and Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47 (2008), 72-164.

¹²Posner, Richard A., *Economic analysis of law*, 9th Edition, Wolters Kluwer Law & Business, Chicago, 2014.

nestar de cada uno de los individuos que integran la sociedad: “no debe olvidar la Municipalidad que los intereses locales a que se refiere el Artículo 24 que antes se citó, no miran solo al de las corporaciones a que él se refiere, sino también al de los individuos, que, como los reclamantes, pagan los derechos respectivos”.

El problema de fondo son las cargas públicas desproporcionadas. Nuestra actual Carta Fundamental en el Artículo 19 N° 20(2), establece: “En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”. A su vez, el Artículo 19 N° 26 indica: “(La Constitución asegura a todas las personas:) La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta 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 Constitución de 1833 no contemplaba disposiciones similares, pero los jueces de principios del siglo XX intuían que la proporcionalidad era un componente fundamental de la justicia y que una carga injusta, que hace ilusorio el ejercicio de una libertad, afectaba la esencia misma de los derechos. La pregunta es: ¿Cuándo una carga pública (los tributos son una especie dentro del género carga pública) es manifiestamente desproporcionada o injusta? La respuesta a esta pregunta, resulta ser especialmente compleja.

Para intentar esclarecer el problema, nos remitimos a diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Así es como el año 1994 este señala que la idea de estas normas era impedir que se establecieran tributos de carácter expropiatorio o que impidieran el ejercicio de una actividad¹³. Por otra parte, en sentencia de 1998, el Tribunal Constitucional dispone que resulta útil recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para precisar el concepto de determinados vocablos. Así es como la palabra “manifiestamente” se define como “descubierto, patente, claro” y la expresión “desproporcionado”, significa que es desmedido o excesivo. Por tanto, continúa el citado fallo, el Constituyente restringió la potestad del legislador y le impuso un límite que impide las desproporciones “manifiestas”, esto es, aquellas que resultan burdas, exageradas e injustificables¹⁴. En el mismo sentido, una sentencia de 1995, en que el considerando séptimo el Tribunal Constitucional, establece que el Constituyente no fijó un monto o rango para considerar como confiscatorio un tributo, pero sí señaló al legislador un límite conceptual que le impide desproporciones o injusticias, injustificables o irracionales y ellas se producen, cuando son manifiestas, esto es, al tenor del Diccionario de la Lengua Española, cuando son descubiertas, patentes, claras¹⁵. Estas características se juzgan considerando las circunstancias del caso.

Se puede hacer un paralelo entre la moderna doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y el fallo que comentamos. Indudablemente la exigencia de construir puertas de fierro, si bien no tenía un carácter expropiatorio, obstaculizaba el libre ejercicio de una actividad económica. La injusticia era clara y desmedida atendido el capital de los accionantes. En este caso, la restricción constitucional (o de derecho natural) no es al legislador sino a las potestades de la Administración

¹³Rol N° 203 (1994), Considerando 8°.

¹⁴Rol N° 280 (1998), considerando 18°.

¹⁵Rol N° 219 (1995), considerando 7°.

Municipal, quien reglamenta normas legales bastante (demasiado) amplias. En estos casos, la “conveniencia, equidad y discreción” en la aplicación de las medidas administrativas pueden ser controladas por los tribunales.

La Corte acepta la nulidad (de derecho público) solicitada por las recurrentes basadas en una “ilegalidad” cuyo motivo no es la disparidad entre la ley y el reglamento municipal. El vicio no es un problema formal de descoordinación entre fuentes de diversa jerarquía. El vicio es sustancial, el contenido del acto administrativo es contra derecho. Simplemente la decisión tomada por la autoridad correcta, utilizando el procedimiento acertado, no cumple con requerimientos básicos de justicia y razonabilidad*.

*Rodrigo Céspedes. Research fellow, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), Department Law & Anthropology.

**Jaime García. Abogado, profesor de Derecho Tributario. Director del Departamento de Derecho Tributario Universidad Andrés Bello. Correo electrónico: jaime.garcia@unab.cl.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

16.10.2018

Corte Suprema

30.11.2018

Pérez Gutiérrez, Dorothy con Bermúdez Soto, Jorge
(recurso de protección/remoción funcionario público)

Santiago, dieciséis de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos y teniendo presente:

PRIMERO: Que con fecha veintisiete de agosto del presente año, comparecieron los abogados señores Ciro Colombara y Aldo Díaz Canales, deduciendo acción constitucional de protección en favor de doña Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez en contra del Contralor General de la República, señor Jorge Andrés Bermúdez Soto, por sí, y en representación de la Contraloría General de la República por la dictación de la Resolución N° 21 de fecha veintidós de agosto del presente año, a través de la cual se declaró vacante el cargo de Subcontralor General de la República, acto que estima ilegal y arbitrario, además de vulneratorio de los derechos a la igualdad, a no ser juzgado por comisiones especiales y de propiedad.

Solicita se deje sin efecto el acto impugnado y todos los actos posteriores que supongan la validez de aquél; se restituya a la recurrente en los cargos de Subcontralora General de la República y Jueza de Cuentas y, se dicten las demás medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, todo ello, con costas.

Expone como antecedentes preliminares, referencias propias de la institucionalidad en el Estado de Derecho, a fin de evitar las arbitrariedades de los jefarcas y otras jefaturas, precisando los mecanismos de control y pesos y contrapesos. En el caso de la Contraloría General de la República, la Constitución la consagra como un órgano autónomo, pero existen vías de control judicial y político sobre sus autoridades. Menciona enseguida que la ley orgánica de dicho servicio consagra asimismo mecanismos para su correcto y autónomo desempeño, entre ellos, el artículo 4° sobre el especial sistema de remoción del Subcontralor, destinado a garantizar su autonomía en cuanto tal y Juez de Cuentas, como también a reforzar los pesos y contrapesos.

Añade que el sistema institucional se estresa cuando el jerarca excede sus atribuciones, como ocurre en la especie, a través de la actuación impugnada, agravada por constante exposición mediática, lo que considera no es solo un conflicto entre autoridades, sino que afecta seriamente el funcionamiento del sistema democrático, además de vulneratoria de derechos fundamentales, razón esta última, por la que es procedente el recurso de protección.

En cuanto a la recurrente y el cargo que desempeñaba, menciona que accedió a este en septiembre de 2016, siendo antes Jefa de Gabinete del actual Contralor y con una carrera de más de diez años en la institución. Sin embargo, el día veinte de agosto del año en curso, el recurrido solicitó a doña Dorothy Pérez, de manera

arbitraria e ilegal la renuncia a su cargo, lo que no fue aceptado, desembocando ello en la dictación del acto impugnado. En virtud de dicho cargo, además, ejercía la función jurisdiccional como Juez de Cuentas, con un equipo de quince funcionarios y conociendo en la actualidad de quinientos juicios.

Agrega una serie de obstáculos previos al acto impugnado, como irritación y molestia en respuestas verbales del Contralor hacia la recurrente por consejos o recomendaciones de prudencia ante el lenguaje, contenido y apresuramiento de publicaciones de la Contraloría en redes sociales, que podía producir efectos delicados en su imagen; además de más calma en declaraciones del propio Contralor ante los medios de comunicación; todo ello enmarcado en su desempeño como Coordinadora del área de Comunicaciones encomendada por el mismo recurrido; narrando, a propósito de ello, un conflicto con la Jefa de Comunicaciones por unos editoriales de la prensa escrita y la futura modificación de dicha Coordinación, que pasó a depender directamente del Contralor.

Asimismo, expone con detalle problemas por la negativa de la recurrente a firmar procedimientos administrativos y oficios semestrales a la Cámara de Diputados. En cuanto a lo primero, en atención a que dichos sumarios pretendían ser terminados por sobreseimiento por prescripción, debido a la demora excesiva en el despacho del Contralor, estimando la recurrente que no correspondía sobreseer sino investigar el retraso y, en cuanto a lo segundo, en atención a que dicho oficio, respecto del exceso en el plazo de 15 días para toma de razón, estaba fuera de plazo y no contenía toda la documentación necesaria. En el mismo sentido, expone otro caso de negativa por irregularidades.

Como consecuencia de lo anterior, expresa que el Contralor inició hostigamientos tales como no invitarla a actividades de la institución, comentarios hostiles o quitarle funciones.

Finalmente, el mismo día en que el Contralor entregó a la recurrente la citación a declarar ante el Ministerio Público por el fraude de Carabineros le pidió la renuncia, no ocurriendo así con otros funcionarios, lo que es lógico, toda vez que los testigos colaboran como terceros ajenos.

Respecto del acto recurrido, señala que el supuesto acto que lo desencadenó fue la citación antedicha. La recurrente fue citada porque en el período 2010 a 2013 fue Subjefa de la División de Auditoría Administrativa, que contaba con diez grupos o áreas de trabajo, cada uno con jefatura y uno de estos, el “Área de Administración General y Defensa Nacional”, tenía a su cargo la fiscalización de Carabineros, sin embargo dicha unidad nunca tuvo como jefe directa a la recurrente, sino que estaba a cargo de una profesional auditora de profesión, la señora María Cristina Calderón.

Arguye que el Contralor, de manera arbitraria e ilegal, pidió la renuncia aduciendo que por esa citación ya no contaba con su confianza para permanecer en el cargo, en circunstancias que la recurrente no tiene ningún tipo de participación o vinculación con los hechos penales investigados, no siendo imputada en causa alguna, ni tampoco ha sido investigada administrativamente. Además, no fue jefa directa de ninguna persona imputada. Cumpliendo su rol de Subjefa, estuvo a cargo de la tuición de los departamentos fiscalizadores de los Ministerios de Salud, Educación y Trabajo y Previsión Social y, es más, los funcionarios desvinculados el año 2017 por el fraude, ejercieron funciones desde los años 90 hasta 2006 en dichas áreas; mientras que en los primeros años en que la recurrente trabajó en Contraloría, se desempeñó en áreas totalmente distintas y en diversas regiones del país.

Añade que el recurrido publicitó de forma desmedida e inapropiada en los medios de comunicación y redes sociales, dañando la imagen institucional y la honra de la recurrente.

La recurrente se negó a renunciar, con la convicción de que no tenía vinculación alguna con el fraude de Carabineros y puesto que, de acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 10.336, su cargo puede cesar de manera no voluntaria solo a través de la remoción mediante el procedimiento en él establecido, esto es que goza de inamovilidad y que puede removerse por decreto del Presidente de la República, previa sentencia judicial dictada en juicio de amovilidad, lo que no se ha cumplido en la especie.

Indica luego que al día siguiente, el 21 de agosto, el Contralor a través de medios de comunicación dio a conocer su decisión de remover a la recurrente, sin la dictación de un acto administrativo previo, dictándose con fecha 22 de agosto el acto impugnado que declara vacante el cargo de Subcontralor General de la República. Éste acto, transcrito en el recurso, refiere al nombramiento de la recurrente, a la solicitud de renuncia y a la negativa de ésta, añadiendo que en la especie se ha perdido la exclusiva confianza del cargo. La notificación fue practicada mediante entrega de una copia de la resolución en el domicilio de la recurrente, el mismo día de su dictación.

Más adelante expone que el día 23 de agosto, el recurrente nombró a la señora María Soledad Frindt Rada como Subcontralor y Juez de Cuentas. Con ello, afirma, se afecta el órgano jurisdiccional, al personal a su cargo y la tramitación de actuales quinientos procesos judiciales. Se ha impedido a la recurrente el cumplimiento de sus labores en la materia, retrasando los procesos y encontrándose próximo a comenzar a funcionar el juzgado con una jueza investida de manera ilegal.

Finaliza este aspecto en que en posteriores comunicados, el Contralor ha alegado problemas personales o desgaste de la relación personal con la recurrente, de forma que el acto impugnado culmina una serie de arbitrariedades y hostigamientos como una sanción aplicada sin debido proceso y argumento vagamente elementos ajenos a las funciones ejercidas.

En cuanto a la ilegalidad del acto, realiza diversas citas normativas de la regulación de la Contraloría General de la República. En lo pertinente, de acuerdo al artículo 2° de la Ley Orgánica respectiva, el Subcontralor reemplazará al Contralor en los casos de ausencia y vacancia de éste. Transcribe nuevamente el artículo 4°, ya mencionado, según el cual el Contralor y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, debiendo removerse según el procedimiento indicado de forma previa, esto es, juicio de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema, estimando que dichas normas tienen rango de ley orgánica constitucional y se encuentra plenamente vigente pues no existe ninguna otra de igual jerarquía que la haya derogado expresa o tácitamente. De dichas normas concluye que la remoción del Contralor y Subcontralor se rige por las reglas generales de remoción de los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema y no puede efectuarse de otra forma.

Dicha inamovilidad busca proteger la autonomía e independencia de las autoridades, relacionado ello con sus funciones, pues reemplaza al Contralor y puede firmar por orden de éste. Todo ello, a su vez, relacionado al artículo 98 de

la Constitución Política de la República y a la autonomía de la Contraloría General de la República. En ligamen con ello, estima que diversas normas aplicables a los jueces, son aplicables al Subcontralor en su calidad de juez de cuentas, atendido el tenor del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, al señalar que los demás tribunales especiales, regidos por sus propias leyes, quedarán sujetos a las disposiciones generales en la materia. En ese sentido, entrega detalles respecto al funcionamiento de dicho tribunal, de la doble instancia, de su personal, entre otros.

Continúa mencionando que el Contralor no tiene la atribución de remover a la Subcontralora, de acuerdo al artículo 4° mencionado, no obstante sí tener la facultad de nombrarlo y ninguna de las normas citadas por el acto impugnado pueden ser aplicadas, al tener un rango inferior al de la Ley Orgánica del servicio, cometiendo, en consecuencia, un error del recurrente al invocar normas solo aplicables a los demás empleados de la institución, mas no a la recurrente. Así, al no llevarse a cabo el proceso legal correspondiente, se han vulnerado los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

A mayor abundamiento, la remoción ha sido llevada a cabo por una Comisión Especial, que no respetó el debido proceso al arrogarse funciones, actuar fuera de su competencia, sin fundamentación, sin permitir la defensa y actuar como un órgano con potestad jurisdiccional sin serlo. Vulnerando, así, la Carta Fundamental, Tratados Internacionales e incluso la jurisprudencia propia de la Contraloría General de la República. Todo ello es particularmente grave porque puede acarrear incluso responsabilidad internacional para el Estado de Chile.

Respecto de la arbitrariedad, expresa que el acto es arbitrario, al abusarse de una errónea discrecionalidad atribuida por no tener fundamentación con razones objetivas el acto. Considera que, de acuerdo a la jurisprudencia, la discrecionalidad no es un mecanismo para prescindir de la ley e incluso, habiendo motivos que funden un acto, estos pueden ser ilegítimos o abusivos, siendo el control en los motivos el más propio del realizado por los tribunales de justicia.

Arguye que el acto incumple el artículo 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880, aplicable a la Contraloría General de la República, sobre la fundamentación de las resoluciones, que es indispensable, de acuerdo a la jurisprudencia, no solo para eventuales impugnaciones, sino también para el examen y escrutinio de los interesados y para el ejercicio de la fiscalización y control de la misma Administración, por lo que la fundamentación es una exigencia normativa y de transparencia en el Estado de Derecho. En ese sentido, del acto impugnado, no aparece ningún fundamento racional, objetivo y explícito respecto de los motivos por los que la recurrente debió presentar su renuncia.

Añade que de acuerdo a la Declaración de México sobre Independencia de Las Entidades Fiscalizadoras Estatales, de la que la Contraloría forma parte, se destaca la independencia de dichos órganos y la inmunidad legal en el cumplimiento de las obligaciones, estándares que sirven para comprender las normas aplicables.

En cuanto a los derechos afectados, menciona en primer lugar la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, aseguradas en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, la que exige que las normas jurídicas y el trato de las autoridades sean iguales para todas las personas que se encuentren en idénticas circunstancias, no debiendo concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no benefician a otros o viceversa. Al respecto, el acto impugnado ha vulnerado estos derechos en comparación a subcontralores an-

teriores, ninguno de los cuales fue removido, pues a todos ellos se respetó su inamovilidad.

En segundo lugar, alega la vulneración al derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, del artículo 19 N° 3 de la Constitución, de acuerdo a argumentos similares a los expuestos previamente en este punto.

En tercer lugar y por propiedad, del artículo 19 N° último, considera vulnerado el derecho de 24 de la Constitución Política, que alcanza a los bienes incorpóreos y cita jurisprudencia en torno a que la cesación de funciones no queda entregada a la discrecionalidad de la administración, sino a la determinación de la ley, siendo un derecho incorporal que la ley otorga, por lo que se ha afectado la propiedad sobre el cargo y a la estabilidad en el empleo, por las mismas razones expuestas a lo largo del libelo, todo ello con alcances en normas internacionales.

SEGUNDO: Que, evacuando su informe la recurrida, estima que lo procedente es el rechazo del recurso, con costas.

Argumenta que el cargo de Subcontralor, al igual que el resto del personal de la institución, es de exclusiva confianza y que “con ocasión de diversas circunstancias dicha confianza se perdió de forma irreversible” (sic).

Señala que transcurrido el plazo de cuarenta y ocho horas previsto en el artículo 148 inciso 2° del Estatuto Administrativo sin que la recurrente haya presentado su renuncia y haciendo uso de facultades legales, se declaró la vacancia del cargo a través del acto impugnado.

Luego, sin referirse a los hechos, estima que los narrados por el libelo son solo apreciaciones subjetivas, expresando luego que el asunto es ajeno a la naturaleza cautelar del recurso de protección pues éste no es una forma de interpretar normas jurídicas.

En cuanto al fondo, hace mención de que el Contralor General es el jefe superior del servicio, por mandato constitucional, con las formas de cese establecidas en la misma Carta Fundamental, esto es, por límite de edad, o remoción dispuesta por el Senado en caso de acogerse una acusación constitucional, siendo aplicable, además, la Ley Orgánica respectiva. De acuerdo al artículo 3° de dicho estatuto, el personal del servicio es de exclusiva confianza y entre dicho personal se encuentra el Subcontralor, nombrado directamente por el jerarca de la institución y bajo su dependencia jerárquica.

De lo anterior y de la naturaleza que el constituyente y la ley han reconocido al Contralor, concluye que la tesis invocada por la recurrente es abiertamente contrapuesta al estimar que el Subcontralor sea un funcionario independiente de quien lo nombre y de quien es su principal colaborador, en la estructura institucional.

Luego reitera que el Subcontralor es uno de los demás empleados de la Contraloría General, y de acuerdo al artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, está sujeto al principio de jerarquía. Por ello, debe descartarse que el cargo de Subcontralor se encuentre al margen de la planta y, además, que dicho cargo sirva de base al peso y contrapeso.

En cuanto a las funciones del Subcontralor, específicamente la de Juez de Cuentas, señala que “si bien tales funciones tienen el carácter de administrativas jurisdiccionales, no convierten a ese funcionario de la Administración en juez *per se* ni lo transforman en integrante del Poder Judicial” (sic).

En cuanto a la designación, señala que es nombrado directamente por el Contralor, sin concurso previo ni intervención de otra autoridad, a diferencia de lo que ocurre con el Contralor, cuyo nombramiento y cese están regulados directamente en la Constitución Política. Así es como el artículo 3° de la Ley Orgánica respectiva establece que los demás empleados del servicio serán de exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad. Dicha norma, que data de 1980, separa al Contralor respecto del resto de los funcionarios. Entender lo contrario es desconocer la naturaleza de la función y contravenir el texto expreso de la norma. Cita al constitucionalista José Luis Cea Egaña en dicho sentido.

Luego, en base a diversas normas constitucionales, de la Ley N° 18.575 y del Estatuto Administrativo, deduce que "la regla general es que las más altas autoridades de los organismos de la Administración del Estado son de exclusiva confianza, ya sea del Presidente de la República o del jefe de servicio correspondiente" (sic), precisando que es eso lo que suele suceder con la segunda jerarquía en una entidad de la Administración, como los jefes de división o subdirectores. Dicha cualidad alcanza al Subcontralor, de acuerdo al artículo 3° mencionado, pues la ley en este caso no distingue entre empleado y autoridad, como tampoco lo ha hecho la Contraloría si la ley no lo ha hecho previamente, situación similar, a la que ocurre en otras instituciones fiscalizadoras, como es con la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y la Comisión para el Mercado Financiero en que todo el personal de ellas es de exclusiva confianza, por lo que la tesis de la recurrente no se sostiene, en atención a que no ha sido tratada de forma diferente ni tampoco el segundo nivel jerárquico debe ser independiente del primero en lo atinente a su remoción. Lo expuesto sucede incluso en el sector privado de acuerdo a la regulación entregada por el Código del Trabajo a trabajadores como gerentes y otros.

Añade que respecto de los funcionarios de exclusiva confianza el único presupuesto de remoción es la pérdida de confianza y, el procedimiento, es el establecido en el artículo 148 del Estatuto Administrativo, según el cual se hace efectiva por la petición de la renuncia y la declaración de vacancia del cargo si aquélla no se presenta dentro de 48 horas, sin que el legislador prevea que el funcionario pueda desvirtuar los motivos como entiende la recurrente. Es decir, dicho plazo no está previsto para controvertir los motivos o se pueda hacer valer defensas. Concordante con lo anterior, es que la petición de renuncia no voluntaria no es una determinación destinada a hacer efectivas responsabilidades administrativas, por lo que no es formulación de cargos ni investigación sumaria. Por lo mismo, no cabe la existencia de un debido proceso ni puede estimarse que haya una infracción al mismo.

En otro aspecto, hace mención de que otras causales de remoción no se oponen a la exclusiva confianza, como ocurre con los Ministros de Estado que pueden ser destituidos como consecuencia de una acusación constitucional, por lo que estima que aún en el caso que el artículo 4° de la Ley Orgánica se encuentre vigente el cargo de Subcontralor puede cesar por pérdida de confianza u otras del Estatuto Administrativo. A propósito de dicha norma, señala que el juicio de inamovilidad se instauró en el cargo en atención a las funciones de juez de cuenta del Subcontralor, por lo que el inicio de este proceso solo podría gestarse por aquéllas funciones, implicando que jamás podría ser alejado del cargo por

incumplimientos en las otras funciones del cargo, lo que le parece inadmisibles, insistiendo en la remoción por la pérdida de confianza.

Sin perjuicio de lo anterior, la recurrida es del parecer de que el artículo 4° en mención se encuentra tácitamente derogado por aplicación del artículo 52 del Código Civil. En efecto, estima que es inconciliable con la Constitución de 1980, que regula directamente el cese de funciones del Contralor General y es concordante con las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en que se hizo mención que no era conveniente asimilar al Contralor a los mecanismos de inamovilidad de los magistrados de tribunales superiores de justicia. En el mismo sentido, entre las funciones del Presidente de la República en el artículo 32 N° 13, establece que le corresponde velar por el buen comportamiento de jueces y empleados del Poder Judicial, sin incluir al Contralor ni al Subcontralor, por lo que no puede entenderse que quede comprendido en el artículo 4°.

Además, la norma es inconciliable con el artículo 3°, incorporado al texto legal por el Decreto Ley N° 3551 de 1980 la que estatuyó un régimen especial para todos los funcionarios de la Contraloría, basado en la exclusiva confianza y cualquier cuestionamiento basado en el rango legal es inoficioso, pues el artículo 3° no es de rango orgánico constitucional, al versar sobre disposiciones del Estatuto del personal de la Contraloría, que no es objeto de dicho rango superior.

Añade que la reforma constitucional de 2005 limitó la duración del cargo de Contralor a ocho años, sin posibilidad de ser nombrado nuevamente, por lo que mal podría entenderse que quien colabora directamente con la máxima autoridad del servicio y lo reemplaza quede exento de todo límite temporal, tesis que lo transforma en vitalicio y acreedor de un estatuto más beneficioso que el del Contralor General, considerando que su nombramiento es más sencillo y está sujeto a menores responsabilidades.

Arguye que no existe infracción del deber de motivación pues la exteriorización de la pérdida de confianza es motivo suficiente para fundar la decisión de solicitar la renuncia no voluntaria, como ha sostenido uniformemente la Contraloría General de la República. De ello emana que el acto se encuentra motivado y, además, con la jurisprudencia, considerando que la jurisprudencia citada por la contraria no es aplicable en la especie.

Finalmente, en cuanto a los derechos vulnerados, “no se advierte cómo la resolución recurrida podría significar privación, perturbación o amenaza” de ellos, en circunstancias que se ha hecho aplicación de la ley. Señala al respecto, que no existe discriminación arbitraria, ya que la práctica usual ha sido la petición de renuncia, la que no ha sido negada; tampoco juzgamiento por comisiones especiales, pues se ha hecho uso de una facultad legal no producida en un juzgamiento, ni tampoco en sanción o medida disciplinaria. Finalmente, sobre la propiedad, al ser improcedente estimar que los titulares de un cargo o función pública tengan propiedad sobre el mismo.

TERCERO: Que el acto que se recurre declara vacante, a contar del 23 de agosto de 2018 el cargo servido por doña Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez, Subcontralor General grado 1B de Planta Directiva de la Contraloría, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley N° 18.834 y en el artículo 3° de la Ley N° 10.336. Tiene fecha 22 de agosto de 2018, está rubricado por el Contralor General de la República, don Jorge Bermúdez Soto, y tiene timbre de toma de razón de la

misma fecha, con la fórmula “Por Orden del Contralor General de la República”, Subcontralor General de la República (S). En sus considerandos, se lee sobre el nombramiento de la señora Pérez en el cargo de Subcontralor; se hace constar que con fecha 20 de agosto de 2018 a las 16:30 horas, el Contralor General de la República solicitó verbalmente a la interesada la renuncia no voluntaria dentro de las 48 horas siguientes a la petición indicada; y asimismo, que por la naturaleza propia de los cargos de exclusiva confianza, los funcionarios que los sirven se mantienen en sus puestos mientras cuentan con ella, cuestión que se ha perdido en la especie, por los motivos que le fueron comunicados oportunamente a la señora Pérez Gutiérrez;

CUARTO: Que al margen de otras situaciones de contexto, el recurso señala que el motivo por el cual se le pidió verbalmente el 20 de agosto la renuncia a la Subcontralora, dice relación con su citación a declarar como testigo por parte del Fiscal del Ministerio Público encargado de la investigación del fraude en Carabineros. Al respecto señala que diversos funcionarios de la Contraloría han sido citados, como ella, a declarar en esa investigación, sin que se les haya pedido la renuncia (salvo el caso de dos funcionarios que lo fueron en calidad de imputados);

QUINTO: Que sobre la ilegalidad planteada, se sostiene en el recurso constitucional que se contraría la ley en la medida que no se respeta el procedimiento ordenado en el artículo 4° de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, refiriéndose a la necesidad de un juicio de amovilidad para que pueda ser removida de su cargo de Subcontralor, del mismo modo que acontece con el cargo de Contralor General. Acerca de la arbitrariedad, que también invoca el recurso, expone que la remoción se realizó sin fundamentación con razones objetivas, ya que si se estimara que le asiste la facultad de remover al Subcontralor, declarando vacante el cargo, debió no abusar de su discrecionalidad, sino invocar razones objetivas cuya existencia pueda ser verificada, acorde con lo que ha determinado la E. Corte Suprema en fallo que cita al efecto. En relación con lo anterior, arguye en torno a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley N° 19.880 que también es aplicable a la Contraloría General de la República conforme su artículo 2°;

SEXTO: Que, por su parte, en su informe el recurrido sostuvo que el cargo de Subcontralor, como el del resto del personal de la Contraloría, es de exclusiva confianza, la cual en este caso se perdió en forma irreversible, de modo que al no haber la recurrente presentado su renuncia transcurrido el plazo de 48 horas a que alude el inciso segundo del artículo 148 del Estatuto Administrativo (Ley 18.834) y en uso de las facultades legales del Contralor General de la República declaró la vacancia del cargo de Subcontralor que servía la abogada Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez. Para ello, se funda en el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría, de acuerdo con el cual el personal del servicio es de exclusiva confianza del Contralor estando facultado para nombrarlos, promoverlos y removerlos, con total independencia de toda otra autoridad. Sujeto, por tanto, al principio de jerarquía del artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sin que las funciones del Subcontralor como juez de cuenta de primera instancia lo transformen *per se* en juez ni en integrante del

Poder Judicial. Sostuvo también entre otras argumentaciones expuestas más arriba, que el artículo 4° de la Ley N° 10.336, estaría tácitamente derogado, aun cuando si así no fuese, dicho artículo no es obstáculo para que el cargo pueda cesar por pérdida de confianza u otras causales;

SÉPTIMO: Que, el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República fue modificado por el decreto ley N° 3.551, de 1980. Su texto es el siguiente: “El Contralor General será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.

Los demás empleados de la Contraloría serán de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad”.

A su vez, el artículo 4° de dicha ley establece: “El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia.

La remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema”;

OCTAVO: Que, lo primero que cabe puntualizar es que esta acción constitucional no es impropia para conocer del asunto planteado, toda vez que se señala por quien es parte agraviada –para estos efectos– que se infringen sus garantías constitucionales –enumeradas previamente– como consecuencia de la dictación de un acto administrativo que sería ilegal y arbitrario y que requiere para el restablecimiento del imperio del derecho, de la adopción de las providencias que juzgue adecuadas esta Corte de Apelaciones, con carácter de urgente.

En otras palabras, es posible reconocer los elementos que contempla el artículo 20 de la Constitución para la procedencia de esta acción que la jurisprudencia ha caracterizado como de naturaleza cautelar.

Asimismo, no es posible soslayar los estándares de legalidad y de razonabilidad que permiten revisar los actos de la Administración. Así, el autor de Derecho Administrativo, Luis Cordero Vega, en sus “Lecciones de Derecho Administrativo (Segunda edición, página 630), plantea que el primero “supone verificar la legalidad formal de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate, de modo que quien ejerza la competencia que se invoca y por medio del instrumento que justifica, efectivamente los tenga asignado por ley”, mientras que el segundo significa que “los jueces deben establecer si el acto de las Administración ha sido razonable, para lo cual deberán verificar que: (1) no ha sido dictado de una manera arbitraria o caprichosa; (2) no ha sido dictado en abuso de su potestad discrecional; (3) no ha violentado ningún derecho o garantía constitucional; (4) no ha actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas; (5) no ha actuado con desviación de fin o de poder; (6) que los supuestos de hecho sobre los cuales descansa la decisión se encuentran debidamente acreditados en el procedimiento administrativo.”. Lo anterior, entre otras fuentes, ha tenido como tal la jurisprudencia chilena en materia de recurso de protección (nota al pie de página).

Igualmente, Alejandro Silva Bascuñán en su Tratado de Derecho Constitucional, considera que “El recurso de Protección, establecido en el artículo 20 de la Carta, a favor de toda persona en contra de quien se afectare el legítimo ejercicio de sus derechos, puede interponerse en relación al desempeño del Contralor;” (Tomo IX, páginas 195/196).

De este modo, se desestima el argumento consistente en que la materia en cuestión no pueda ventilarse por esta vía ante esta Corte;

NOVENO: Que, concerniente a la legalidad o ilegalidad del acto emanado del Contralor General de la República, el artículo 4° de la Ley N° 10.336 de la Contraloría, establece que tanto el Contralor como el Sucontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, e igualmente, que la remoción de uno y otro personero corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema. Ahora bien, el artículo 98 de la Constitución Política estatuye que “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.”

Empero, si bien la disposición constitucional dispone la forma en que debe ser nombrado el Contralor, los requisitos habilitantes, el tiempo de duración en el cargo, y el cese a los 75 años de edad, nada dice en relación con el Subcontralor, de suerte que hay que estarse a este respecto a lo que señala la Ley Orgánica Constitucional del organismo. Nada dice tampoco, por ejemplo, de la función del Tribunal de Cuentas y es evidente que tal es una función de primer orden de la Contraloría, actuando en este caso, como ente jurisdiccional. Y bien, dentro de la normativa legal, se encuentran los artículos 3 y 4 invocados, el primero, por el Contralor en el acto impugnado, y el segundo, por la recurrente. El artículo 3° habla del Contralor en el inciso primero, y en el segundo de los demás empleado de la Contraloría, quienes serán de la exclusiva confianza del Contralor, sin embargo, no es sólo que subsista el artículo 4° y lo que éste perentoriamente señala, sino que al decir el inciso segundo “Los demás empleados...”, no ha podido estar refiriéndose, en rigor, al Subcontralor, ni al Contralor, obviamente porque éste es el jefe del organismo y de él se ocupa el inciso primero de la norma y es en relación con él que “los demás empleados” son de exclusiva confianza. En cuanto

al Subcontralor la norma tampoco ha podido referirse a él, porque en tal caso hubiese dicho “los empleados” y no “los demás empleados. La fórmula empleada supone que la ley considera a un empleado que es distinto de los “demás”. Entonces, cabe preguntarse a qué alude la ley cuando dice “demás empleados”. Evidentemente, a un empleado que no está sujeto a la regla de exclusiva confianza aplicable al resto. Y si se relaciona el artículo 3° con el artículo 4°, tal empleado no puede ser otro que el Subcontralor. Por ende, el Subcontralor queda fuera del ámbito de aplicación del inciso segundo del artículo 3° de la Ley N° 10.336. Por consiguiente, se rige necesariamente por el artículo 4° de la mencionada ley. En opinión de esta Corte, no es posible contrarrestar el razonamiento y la conclusión que antecede, por el solo hecho de que el artículo 44 de la Ley 10.336 sitúe al Contralor a la cabeza de la Planta Profesional y Técnica de la Planta de empleos de la Contraloría, porque este esquema está dado para otros fines –organizacional, de requisitos de ingreso y remuneracionales–. Por el contrario, el artículo 2° de la ley, prescribe que la Contraloría estará a cargo de un funcionario que tendrá el título de Contralor General de la República, de manera que se refiere claramente a la jefatura del organismo Contraloría General de la República. Por eso es quien forma los diversos escalafones del personal de la Contraloría y designa libremente al personal de la Planta Profesional y Técnica, entre otras materias (Art. 46). Por último, la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría, contempla en diversas disposiciones la asimilación que hace del Subcontralor al cargo de Contralor, como sucede en los artículos 48 N° 1, en materia de calificaciones (son los únicos personeros que no son calificados); en materia de sistema de remuneraciones (Art. 45); en cuanto a la dirección del organismo, cuando falta o se ausenta el Contralor (Art. 2°); o en cuanto a funciones jurisdiccionales como tribunal especial (Art. 107).

Ello tiene explicación plausible, en la circunstancia de que el Subcontralor desempeña, además de la función de Contralor Subrogante o mientras se nombre al titular en caso de vacancia (Art. 27), la función de juez de primera instancia del Tribunal de Cuentas de la Contraloría (Art. 107 de la Ley 10.336). En segunda instancia, el Tribunal es colegiado y lo integran el Contralor General de la República que lo preside y dos abogados designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Contralor;

DÉCIMO: Que, como consecuencia de lo razonado, no es posible atender a la legalidad del acto basado en que de acuerdo al artículo 148 de la Ley N° 18.834 (Estatuto Administrativo) en cuanto tras disponer que en los casos de cargos de exclusiva confianza, la remoción se hará efectiva por medio de la petición de renuncia que formulará el Presidente de la República o la autoridad llamada a efectuar el nombramiento (el Contralor, en la especie), adición que si la renuncia no se presenta dentro de las cuarenta y ocho horas de requerida, se declarará vacante el cargo.

En lo que hace a la supuesta arbitrariedad del acto administrativo impugnado por esta vía constitucional, se recuerda que ha sido planteada, en verdad, en forma subsidiaria para el caso que se estimare que el Contralor actuó dentro de sus atribuciones en este preciso caso. De este modo, en este punto la Corte no se hará cargo de la “inexistencia” de razones objetivas que harían abusivo el ejercicio de la discrecionalidad de la autoridad;

UNDÉCIMO: Que, acerca de las garantías constitucionales que se denuncian en el recurso como infringidas, la de la igualdad ante la ley se hace consistir en que a anteriores subcontralores no se les aplicó el mismo trato que a la recurrente, es decir, que se les haya declarado vacante el cargo. Sobre el particular, a juicio de esta Corte en otros casos no se verificó esto porque las otras personas renunciaron ante la petición del Contralor, de modo que no pudo verificarse la situación de autos. En este sentido, no puede concluirse de que se haya infringido a través del acto administrativo que nos ocupa, el principio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, como garantía constitucional. Distinto es el caso, el cual no fue rebatido en autos, que a otros funcionarios que como la subcontralor fueron citados por el fiscal a cargo de la investigación del caso Fraude en Carabineros, no se les haya pedido la renuncia como a ella. Esto marca una discriminación, pero que podría explicarse precisamente en el hecho de que la subcontralor no es una empleada en las mismas condiciones que los demás empleados, como hemos visto. Sólo que al no trazar esa diferencia en definitiva, lo que queda es que la discriminación existente carece de legitimidad.

Se dice en el recurso, que se ha infringido también la garantía constitucional del artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Carta Política, comoquiera que nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. El informe del Contralor señala que no ha habido juzgamiento, por ende, no correspondería el amago de esta garantía. La recurrente, en cambio, sostuvo lo contrario, ya que el Contralor se habría arrogado para sí la ponderación de hechos y fundamentos que legalmente corresponden a entes diversos.

A juicio de la Corte, si bien no ha habido un procedimiento de por medio, sino una secuencia de actos puramente administrativos, lo cierto es que si en derecho lo que correspondía –porque así lo dice la ley, y porque no hay otra forma de entenderlo mediante una interpretación lógica y sistemática– era requerir en juicio de amovilidad la declaración de no observar la Subcontralor el buen comportamiento debido, para su posterior remoción por parte del Presidente de la República, el Contralor al proceder como lo hizo sustituyó en el hecho al tribunal llamado por ley a conocer del juicio de amovilidad, que debe ser tramitado en la forma que se sigue contra los Ministros de los Tribunales Superiores de justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema, esto es, de acuerdo con las normas que establece al efecto el Código Orgánico de Tribunales, de suerte que la declaración de vacancia del cargo de subcontralor equivale a la declaración que debía emanar del tribunal competente y que, en su caso, debía cumplir el Presidente de la República.

De esta manera, se configura, en concepto de estos jueces, la infracción a la garantía constitucional según la cual nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, dado que si bien el Contralor es un ente regular y reglado en su competencia y atribuciones, en la medida que en este caso actuó fuera de ellas, en contravención a la Carta Fundamental (Art. 6 y 7 de la Constitución), con ello infringió la garantía antes señalada, porque la declaración de vacancia del cargo de Subcontralor de la Contraloría General de la República, basado en la ausencia de renuncia ante la petición formulada en ese sentido por la autoridad del organismo, por haberse perdido la confianza, implica que los hechos omitidos en

que se funda la pérdida de confianza, han sido valorados, esto es, juzgados, por el Contralor en lugar del tribunal competente.

Con relación al derecho de propiedad, el artículo 83 del Estatuto Administrativo contempla que todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo, salvo los cargos de exclusiva confianza. Si se atiende a que el cargo de subcontralor no es de exclusiva confianza, pues desempeña funciones, como se ha dicho, no sólo administrativas, entre las cuales la de subrogar al Contralor, sino también funciones jurisdiccionales, puesto que a estos efectos lo que interesa es la función desempeñada y no la pertenencia al Poder Judicial (como se desprende del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales), resulta evidente que el Subcontralor tiene derecho a la estabilidad en el empleo, lo que le da derecho a gozar entre otras prestaciones, beneficios y asignaciones, a las remuneraciones de que trata el artículo 88. Este derecho a la estabilidad en el empleo lo contempla la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado en el apartado sobre la Carrera Funcionaria, en términos que el personal gozará de estabilidad en el empleo y sólo podrá cesar en él por causa legal (Art. 46). Ahora bien, el artículo 19 N° 24 de la Constitución, asegura a todas las personas “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.” Como las cosas incorporales son derechos, no hay duda que en relación con la estabilidad en el empleo y las remuneraciones, a título de ejemplo, hay una especie de propiedad que igualmente que en el caso de las cosas corporales, protege la Carta Fundamental. Por otro lado, no puede obviarse que el artículo 100 del Estatuto Administrativo habla de la propiedad del cargo, cuando el funcionario debe ausentarse por causa legal del servicio, aun cuando los cargos son públicos, de manera que parece evidente que se trata de la estabilidad en el empleo, sobre el cual sí hay una especie de propiedad;

DUODÉCIMO: Que, sobre las alegaciones del Consejo de Defensa del Estado y del informe, en el sentido que la recurrente pretende encontrarse en una situación de privilegio, en que ni siquiera se halla el Contralor General de la República, es un argumento de efecto ciertamente, que no modifica lo que se ha razonado en torno a la cuestión propuesta en el recurso; el Contralor dura en su cargo el tiempo que señala la Constitución no pudiendo ser designado para el período siguiente; el Subcontralor, como los demás empleados, tiene una carrera funcionaria y obviamente ellos se mantienen en sus cargos no por un determinado lapso, sino entretanto no surja una causal legal que importe la necesidad de hacer dejación del cargo.

Por estos fundamentos y lo dispuesto, además, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema en la materia, se acoge el recurso de protección deducido por los abogados *Ciro Colombara López* y *Aldo Díaz Canales*, a nombre de *Dorothy Aurora Pérez Gutiérrez*, abogada, sólo en cuanto en su virtud se deja sin efecto la Resolución N° 21 de 22 de agosto de 2018 del Contralor General de la República, que declara la vacancia del cargo de Subcontralor General servido por doña *Dorothy Pérez Gutiérrez* a contar del día 23 de agosto, y se dispone como medida necesaria al restablecimiento del imperio del derecho, la reincorporación de la agraviada a su cargo de Subcontralor de la Contraloría General de la República con los derechos subsecuentes, sin solución de continuidad, desde la fecha de su separación, para

lo cual el señor Contralor deberá dictar los actos que en derecho corresponda al debido cumplimiento de lo resuelto.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del Ministro señor Silva Cancino.

Protección N° 61.877-2018.

No firma el Ministro señor Gajardo, por estar haciendo uso de su feriado legal, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino, conformada por el Ministro señor Carlos Gajardo Galdames y la Ministra señora Elsa Barrientos Guerrero.

LA CORTE SUPREMA*

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Muñoz y de la Ministra señora Sandoval, en cuanto se confirma la decisión de reincorporar a la actora al cargo de Subcontralora, por las siguientes consideraciones:

1°) Que conforme se ha expresado en la sentencia los Ministros que suscriben este parecer particular concuerdan en el hecho que no es suficiente cautela declarar la ilegalidad y dejar sin efecto la Resolución N° 21, de 22 de agosto del año en curso, que declaró vacante el cargo de Subcontralor General, quedando en condiciones la afectada de interponer las acciones que estime pertinente en defensa de sus derechos patrimoniales.

2°) Que al determinar las medidas que se deben adoptar, esta Corte no puede desconocer que, una vez que es removida la Subcontralora Pérez, se nombra a la Subcontralora María Soledad Frindt, en cuya designación no se ha planteado, analizado o dispuesto nulidad alguna y quien no fue parte de este arbitrio constitucional. Lo anterior es trascendente, toda vez que determina la improcedencia de ordenar la reincorporación de la actora en su calidad de Subcontralora General, pues tal decisión implicaría vulnerar el derecho de defensa de la Subcontralora Frindt, quien por lo demás, acorde con los razonamientos expuestos, ejerce un cargo del que es inamovible, como se ha resuelto por esta Corte en los autos Rol N° 3598-2017.

3°) Que, por otro lado, las medidas que se decretan para proteger el derecho constitucional conculcado deben tener en consideración la naturaleza cautelar del arbitrio, cuestión que impide adoptar una decisión de fondo declarativa de derechos, como sucede en el caso de ordenar su reincorporación. De esa manera, considerando que la designación como Subcontralor General envuelve la inamovilidad del cargo del cual abruptamente fue removida a través del acto cuya ilegalidad se ha constatado, lo que corresponde disponer el pago de seis meses de remuneraciones a contar del alejamiento del cargo, como medida paliativa de carácter alimenticio, sin perjuicio de las acciones ordinarias que la actora eventualmente pudiere impetrar.

*Se emiten sus considerandos dado que se confirma el fallo apelado. Se transcribe el voto en contra que es objeto del comentario.

Se previene que el Ministro señor Prado concurre a la decisión del fallo, estimando que según una correcta hermenéutica legal, la Subcontralora goza de inamovilidad con lo cual su remoción corresponde al Sr. Presidente de la República, previo juicio de amovilidad, teniendo en consideración, además, que la eventual contradicción entre el texto de la ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República (fijada por Decreto del Ministerio de Hacienda N° 2.421, de 1964, modificada por el Decreto Ley N° 3.551, de 2 de enero de 1981 y la Ley N° 19.817, de 26 de julio de 2002 y que contiene la actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República) y el actual artículo 98 de la Carta Fundamental, modificada mediante la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, no se salva por la vía de predicar simplemente la derogación tácita de las normas colacionadas, de acuerdo a la institución prevista en el artículo 52 del Código Civil, o incluso su caducidad, apelando a la incompatibilidad o contradicción existente entre conciliar un texto normativo de rango constitucional y una norma de jerarquía inferior, ya que, en tal supuesto, lo que procedería es plantear derechamente este conflicto a su cargo, formulando la respectiva incidencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, conforme lo establecen los artículos 93 N° 6 de la Carta Política y 80 y 81 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, lo cual ha sido ratificado por la reciente doctrina más autorizada (Vgr, Enrique Navarro Beltrán, *Las Acciones Constitucionales Económicas ante los Tribunales de Justicia*, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2018, págs. 153 a 159).

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la prevención, sus autores.

Rol N° 26.588-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica y el Ministro señor Prado por estar con permiso administrativo el día de hoy. Santiago, 29 de noviembre de 2018.

COMENTARIO

No cabe duda alguna que la disputa jurídica –inérita en sus alcances actuales– entre el Contralor General de la República y quien ejerce el cargo de Subcontralor General (designada por el mismo Contralor mencionado), ha producido conmoción, tanto en el plano jurídico como institucional de la República, potenciada por la vehemencia del titular del Organismo fiscalizador de la Administración del Estado, y la publicidad desplegada, al pedir la renuncia a su cargo a dicho Subcontralor y al negarse esta a hacerlo (por no corresponder jurídicamente) dispuso su remoción y nombró a otro funcionario en su reemplazo.

Hago presente que no conozco personalmente a ninguno de los dos implicados en esta disputa, y por tanto pude escribir un texto breve a los pocos días de la remoción de la referida Subcontralor (no existe en la ley el cargo de

Subcontralora...), con total independencia y ajeno a la disputa personal de la pérdida de confianza de aquel respecto de esta; texto que fue publicado en el diario *La Tercera* el sábado 1.9.2018 (p. 8), sostuvo que tal remoción era *nula* por cuanto carece el Contralor General de la República del poder jurídico de remover al Subcontralor, ya que la propia ley orgánica constitucional del dicho Organismo (Ley 10.336) en su artículo 4° inciso 2° establece para efectuar tal remoción un procedimiento judicial llevado a cabo por un tribunal de la República y conforme a un debido proceso, “juicio de amovilidad”, y la remoción propiamente tal la debe efectuar el Presidente de la República en cumplimiento de la sentencia recaída en dicho proceso. Es decir, debe existir un “proceso judicial” llevado a cabo por un tribunal de justicia y el acto de remoción se realiza mediante un acto administrativo (decreto supremo) dictado por el Presidente de la República. Vale decir, en caso alguno, jamás, podrá el Contralor General disponer esa remoción en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Y la razón de esta norma especial es que el Subcontralor General es también un *juez de la República*, debido a que es el *juez de primera instancia* en el llamado *juicio de cuentas*, juicio que con la creación de la Contraloría General de la República en 1927 pasó a integrar la competencia específica del llamado “Tribunal de Cuentas” incluido en este Organismo (como una unidad especial) en tanto sucesor legal del Tribunal de Cuentas decimonónico (actual artículo 107 Ley 10.336).

El asunto es muy claro jurídicamente hablando y pienso que el ardor y vehemencia de la actitud del señor Contralor –profesor de derecho administrativo– y una asesoría no muy juiciosa y tal vez demasiada obsecuente, le hizo no ver la evidente redacción del texto indicado de la propia ley orgánica de la misma entidad constitucional del que es titular y una de las más altas magistraturas del país.

El texto es cristalino y expone la completa y total incompetencia de dicho titular para proceder a la remoción de la autoridad que ejerce el cargo de Subcontralor (que conforme con la Ley 10.336, es nada menos que su subrogante legal). Dicho texto –artículo 4° inciso 2°– establece que el ejercicio del cargo de Subcontralor no está a la disposición del Contralor General, ya que es un *juez de la República* y, como tal, no se encuentra a la discreción de ningún jerarca, ya que si así fuere estaríamos frente a una simple tiranía, que no de un régimen de Derecho, en el que impera el Derecho y la Justicia y no el capricho y el mero arbitrio del jerarca de turno.

Deducido recurso de protección en contra de la Resolución contralora (N° 21, de 22.8.2018) que la remueve, la Subcontralor sostenía, además de la aludida afectación de su derecho, constitucionalmente reconocido, al “juez natural” (artículo 19 N° 3 inciso 5°) y no ser juzgado por una “comisión especial”, la vulneración de su derecho a la “igualdad ante la ley” (artículo 19 N° 2) y el derecho a la “estabilidad en el cargo” (especie de derecho de propiedad/artículo 19 N° 24).

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en seis considerandos (7° al 12°) acoge precisamente cuanto habíamos sostenido a los pocos días de ocurrida la disputa indicada. En efecto, así lo dice su considerando 9°, que “el Subcontralor queda fuera del ámbito de aplicación del inciso 2° del artículo 3° de la Ley N° 10.336. Por consiguiente, se rige necesariamente por el artículo 4°

mencionado". Al acoger la pretensión deducida, el tribunal declara la afectación tanto del derecho reconocido por el artículo 19 N° 2 como del artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución, ya que al obrar como lo hizo el recurrido "sustituyó en el hecho al tribunal llamado por la ley a conocer del juicio de amovilidad", "declaración que debía emanar del tribunal competente y que, en su caso, debía cumplir el Presidente de la República" (considerando 10°). Siendo así, el Contralor General de la República actuó en contravención a los artículos 6° y 7° de la Constitución, y su actuación es, por tanto, *nula*. Además, reconoce la afectación de la referida estabilidad funcionaria, cuya remoción no puede efectuarse sino por causa legal, que en este caso es inexistente.

Como medida de protección, la Corte ordena la reincorporación de la recurrente en su cargo de Subcontralor "sin solución de continuidad desde la fecha de su separación, para lo cual el señor Contralor deberá dictar los actos que en derecho corresponda al debido cumplimiento de lo resuelto" (redactor ministro Mauricio Silva Cancino, recientemente nombrado ministro de la Corte Suprema/ enero 2019).

La Corte Suprema, en un larguísimo fallo de 29 considerandos, un voto en contra en cuanto a la medida de protección adoptada, y una prevención), confirma la sentencia del *a quo*, haciéndose cargo de las defensas planteadas por el recurrido en su apelación al fallo aludido y rechazándolas minuciosamente con el fin de convencerlo de su actuar ilegal y arbitrario, de una manera muy pedagógica digna de alabarse (redacción ministra Sandoval Gouet).

Solo me interesa aquí comentar el voto en contra de los ministros Muñoz y Sandoval, que discuerdan en la medida de protección adoptadas por el tribunal de la instancia que acoge la pretensión protectora, esto es en cuanto se ordena la reincorporación de la actora al cargo de Subcontralor.

Y disienten de dicha medida porque según ellos una vez que fue removida de dicho cargo la actora, el Contralor recurrido procedió a nombrar a otra persona en su reemplazo, designación que a su respecto no ha sido analizada ni pedido su nulidad, y no ha sido parte ella en este recurso y, por tanto, la reincorporación indicada "vulneraría su derecho a la defensa tanto más que en su cargo sería inamovible. También, sostienen los disidentes que la naturaleza cautelar del arbitrio en cuestión impediría adoptar una decisión de fondo "declarativa de derechos" como sucedería al ordenarse la reincorporación de la actora gananciosa. Para ellos, lo que correspondía era declarar ilegal y arbitraria la remoción y una "medida paliativa de carácter alimenticia" (sic!) "a contra del alejamiento del cargo", "sin perjuicio de las acciones ordinarias que la actora [del recurso de protección] eventualmente pudiera impetrar".

Llama verdaderamente la atención esta disidencia, que envuelve una contradicción en los términos, como pasamos a mostrar:

1. Olvida que al declararse ilegal y arbitrario el acto administrativo de remoción de la actora de su cargo inamovible de Subcontralor, lo que declara el tribunal *a quo* y confirma el *ad quem*, es que dicho acto desaparece del ordenamiento jurídico –por su disconformidad con la Constitución– y al desaparecer implica que nunca nació como acto administrativo en este ordenamiento y, por tanto, ha carecido de todo fundamento la pretendida designación de otro funcionario en su

cargo, por cuanto así como el Contralor General de la República careció de toda competencia para remover a su titular (que, por esta razón, nunca ha dejado de ser titular), con cuánta mayor razón ha carecido de toda competencia para designar uno nuevo, desde que el cargo jamás ha estado vacante y, en consecuencia esa nueva designación ha sido solamente una *vía de hecho*, proscrita por el derecho, y fruto del exceso, solo arbitrio irrazonable y abuso de poder, de quien fuera del Derecho ha ejercido solo fuerza que no una potestad propiamente jurídica, vulnerando ostensiblemente no solo el estatuto propio de su propio organismo fiscalizador (artículo 4° inciso 2° Ley 10.336) sino la propia Constitución Política de la República (artículos 6° y 7° y 19 N^{os}. 2, 3 incisos 5° y 14).

2. Si se ha declarado “ilegal y arbitraria” la remoción de la actora por carecer de toda competencia quien así ha actuado, la única medida de protección consecuente para “asegurar la debida protección del afectado” (artículo 20 inciso 1°) es ordenar el tribunal su *inmediata reincorporación al cargo del que es titular* (y que nunca ha dejado de serlo), que constituye el verdadero *amparo* de la recurrente que ha sido agravada en un triple orden de sus derechos fundamentales, reconocidos, asegurados y amparados por la Constitución y que han sido esgrimidos en el fallo que acoge la protección deducida.

3. Por otra parte, parecen los disidentes navegar en las procelosas, veleidosas y traicioneras aguas de la corriente de estimar que el llamado recurso de protección es una acción meramente “cautelar”, siendo que *su naturaleza es la propia de una típica acción de amparo*, como es la de *habeas corpus*, desde que en su origen mismo –en el que estuvo el mismo autor de estas líneas, a quien se le ocurrió la idea de hacer este *habeas corpus* extensible a los demás derechos fundamentales– así ha aparecido en nuestro ordenamiento ya en el Acta Constitucional N° 3, de 13.9.1976, DL 1.553, artículo 2°) y recogido en la Constitución de 1980, artículo 20.

Si se trata de una acción de amparo *lo que se pretende con ella es obtener a través de su interposición terminar con una situación antijurídica que una persona* (natural o jurídica o incluso un conjunto sin personificación) *sufre a raíz de un acto, hecho u omisión de otro que actúa contra derecho agravándole uno o más de sus derechos fundamentales*². Y si el tribunal acoge la pretensión debe otorgarle el amparo correspondiente, que en el caso en análisis no puede ser otro que “restituir al agraviado en su cargo” *del que ha sido removido por un acto contra derecho*, sin asidero alguno en potestad jurídica alguna de quien ha pretendido producir esa remoción. Es esa y no otra la única manera de mantener el *statu quo* alterado por un acto antijurídico, ilegal y arbitrario. Eso es “amparar

²Recuérdese el caso ejemplar *Soc. Agrícola y Maderera Los Chenques* en los comienzos de la aplicación del recurso de protección (Corte Suprema 7.7.1980, en *RDJ* 7.77/1980, 2.1, 53-56, redacción ministro Marcos Aburto), en que establece el principio fundamental de proteger el recurso de protección el *statu quo* existente ante la pretendida autotutela antijurídica de un tercero, que pretende hacerse justicia de propia mano (incluso si es el Estado/autoridad administrativa mismo el que tal cosa pretende, vid. entre otros, *Del Río Guerra* (*RDJ* t. 86/1989, 2.5, 241-245); *Araya Portiño* (*RDJ* t. 89/1992, 2.5, 214-218 con comentario nuestro), *Confecciones Corona* (*RDJ* t.93/1996, 2.5, 21-33), posteriormente *Díaz Ibaceta* (*RDJ* 102/2005, 2.5, 440-442 y *Rajido Castillo* (*RDJ* 103/2006, 2.5, 433-437 y nota nuestra en 434).

al afectado”, que es lo estatuye expresa y muy claramente la Constitución (artículo 20 inciso 1° cit.).

¿Qué saca la actora, Subcontralor General (removida de su cargo inamovible, solo removible de acuerdo con un proceso judicial, y no por disposición administrativa del Contralor General, acto declarado judicialmente como “ilegal y arbitrario”) con que se reconozca que fue removida contra Derecho si no se le restituye de su cargo? ¿No es acaso *una burla*, lo que contiene la referida disidencia (por no decir un escarnio y reírse en su propia cara), de decirle que sí, que se cometió un acto entera y escandalosamente contra Derecho (incluida con una publicidad indebida) dispuesta nada menos que por el jerarca máximo del Organismo encargado de “velar por la legalidad de los actos de la Administración” (como dice el artículo 87/98 de la Constitución), y darle una “migaja” de compensación de seis meses de su sueldo “como medida paliativa de carácter alimenticio” y en tanto el autor del enorme desaguisado jurídico producido en su contra, reírse a mandíbula batiendo saliéndose con su capricho de eliminarla del servicio y de manera ilegal y arbitraria? ¿Se les olvidó a los disidentes que la acción constitucional de amparo general, que es el llamado recurso de protección, de ser acogida la pretensión deducida, *el tribunal debe “restablecer el imperio del Derecho”* violado, dejándose sin efecto el acto administrativo ilegal y/o arbitrario de remoción de la actora y, por tanto, se reconoce *ipso iure* que aquel nombramiento de un funcionario en su reemplazo ha carecido de toda validez jurídica desde su dictación misma? ¿En qué estarían pensando los disidentes? ¿Tal vez en un acto de caridad con el recurrido para no darle en la cabeza con un “cinco a cero” rotundo denostando, así, su actuar atrabiliario?³.

4. Por último, si bien aparece loable la posición de los disidentes de ocuparse de la situación del funcionario designado en el cargo de Subcontralor en sustitución de la recurrente de estos autos, y de su pretendido derecho de defensa, *no cabe eludir* que este funcionario –con muchos años de desempeño en el Organismo contralor– *debía conocer y muy bien* que su nombramiento carecía de todo sustento jurídico, pues basta la sola lectura del artículo 4° inciso 2° de su ley orgánica constitucional/10.336, para advertir que el cargo de Subcontralor no está a la discreción del Contralor General sino que corresponde su remoción al Presidente de la República y “previo un proceso judicial de amovilidad” que la acoja y conforme con las normas establecidas para los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema. En otros términos, *su nombramiento era flagrantemente ilegal y contrario enteramente a Derecho*, puesto que el Contralor General carecía de competencia para disponerlo por acto administrativo *desde que tal cargo*

³Habrían debido recordar los referidos disidentes que el mismo señor Contralor General de la República plantea contiendas de competencias cuando se recurre ante los tribunales de justicia en contra de sus dictámenes, por pretender que ellos carecen de competencia para conocer de la pretendida disconformidad a Derecho de esos actos administrativos. Y ha de recordarse que al propio ministro señor Muñoz Gajardo le tocó redactar una magnífica defensa de la plenitud jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, ante el Senado, en el asunto referido a qué régimen previsional era aplicable a determinados funcionarios públicos (vid. Diario de Sesiones del Senado, sesión 87, de 6.3.2018; también vid. Boletín N^{os}. 1.913-03).

simplemente no se encontraba vacante, atendida la notoria y evidente nulidad de la remoción de su titular.

Es decir, al asumir el cargo este funcionario sabía –y no podía menos que saber debido a su calidad de abogado y con largos años de ejercicio como funcionario de la Contraloría General– que carecía de todo derecho para ejercer tal función de Subcontralor⁴.

Si el cargo de Subcontralor comporta el ejercicio de una “función jurisdiccional de la República” –y *este es el punto central del asunto* (como lo indicamos de inmediato de producida la situación y lo vio muy bien el tribunal de la instancia y confirmara el de apelación)–, como es ejercer la función de “Juez de la primera instancia” del Tribunal de Cuentas, aparece más que obvio que como Juez y órgano titular de un Tribunal de la República, no está su función a la voluntad o discreción del jerarca (sea este administrativo o judicial), ya que ello implicaría, de suyo, dejar de ser juez, cuya naturaleza más intrínseca y esencial es ser independiente e imparcial y, por tanto, no se encuentra subordinado a un superior jerárquico que le imparta órdenes en su actuar jurisdiccional o que le pueda remover a su mero capricho, arbitrio o discreción, como si se tratara de un funcionario de su exclusiva confianza.

Lamentable disidencia, pero que agradecemos los que nos dedicamos a esta disciplina del derecho público y específicamente constitucional y administrativo, porque nos permite esclarecer puntos, develar errores y, en lo posible, difundir criterios de justicia y equidad, mostrando las situaciones que las corrompen y escarnecen, las que siempre perturban la convivencia social y, en este caso comentado, el normal funcionamiento de las instituciones de la República.

EDUARDO SOTO KLOSS*

⁴Pienso que no podría menos que saber que el propio Contralor en su *Derecho administrativo general* (cito la tercera edición. Thomson Reuters, 2015, p. 493) sostiene y enseña que el cargo de Subcontralor es *inamovible*. Y aún sin ser experto romanista o conocedor del *ius commune* medieval, el principio del *venire contra factum proprium non valet* es de actual aplicación y plenamente de recibo en la jurisprudencia tanto judicial como incluso contralora; el mismo Contralor (*ob. cit.* 110-125) se extiende largamente respecto del tema, trayendo a Chile la *Vertrauensschutz* germánica, la “confianza legítima”, de la que él mismo ha hecho profusa y muy abundante uso en la jurisprudencia contralora, especialmente en lo que se refiere a la no renovación de funcionarios a contrata en la Administración pública. Acerca del tema puede ser interesante consultar *Cuadernos de Extensión Jurídica*, vol. 18/2010 (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho), dedicado específicamente al tema del célebre brocardo indicado.

*Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de París, Panthéon - Sorbonne). Doctor h.c Universidad de los Andes. Profesor titular de derecho administrativo Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile. Ex abogado integrante del Tribunal Constitucional.

Nos permitimos agregar lo siguiente:

UNA DISPUTA INSÓLITA Y SIN DESTINO

Es un hecho irrefragable la enorme importancia que tiene hoy el derecho administrativo dada su aplicación frecuente, constante y reiterada en los asuntos de cada día de las personas. En estos días, la decisión del Contralor General de la República de remover de su cargo a quien desempeña el de Subcontralor, tema que incide en el corazón mismo del principio de

juridicidad que vertebra en su más íntima esencia a esta rama del derecho público. Ya desde la Constitución de 1833, artículo 160, y hoy 7° inciso 2° de la Constitución vigente/1980, ninguna autoridad pública tiene otro poder jurídico que aquellos que “expresamente” le hayan conferido la Constitución o las leyes, y si vulnera esta “regla de oro” del derecho público chileno el pretendido acto administrativo carece de toda validez jurídica, por “nulo”, y más aún, por “inexistente”, ya que su autor ha carecido del poder jurídico para emitirlo.

¿Posee el Contralor General de la República ese poder de remoción? Este es el quid del asunto.

La ley orgánica constitucional de la Contraloría General de la República, Ley 10.336, en su artículo 2° inciso 1°, establece que este organismo estará a cargo de un funcionario denominado Contralor General de la República, y su artículo 3° dispone en su inciso 2°, que los empleados de este organismo son nombrados y removidos por el Contralor General, y tendrán la calidad de su confianza exclusiva. Esta es la regla general pero por la situación tan especial del cargo de Subcontralor, la misma ley orgánica constitucional 10.336 contempla la excepción a esta regla general estableciendo al efecto una excepción cuyo texto clarísimo no admite duda alguna en cuanto a que es una excepción, la cual está expresada en su artículo 4°, que a la letra señala que “El Contralor General y el Subcontralor gozarán de las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia”, agregando su inciso 2° que “*La remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema*” (cursivas nuestras).

Y la razón de este inciso 2° es muy clara: al Subcontralor la Ley 10.336, artículo 107, inciso 1°, le ha conferido expresamente la función de “Juez de primera instancia” en los juicios de cuenta, es decir posee en tal función “potestades jurisdiccionales” y es un “juez de la República” y un tribunal que ejerce “potestades jurisdiccionales” propiamente tales. De allí la existencia del precepto legal del artículo 4° inciso 2° de la misma Ley 10.336, porque a un juez de la República se le remueve por causales muy específicas y previa y expresamente establecidas en la ley y no ejerce una función que sea de la exclusiva confianza de algún jerarca.

Ninguna magistratura puede atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad que aquella que expresamente le haya sido conferida en virtud de la Constitución o las leyes. Eduardo Soto Kloss.

Publicado en *La Tercera*, sábado 1°.9.2018, p. 8.

LA DERROTA DEL CONTRALOR

Jorge Bermúdez sufrió esta semana una dura derrota: la Corte de Apelaciones acogió por unanimidad el recurso presentado por Dorothy Pérez, la subcontralora destituida hace algún tiempo. Según los jueces, el Contralor se excedió en el modo de evaluar sus propias atribuciones, pues carece de potestad para remover a su subalterna. En otras palabras, perdió por goleada en aquella cancha donde no se puede dar el lujo de perder –la interpretación de las normas-. Si el encargado de velar por la legalidad de los actos administrativos no conoce bien sus propias prerrogativas, ¿con qué legitimidad controla entonces al resto del aparato público? El caso se complica aún más si recordamos que el mismo Bermúdez afirma, en su “Tratado de derecho administrativo”, que el cargo de subcontralor es “inamovible”. Lo grave no es tanto el cambio súbito de opinión, sino el haber tomado una decisión sabiendo cuán discutible era su tesis. Se expuso así, con pleno conocimiento de causa, a una situación muy incómoda, que puede poner en jaque toda su gestión (que ahora pende de una decisión de la Corte Suprema).

Ahora bien, este episodio se inscribe en un marco que ya presentaba dificultades. En efecto, hace meses que el Contralor viene dando señales extrañas, al dejar permear sus decisiones por una actitud poco compatible con su función y responsabilidades. Y no se trata solo de la figura de “Contralorito” (que banaliza e infantiliza su trabajo), ni de la atención exagerada que ha puesto en situaciones marginales (cuesta pensar que la Contraloría no tenga nada mejor que hacer con su tiempo y recursos que verificar si la alcaldesa de Maipú infringió o no alguna norma en el “Kiki Challenge”). Las cuestiones más complejas van por otro lado, y guardan relación con cierta tendencia a invadir ámbitos ajenos. El caso más notorio –pero está lejos de ser el único– fue su decisión relativa a la objeción de conciencia institucional. Allí, el Contralor no solo cuestionó la forma del reglamento del Ministerio de Salud, sino que hizo una observación de fondo, al afirmar que las instituciones privadas que prestan servicios públicos (y reciben fondos para ello) deben operar como si fueran parte del Estado, despachando de un plumazo un largo debate sobre la autonomía de la sociedad civil. Desde luego, la tesis defendida por Bermúdez es plausible, y de hecho ha sido defendida por insignes autores de izquierda. No obstante, resulta muy dudoso que la Contraloría esté llamada a zanjar una diferencia de esa naturaleza. Más allá de la opinión que cada cual tenga sobre el fondo del asunto, Jorge Bermúdez se arrogó una potestad legislativa que nadie le ha concedido.

La enfermedad es conocida, y se llama activismo. Consiste en la irresistible propensión a concebir las propias atribuciones de modo inflacionario, reduciendo unilateralmente las de otros órganos. Es cierto que la primera causa del fenómeno es la indolencia de la sede política, cuya pasmosa desidia para tomar ciertas decisiones deja espacio para que otros llenen los vacíos (basta pensar en la curiosa situación jurídica que viven las isapres). Sin embargo, el activismo puede resultar mucho peor que la enfermedad que se combate, pues tensiona todo el sistema, desordenando el esquema de pesos y contrapesos indispensables en toda democracia. En rigor, un correcto funcionamiento de las instituciones exige que cada agente se tome muy en serio sus atribuciones, pero solo sus atribuciones.

Desde luego, los activistas suelen justificar su actitud en función del objetivo buscado. El mismo Bermúdez, al ser consultado por su derrota en la Corte, reaccionó diciendo: “Sigo trabajando con las mismas ganas para que este país sea un poquito menos corrupto”. La frase revela bien el modo en que el Contralor concibe su propia función y, por lo mismo, merece cierta atención. Por de pronto, supone un diagnóstico implícito particularmente severo: si el Contralor de la República piensa que Chile es un país muy corrupto, podría darse la molestia de explicar en qué hechos funda su juicio, y si de verdad cree que la Corte de Apelaciones no le permite cumplir con su propósito. Con todo, el aspecto más problemático va por otro lado. Al ser notificado de su derrota judicial, el Contralor responde aludiendo a su lucha personal contra la corrupción. En ese preciso punto reside la trampa de su argumentación (que es la trampa de toda argumentación activista): no hay relación alguna entre ambas cosas. Bermúdez puede, y debe, luchar contra la corrupción, pero con estricto apego a la ley. Chile no necesita superhéroes ni salvadores de la galaxia. Tampoco necesita funcionarios públicos que transmuten su personalidad en vocación carismática apenas asoma una ocasión de brillo. Basta con personas que realicen su trabajo con discreción y deferencia, asumiendo que forman parte de un denso entramado institucional, cuyo equilibrio merece ser cuidado. Puede que sea menos vistoso, pero es ciertamente más democrático.

DANIEL MANSUY*

*Publicado en *El Mercurio*/Santiago, el 21.10.2018, D-7.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

25.7.2018

Corte Suprema

30.10.2018

Castillo Sánchez y otros con Contralor
General de la República

(acción de amparo económico – acción de protección)

LA CORTE DE APELACIONES

Santiago, veinticinco de julio de dos mil dieciocho

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

Recursos acumulados.

PRIMERO: Que a fojas 7 ha comparecido el abogado señor Marcelo Castillo Sánchez en representación de los señores Sebastián Salazar Bastidas y Jaime Curihual Huircán, ambos factores de comercio, y de las sociedades Inversiones y Comercio Handel S.A. y Comercializadora e Importadora Matucana Limitada, todos domiciliados para esos efectos en calle Huérfanos N° 835, oficina 1203, Santiago y deducen recurso de protección –luego transformado en amparo económico por esta Corte– en contra del Contralor General de la República señor Jorge Bermúdez Soto, abogado, domiciliado en calle Teatinos N° 56, Santiago, por haber emitido en forma ilegal y arbitraria el Oficio N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016 que modificó unilateralmente el procedimiento para el otorgamiento de patentes comerciales de las máquinas electrónicas de juego y exigió un informe previo de la Superintendencia de Casinos de Juego para tales efectos.

Del mismo modo, a fojas 53 ha comparecido don Jaime Curihual Huircán, en representación de la Asociación Gremial de Operadores, Fabricantes e Importadores de Entretenimientos Electrónicos A.G., domiciliada en calle Altamirano N° 2301 de la comuna de Independencia y don Alberto Hadad Abuhabda, empresario, en representación de Importadora y Comercializadora Calabaza Entertainment Limitada, domiciliada en calle Teniente Bisson N° 175, comuna de Independencia y recurren también de protección contra el Contralor General de la República ya individualizado por la conducta ilegal y arbitraria cometida al dictar el Oficio N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016.

En ambos recursos se sostiene, en resumen:

1.- Sus partes son personas naturales y jurídicas que tienen como giro la importación, la fabricación y la operación por cuenta propia o de terceros de entretenimientos electrónicos, tales como máquinas electrónicas de juego, de habilidad y destreza, que desarrollan sus actividades en distintas comunas del país, de conformidad a la legislación vigente, además de la Asociación Gremial relativa a ese giro. Tal actividad se ha desarrollado en forma relativamente normal

en las ciudades de Santiago, Puerto Montt, Coquimbo, Antofagasta, entre otras. Sin embargo, atendido el carácter esencialmente litigioso de la determinación de la calidad de estas máquinas, en cuanto a si son de habilidad y destreza o de azar, se ha generado una abundante jurisprudencia judicial, administrativa e incluso de la Contraloría General de la República (en adelante CGT), al momento de obtener patentes comerciales en distintos municipios, no sólo por su parte sino por otros operadores o administrados, por cuanto las máquinas de azar se encuentran sujetas a diversas regulaciones legales, en general prohibitivas, a diferencias de las máquinas de habilidad y destreza, que nuestro derecho permite.

2.- Cita la parte recurrente las normas que regulan los juegos de azar, incluyendo las contenidas en la Constitución Política de la República y en la ley 19.995 que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de Casinos de Juego, que entrega el desarrollo y monopolio de los juegos de azar autorizados por la ley a dichos establecimientos. La misma ley crea la Superintendencia de Casinos de Juegos (SCJ en adelante) que según su artículo 36 le corresponde supervigilar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas para la instalación, administración y explotación de los casinos de juego que operen en el país, de modo que sus facultades sólo están referidas a los “casinos de juego”. El artículo 3° letra a) de la citada legislación define juego de azar como aquellos juegos cuyos resultados no dependen exclusivamente de la habilidad o destreza de los jugadores, sino esencialmente del acaso o de la suerte, y que se encuentran señalados en el reglamento respectivo y registrados en el catálogo de juegos, esto es, un registro formal de los juegos de suerte o de azar que podrán desarrollarse en los casinos de juegos, dentro de las categorías de ruleta, cartas, dados, bingo y máquinas de azar. Finalmente, la letra j) del artículo 3° de la ley 19.995 define registro de homologación como la nómina e identificación de las máquinas y demás implementos expresamente autorizados por la Superintendencia para el desarrollo de los juegos de azar en los casinos de juego. Luego, no basta que los juegos de azar sean de esta naturaleza para ser admitidos como lícitos en los casinos, sino que, además, conforme a la normativa citada, deben estar señalados en el reglamento respectivo y registrados en el catálogo de juegos y para el caso de las máquinas de azar, deben estar nombradas, identificadas y autorizadas en el “registro de homologación”. Todas estas disposiciones están complementadas por el Decreto Supremo N° 547 del Ministerio de Hacienda de 2005 que aprueba el “Reglamento de Juegos de Azar en Casinos de Juego y Sistema de Homologación”. En este marco jurídico, la SCJ mediante Resolución Exenta N° 157 de 10 de julio de 2006, aprobó el catálogo de los juegos que podrán desarrollarse en los casinos de juego, de modo que cuando se habla de “catálogo de juegos” se entiende para todos los efectos legales que se trata de este listado de categorías de juegos.

3.- La CGR emitió numerosos dictámenes que se refieren a la materia y la doctrina de tal órgano puede resumirse en las siguientes premisas: a) no se pueden otorgar patentes comerciales para el funcionamiento de máquinas de juegos de azar, pues los municipios carecen de facultades para ello; b) se pueden otorgar patentes comerciales para la operación de máquinas de habilidad y destreza; c) el municipio puede formarse la convicción sobre la naturaleza de una máquina de juego a través de todos los medios probatorios que sean pertinentes; d) los municipios pueden coordinarse con el resto de los organismos públicos con competencia

en la materia y especialmente con la SCJ, orientada a determinar si las máquinas están o no contenidas en el “catálogo de juegos”; e) si existe discrepancia entre la autoridad y el interesado respecto de la apreciación de los referidos elementos de prueba, el asunto se convierte en litigioso, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales de Justicia; f) los municipios deben respetar el “principio de juridicidad” y el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas, respetando las normas legales que la regulan; g) las ordenanzas municipales no pueden establecer mayores requisitos para el otorgamiento de patentes comerciales y el ejercicio de las actividades lucrativas que los establecidos en los artículos 23 y siguientes del D.L. 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales; h) la SCJ tiene facultades para denunciar, de oficio o a petición de parte, la explotación o práctica de juegos de azar al margen de la ley.

4.- Sin embargo, toda esta doctrina cambió drásticamente con la emisión del dictamen N° 92.369 de 23 de diciembre de 2016. El 2 de agosto de 2016 la SCJ solicitó a la CGR la emisión de un dictamen sobre la explotación de “máquinas electrónicas” fuera de los casinos de juego y si posee facultades –la SCJ– para realizar directamente los ensayos, pruebas y certificaciones de “máquinas electrónicas”, cuya solicitud de homologación provenga de los municipios. La CGR emitió el aludido dictamen 92.368 de 23 de diciembre de 2016 titulado “los municipios deben verificar que las máquinas de juego a que se refieren las solicitudes que se les presenten, no sean de azar, para lo cual se deberá acompañar un informe de la Superintendencia de Casinos de Juegos que señale dicha circunstancia”, con lo cual el órgano contralor innovó sobre la materia en forma arbitraria e ilegal, contradiciendo toda su jurisprudencia anterior. Dicho dictamen, después de resumir las facultades de la SCJ y de afirmar que los municipios no pueden otorgar patentes para la explotación de máquinas de juegos de azar y que para resolver si una máquina es de estas características o de habilidad y destreza, deberá considerarse necesariamente el “catálogo de juegos” que constituye el “registro formal” de los “juegos de suerte o de azar” que pueden desarrollarse en los casinos de juego, agrega que en el caso que el municipio tenga dudas acerca de si se trata de un juego de azar previsto en el referido catálogo, debe coordinarse con la mencionada SCJ con el fin que esta última emita un informe definiendo tal aspecto. Hasta aquí –dicen los recurrentes– el dictamen se ciñe a la doctrina administrativa anterior. Sin embargo, en el párrafo siguiente la CGR innova y crea por la vía interpretativa un procedimiento no contemplado en la ley, como lo es un informe de la SCJ para el otorgamiento de la patente comercial. Dice la CGR: *“A su vez, en el evento que la máquina de juego que se pretende explotar no se encuentre contemplada en el respectivo catálogo de juegos de azar, el municipio deberá solicitar al interesado que acompañe un informe de la Superintendencia de Casinos de Juegos en el que conste que esa máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo, justamente por no tener la naturaleza de juego de azar, caso en el cual la entidad edilicia podrá acceder a la autorización requerida, atendido que se ha descartado que se trate de un juego cuya explotación puede realizarse sólo en un casino”*.

5.- Refieren los recurrentes que el acto de la CGR es arbitrario porque no existe fundamento lógico o racional para que dicho organismo, sin que cambien las circunstancias o la ley, modifique y contradiga la doctrina y la jurisprudencia administrativa reiterada y uniforme sobre las máquinas de juego de habilidad y

destreza, los requisitos para el otorgamiento de patentes municipales a dichas máquinas y la libertad de prueba, acorde con el artículo 35 de la ley 19.880, para arribar a la convicción que se trata de una máquina de habilidad y destreza. La exigencia de solicitar al interesado que acompañe un informe de la SCJ en el que conste que esa máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo es “totalmente absurda e ilegal” porque en el “catálogo de juegos” aprobado por la Resolución Exenta N° 157 de la SCJ de 10 de julio de 2016, se contiene el listado de los “juegos de azar” que se pueden desarrollar en los casinos de juego, dentro de las categorías de ruleta, cartas, dados, bingo y máquinas de azar u otras categorías que se establezcan y, por ende, no se contiene un listado de “máquinas de azar” aprobadas u homologadas por la SCJ sino que señala que dichas máquinas son precisamente un “juego de azar” y corresponde al registro de homologación incorporar la nómina e identificación de , las máquinas y demás implementos expresamente autorizados por la SCJ para el desarrollo de los juegos de azar en los casinos de juego, por lo que existe una confusión conceptual en el dictamen impugnado. También es arbitraria la actuación de la CGR porque está obligada por sus precedentes, o sea, su jurisprudencia obliga a la propia CGR, la vinculan. Es muestra de arbitrariedad, asimismo, el cambio inmotivado de la doctrina de la CGR contra la “doctrina de los actos propios” manifestada en sus dictámenes anteriores.

6.- Refieren los recurrentes que el acto impugnado emanado de la CGR es ilegal, lo que supone un apartarse de la ley, una violación de esta. La CGR, de acuerdo con el artículo 98 de la Constitución Política de la República es un órgano autónomo que ejerce el control de la legalidad de los actos de la Administración, entre otras funciones y la ley 10.336 le fija las atribuciones y competencias. El artículo 6 inciso 1° de esta última ley señala que corresponderá exclusivamente al Contralor informar en general sobre los asuntos que se relacionen 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, lo que, de acuerdo con el artículo 5 inciso segundo, lo hace por medio de dictámenes. Así –continúa la parte recurrente– el dictamen N° 92.368 de 2016 adolece de varias irregularidades:

a) Excedió las facultades de interpretación que le entrega su ley orgánica ya que, por esa vía reguló una materia que es de exclusivo resorte legal como lo es lo relativo a los “juegos de azar”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 N° 19 de la Constitución Política de la República, reglando también materias como el otorgamiento de patentes, que es una clase de tributos, que también es un asunto de ley de conformidad con el N° 22° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

b) El dictamen es ilegal pues le asignó funciones de fiscalización a un órgano público, la SCJ, y además estableció un procedimiento de otorgamiento de patentes comercial con la exigencia de un informe previo de dicha Superintendencia, lo que sólo puede ser establecido por ley y, todavía, de exclusiva iniciativa del Presidente de la República.

c) Es ilegal también porque si bien el catálogo de juegos define los juegos de azar que se pueden desarrollar en los casinos de juego, que incluyen genéricamente a las máquinas de azar, precisamente dentro de la categoría “máquinas de azar”, dicho catálogo no sirve como referencia para calificar, en abstracto, una determinada “máquina de juego” como “de azar”, sin que previamente hayan sido homologadas por la SCJ e incorporados en el “registro de homologación”,

que es la nómina e identificación de las máquinas expresamente autorizadas por la SCJ para el desarrollo de juegos de azar en los casinos de juego. Luego, es ilegal prohibir el funcionamiento, fuera de dichos establecimientos, de aquellas “máquinas de juego” no incluidas en el “catálogo de juegos” o en el “registro de homologación”, pues no pueden ser consideradas a prior/ como de azar frente a la duda de la autoridad municipal y menos exigir un informe de la SCJ que indique que no pueden ser inscritas en dicho registro.

d) En cuarto lugar, los procedimientos de homologación y certificación establecidos en el artículo 37 N° 8 de la ley 19.995 tienen por objeto verificar la calidad de azar de un juego para su inclusión dentro del “registro de homologación” y su uso en los casinos de juego; dicha facultad que se otorga a la SCJ tiene esa exclusiva finalidad y no puede ser usada para otros fines sin violar la ley o incurrir en una “desviación de poder” como lo hace el dictamen.

e) En quinto lugar, el hecho de exigir el dictamen que “el municipio deberá solicitar al interesado que acompañe un informe de la SCJ en el que conste que esa máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo” es ilegal, pues dicho informe no está contemplado dentro del procedimiento legal.

f) Incurre la CGR en un error de derecho al confundir “catálogo de juegos” con el “registro de homologación” pues en el primero no se contiene un listado de “máquinas de azar” aprobadas u homologadas por la SCJ, que pueda ser contrastado con otras máquinas de juego, sino las bases conceptuales para su aprobación, homologación, autorización e inclusión en el “registro de homologación”.

g) Finalmente, el dictamen no sólo viola la propia jurisprudencia administrativa de la CGR sino la libertad de pruebas en materia administrativa a que se refiere el artículo 35 de la ley 19.880.

7.- El inciso tercero del artículo 6 de la ley 10.336 establece el deber de abstención de la CGR cuando se trata de asuntos litigiosos y el dictamen impugnado es ilegal, también, por existir un juicio pendiente, a saber, el Recurso de protección en contra de la SCJ rol C-93.182 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el que se ha solicitado, entre otras peticiones, que se ordene a la SCJ que se abstenga de definir los juegos de azar al margen de la ley, asimilándolos a premios en dinero.

8.- Se refieren luego los recurrentes a las normas que regulan el otorgamiento de patentes comerciales por parte de los municipios, contenidas en el Decreto Ley 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales y, con arreglo a su artículo 23 se puede concluir que por tratarse de un tributo es una materia de reserva legal y que la aplicación de dicha norma queda entregada a un reglamento, por lo que la CGR no puede regular o reglamentar dicha norma.

9.- Tratan las partes recurrentes, luego, de los derechos que entienden han sido vulnerados por la recurrida pero, de acuerdo con lo que se señalará en el motivo segundo, sólo se resumirá lo referido al consagrado en el N° 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Sobre este particular, dicha norma asegura el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan y el dictamen impugnado ha establecido requisitos para el ejercicio de una actividad económica de explotación de “máquinas de juego” que no están en la ley, procediendo por vías de hecho.

Pide se acoja el recurso de protección y se deje sin efecto el mencionado dictamen N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016, con costas.

SEGUNDO: Que, por resoluciones de dos de febrero de dos mil diecisiete, escritas a fojas 52 y 102, esta Corte decidió tramitar ambos recursos como amparos económicos, y dispuso su acumulación.

Informes CGR, SCJ y Asociación Chilena de Municipalidades.

TERCERO: Que ha informado la CGR el doce de abril del año recién pasado –el expediente, por razones desconocidas, no se siguió foliando de modo que no se puede señalar la ubicación de dicho informe– del siguiente modo:

1.- El asunto es ajeno a la naturaleza propia del recurso de amparo económico. La ley 18.971, al instituir un mecanismo de tutela jurisdiccional destinado a amparar a los particulares en su derecho a la libertad económica consagrado en el N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, previo que su tramitación se efectuara sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, de modo que, al ser de emergencia, sólo procede frente a derechos indubitados y no discutido, sin que pueda llegar a constituirse en una instancia de declaración de derechos, ya que para ello está la vía del juicio de lato conocimiento, que otorga a las partes en conflicto la posibilidad de discutir, formular alegaciones, rendir pruebas y deducir los recursos que sean del caso. En el caso *sub judice* los recurrentes han impugnado un pronunciamiento de la CGR en el cumplimiento de sus funciones que le son propias, advirtiéndose del tenor de los respectivos líbelos que lo pretendido por los actores va más allá de la defensa de una garantía constitucional determinada pues lo que se busca, en definitiva, es discutir las facultades de ese órgano contralor sobre la materia, específicamente acerca de la fijación del alcance, sentido e interpretación de la normativa que regula los juegos de azar, como asimismo, plantean una controversia sobre las atribuciones de la SCJ, todo lo cual no se condice con un recurso de la naturaleza del amparo económico.

2.- No se configura el presupuesto básico que hace procedente el recurso de amparo económico. Se requiere, afirma la CGR, una vulneración efectiva al N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, no una mera amenaza como sucede en el caso del recurso de protección y en la especie no se advierte de qué manera el dictamen N° 92.308 de 2016 pudo vulnerar el derecho de los recurrentes a desarrollar cualquier actividad económica en los términos garantizados en el citado numeral 21°, pues su parte sólo se ha pronunciado sobre las atribuciones y obligaciones de ciertos organismos públicos en relación con el procedimiento de otorgamiento de patentes de explotación de máquinas de juego, sin que haya perturbado ni menos prohibido a los interesados el ejercicio de una actividad económica.

3.- El dictamen N° 92.308 de 2016 no afecta la actividad económica de los recurrentes y el recurso de amparo económico sólo resulta procedente ante infracciones al inciso segundo del N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que garantiza que el estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

4.- La actividad consistente en la explotación de máquinas de juegos de azar es, por regla general, ¡legal. Se refiere a las normas legales en las que sustenta tal aserto y afirma que la explotación de máquinas de juegos de azar sólo puede ser ejercida en casinos de juego amparados por el correspondiente permiso de ope-

ración y, entonces, la explotación de máquinas de juego por personas o entidades distintas de los casinos de juego sólo puede realizarse en la medida que éstas no sean de azar sino de habilidad o destreza. En ese contexto, la exigencia de informe de la SCJ para obtener una patente municipal para los efectos de la explotación de máquinas de juego no constituye requisito adicional no un nuevo procedimiento para el otorgamiento de patente comercial. Agrega que con la emisión del dictamen impugnado no se ha trasgredido el artículo 35 de la ley 19.880 pues no se ha restringido la posibilidad que tienen los interesados de presentar otros informes o elementos probatorios que estimen pertinentes. Afirma que no hay error en cuanto a la referencia en el dictamen al “catálogo de juegos” pues evidentemente ello es sin perjuicio del “registro de homologación” que se encuentra obligada a llevar la SCJ. Finalmente refiere que no ha incumplido su deber de abstención.

5.- Finalmente, reitera que no se ha conculcado la garantía del N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y se pronuncia sobre los demás derechos que se dicen infringidos, lo que se omitirá por la razón señalada en el motivo segundo.

Pide se desestimen los recursos de amparo deducidos.

CUARTO: Que la misma CGR, ampliando su informe por orden de esta Corte, con fecha 1 de agosto de 2017, señala que dicha entidad no ha impartido instrucción alguna a la Asociación Chilena de Municipalidades y a la SCJ relativa a la aplicación del dictamen N° 92.308 de 2016 destinada a regular las máquinas de juegos electrónicos. En seguida, aclara el Oficio N° 0003089 de 3 de abril de 2007 de la II Contraloría Región Metropolitana de Santiago sobre denuncia y falta de respuesta de la Municipalidad de El Bosque, señalando que el cobro que por Ordenanza Municipal hacía dicho municipio a este tipo de actividades –máquinas de juego– era impropio pues la Municipalidad debía determinar previamente si la máquina era de azar o de habilidad y destreza y otorgarle una patente en este último caso, sin que pudiera cobrar por máquina instalada.

QUINTO: Que también por orden de esta Corte informó el 28 de septiembre de 2017 la SCJ en el siguiente sentido:

1.- A juicio de su parte, no corresponde autorizar el funcionamiento de máquinas de azar en locales sujetos al pago de patente municipal, toda vez que dicha actividad sólo puede ser ejercida legalmente en los casinos de juego autorizados por la ley 19.995, siendo responsabilidad de cada municipio verificar el cabal cumplimiento a la legislación sobre la materia y, por ello, solicitada una patente municipal para el funcionamiento de máquinas de juego, las entidades edilicias deben verificar si éstas constituyen un juego de azar o no, correspondiendo sólo en este último caso otorgar la autorización requerida.

2.- El dictamen N° 92.308 de 2016 de la CGR clarifica el procedimiento para que los municipios puedan determinar si una máquina de juego es o no de azar al momento de otorgar una patente. Concluye que se han presentado 41 solicitudes asociadas a máquinas electrónicas de cinco interesados en obtener patente municipal, de las cuales 35 han sido consideradas de azar y a 6 se le han formulado observaciones, agregando que no se ha calificado como máquina de destreza a ningún implemento de juego que se haya presentado tanto por interesados como por municipios.

SEXTO: Que el 9 de noviembre de 2017 informa la Asociación Chilena de Municipalidades, señalando, en lo que aquí interesa, que la CGR o la SCJ no han impartido instrucciones a la Asociación para la aplicación del dictamen N° 92.308 de 2016, excepto el Oficio N° 0289 de la SCJ, que remite la Circular N° 83 de 2017 que establece el procedimiento de otorgamiento de informes para la obtención de patente municipal de explotación de juegos de habilidad y destreza.

En cuanto al fondo.

SÉPTIMO: Que el llamado recurso de amparo económico fue establecido por el artículo único de la ley 18.971, en los siguientes términos: *“Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile”.*

“El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados”.

“La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo”.

“Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas”.

“Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado”.

A su vez, el N° 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República: *“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan”.*

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

OCTAVO: Que se ha dicho en otras ocasiones –y así lo ha planteado la CGR en su informe– que el recurso de amparo económico sólo es procedente por vulneración a la norma contenida en el inciso segundo del N° 21° del artículo 19 de la Constitución, esto es, aquella que permite al Estado desarrollar o participar en actividades empresariales únicamente si está autorizado por una ley de quórum calificado, de modo que si se alega una vulneración al inciso primero de la citada norma, como es el caso, la vía idónea es el recurso de protección que contempla el artículo 20 de la Ley Fundamental. Sin embargo, cabe señalar que, presentados como recursos de protección las acciones que ahora se conocen, ha sido la Sala Tramitadora de esta Corte la que los admitió pero como *“recursos de amparo económico”*, de modo que la Corte de Apelaciones ya ha emitido una decisión sobre el particular y ha estimado que el recurso de amparo económico es procedente respecto de la aludida garantía, sin distinción de si se trata del inciso primero o del inciso segundo, decisión que no es posible alterarla en esta sentencia.

NOVENO: Que, en definitiva, lo que se ha impugnado por esta vía es el dictamen N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016, emanado de la CGR, que responde a un pronunciamiento de la SCJ respecto a las acciones que deben desarrollar las municipalidades en los procedimientos para el otorgamiento de patentes comerciales vinculadas con la explotación de máquinas electrónicas de juego, con el objeto de determinar si estas últimas son o no de azar y que concluyó que: a) *“si se está ante un juego de azar los municipios deben considerar necesariamente el catálogo de juegos antes aludido y que con arreglo al artículo 4° de la ley N° 19.995 aprobó la SCJ mediante resolución exenta N° 157 de 2006”*; y b) *“en el evento que la máquina de juego que se pretende explotar no se encuentre contemplada en el catálogo de juegos de azar, el municipio deberá solicitar al interesado que acompañe un informe de la SCJ en el que conste que esa máquina no es susceptible de ser registrada en el catálogo, justamente por no tener la naturaleza de juego de azar, caso en el cual la entidad edilicia podrá acceder a la autorización requerida”*.

DÉCIMO: Que la Constitución Política de la República trata en su Capítulo X de la CGR señalando el inciso primero del artículo 98 lo siguiente: *“Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”*. Por su parte, es la ley 10.336 la que fija la organización y atribuciones de dicho organismo autónomo. Es la CGR, entonces, un órgano del Estado y, por tanto, se sujeta a lo que señala el artículo 7° de la Carta Fundamental en cuanto a que no puede apartarse de sus facultades establecidas por ley.

UNDÉCIMO: Que ciertamente entre las facultades de la CGR no está la de, a propósito de su labor dictaminadora –de acuerdo al inciso primero del artículo 6° y al inciso segundo del artículo 5°, ambas disposiciones de la ley 10.336, en relación con su artículo 9°– crear procedimientos administrativos, otorgándole a la SCJ una facultad fiscalizadora que la ley 19.995 no contempla, regulando una materia que es de resorte legal –los juegos de azar– y disponer un trámite inexistente en la ley para obtener una determinada patente municipal. No es la CGR un Poder del Estado y ciertamente no tiene facultades legislativas ni tampoco potestad para reglamentar una determinada materia, aun entendiendo que podría existir un “vacío legal o reglamentario” pues, de ser ello cierto, no es el Contralor el llamado a salvar la pretendida laguna.

DUODÉCIMO: Que, en efecto, todo lo relativo al funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general es una materia de ley, de acuerdo con el artículo 63 N° 19° de la Constitución Política de la República y en la especie la CGR reguló, por la vía de un dictamen, el procedimiento de obtención de patente municipal de la explotación de máquinas que se dicen de habilidad o destreza para evitar que se otorguen patentes para el uso comercial de máquinas de azar. Es cierto, y nadie lo pone en duda, que el juego y la apuesta, los juegos de azar en general, adolecen de objeto ilícito y sólo pueden llevarse a cabo mediante una ley que los autorice expresamente, como sucede con hipódromos, loterías y, en lo que aquí interesa, con los casinos de juego, regulados en la ley 19.995, que mantienen en

sus establecimientos máquinas de juegos de azar. Se trata en el caso *subjudice* de personas que dicen explotar máquinas de juegos de habilidad o destreza –actividad que no tiene prohibición alguna– y solicitan al municipio respectivo una patente para ello, sin que la ley o un reglamento regule tal situación, produciéndose dudas acerca de si la máquina en cuestión es de azar o de habilidad y destreza, lo que ha sido fuente de una variada jurisprudencia tanto judicial como administrativa al respecto, pues claramente una máquina de juego de azar sólo puede ser explotada en un casino de juego, de acuerdo a la ley 19.995. Pero lo que se cuestiona acá es que la CGR se ha erigido en creador de un procedimiento que sólo ha podido ser establecido por la ley, pues no está dicha creación dentro de sus facultades. Tiene la CGR lo que algunos han denominado la “*potestad dictaminante*” que se agota en la interpretación de las normas, mas no puede dicho órgano contralor, a propósito de una pretendida falta de regulación –en realidad, de no estar regulado el tema como la CGR quiere que lo esté– imponer exigencias o requisitos que la ley no prevé para la obtención de una patente comercial.

DECIMOTERCERO: Que debe agregarse que, tratándose de patentes comerciales, es el Decreto Ley 3.063 el que regula esta materia, y su Reglamento para la aplicación de sus artículos 23 y siguientes (D.S. 484 del Ministerio del Interior de 1980), sin que se contenga norma especial alguna relativa a patentes comerciales de explotación de máquinas que se dicen de habilidad o destreza. Con la actuación de la CGR, se ha innovado en una materia que también es materia de ley, como lo es la relativa a tributos.

DECIMOCUARTO: Que, como se adelantó, tampoco tiene la CGR facultades de crear procedimientos administrativos, pues ello es materia de ley, de acuerdo al N° 18° del artículo 63 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 2° de la ley 18.575, de modo que el procedimiento para la obtención de una patente municipal no es otro que el contemplado en el D.L. 3.063 y en su citado Reglamento, señalando el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales, en su inciso primero, que “*El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquiera otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley*”.

DECIMOQUINTO: Que dicho lo anterior, ¿puede el señor Contralor, en uso de sus facultades, erigirse en creador de procedimientos no establecidos en la ley y exigir a los municipios que, ante la solicitud de patente para explotar una máquina que se dice de habilidad y destreza, que a su vez exijan a los solicitantes un informe de la SCJ en el que conste que la máquina “no es susceptible de ser registrada en el catálogo, precisamente por no tener la naturaleza de juego de azar”? La respuesta es categórica: no puede, se excede de sus facultades, según se ha visto. Y, por lo demás, con tal dictamen se le otorga a la SCJ una potestad que ni la ley ni norma reglamentaria alguna le ha dado: como todo ente público, la SCJ está sujeta a lo que dispone el citado artículo 7° de la Constitución Política de la República: “*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley*”, no en la forma que lo prescriba la CGR, de suerte que la SCJ no tiene ni puede tener las facultades que voluntariamente le ha otorgado el órgano contralor.

DECIMOSEXTO: Que, entonces, en el procedimiento de obtención de patente para la explotación de máquinas que se dicen de habilidad y destreza, los municipios se rigen por el D.L. 3.063 y su aludido Reglamento para la aplicación de sus artículos 23 y siguientes, en relación con la libertad probatoria establecida en el inciso primero del artículo 35 de la ley 19.880 y, ciertamente, deben abstenerse de otorgar tal patente si la máquina es una de juego de azar, pero no puede la CGR exceder sus facultades y crear un procedimiento que no está en la ley ni otorgar a la SCJ facultades que no tiene. Es cierto que existe confusión en la actualidad acerca del procedimiento a seguir y que distintos municipios tienen también distintas formas de proceder, pero es el legislador el que debe remediar tal situación, no el CGR, que no tiene otras facultades que aquellas que la Constitución Política de la República y la ley 10.336 le otorgan.

DECIMOSÉPTIMO: Que como se dijo, mediante la interposición del recurso de amparo económico se denuncia una infracción al artículo 19 N° 21° de la Constitución Política de la República, que en su inciso primero establece la libertad de desarrollar una actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan. La CGR, con su actuar, que ya se dijo ilegal, ha entabado los emprendimientos relativos a máquinas de juegos que se dicen de habilidad y destreza, estableciendo un requisito no contemplado en la ley como única forma de probar que no se trata de una máquina de juego de azar, materia que, se insiste, debe ser regulada por la ley. Claramente, si se explota una máquina que se dice de habilidad o destreza, tal actividad es lícita, y deberá cerciorarse la Municipalidad respectiva que no se trata de una máquina de juego de azar, mas no puede la CGR, sin conculcar respecto de los recurrentes su derecho contemplado en el inciso primero del citado N° 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental, yendo contra toda su jurisprudencia anterior y sin mayores fundamentos, establecer un procedimiento y darle a la SCJ facultades que ninguna ley le ha dado.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo único de la ley 18.971, *se acogen* los recursos de amparo económicos deducido el primero a fojas 7 por Sebastián Salazar Bastidas, Jaime Curihual Huircán, Inversiones y Comercio Handel S.A. y Comercializadora e Importadora Matucana Limitada y, el segundo, a fojas 53 por la Asociación Gremial de Operadores, Fabricantes e Importadores de Entretenimientos Electrónicos A.G. e Importadora y Comercializadora Calabaza Entertainment Limitada y, en consecuencia, *se deja sin efecto* el dictamen de la Contraloría General de la República N° 92.308 de 23 de diciembre de 2016, sin costas.

Redacción del Ministro señor Mera.
Regístrese y consúltese si no se apelare.
N° 169-2017.

Pronunciada por la Segunda Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministra señora Jenny Book Reyes y por el Abogado Integrante señor Jorge Norambuena Hernández.

LA CORTE SUPREMA:

Santiago, treinta de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción de sus fundamentos séptimo a décimo séptimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

DÉCIMO QUINTO: Que, otra causal de ilegalidad atribuida por los recurrentes al dictamen N° 92.308 consiste en haberse invadido, a través de él, asuntos o materias que por mandato constitucional sólo pueden ser reguladas a través de ley, al modificar el régimen regulatorio sobre apuestas y tributos, entregar nuevos asuntos a la competencia a la Superintendencia de Casinos de Juego y crear un procedimiento administrativo no establecido en norma legal alguna.

Por otro lado, si bien la Superintendencia de Casinos de Juego no es un organismo expresamente llamado a intervenir en el procedimiento de concesión de patentes municipales, no estando en controversia su idoneidad técnica para discernir entre aquellas máquinas que contienen juegos de azar y aquellas que desarrollan juegos de habilidad o destreza, debe entenderse que es el principio de coordinación de los órganos administrativos, estatuido en el artículo 37 bis de la Ley N° 19.880, el que faculta su intervención precisamente de la forma dispuesta en el dictamen N° 92.308, en la medida que aquel precepto dispone que “cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación”.

DÉCIMO NOVENO: Que, así, habiéndose excluido la concurrencia de cada una de las causas o motivos de ilegalidad o arbitrariedad esgrimidas por los actores, es que ambos recursos de protección acumulados deberán ser rechazados.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se *revoca* la sentencia apelada, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el veinticinco de julio de dos mil dieciocho, y en su lugar se declara que se *rechazan*, sin costas, los recursos de protección –figurativamente mudados en amparo económico– interpuestos por la Asociación Gremial de Operadores, Fabricantes e Importadores de Entretenimientos Electrónicos A.G. (FIDEN A.G.), Importadora y Comercializadora Calabaza Entertainment Limitada, Sebastián Salazar Bastidas, Jaime Curihual Huircán, Inversiones y Comercio Handel S.A. y Comercializadora e Importadora Matucana Limitada, en contra de Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la República.

Regístrese y devuélvase.
Redacción a cargo del Ministro Sr. Aránguiz.
Rol N° 19.054-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. Santiago, 30 de octubre de 2018.

COMENTARIO

Hablar de “jurisprudencia” judicial y suprema en el tema de la acción de amparo económico (Ley 18.971/10.3.1991) es, ciertamente, un *divertimento* jurídico bastante entretenido por las volteretas y cambios de criterio que constantes han “florecido” ya desde más de 20 años; a ello nos referíamos brevemente y de paso, en *De veleidades supremas* (*Gaceta Jurídica* 436/2016, 7-14) en que comentábamos los cambios de criterio en materia de sentencias sobre libertades condicionales.

En *Castillo Sánchez y otros* se nos muestra una acción de protección que la Corte de Apelaciones de Santiago entiende que se trata más bien de una acción de amparo económico y así ordena caraturarlo y tramitarlo. Se dirige en contra del Contralor General de la República y su Dictamen N° 92.308, de 23.12.2016, en cuya virtud se exige a las sociedades importadoras y comercializadoras de máquinas de juegos electrónicos que deseen explotarlas acompañar a la solicitud de patente comercial municipal un informe de la Superintendencia de Casinos de Juego que declare que esas máquinas no son de azar, puesto que si lo fueren las Municipalidades no podrán otorgar esas patentes, ya que lo prohíbe la ley de casinos (N° 19.995, especialmente sus artículos 3°, 36 y 45).

El asunto aparece clarísimo: es un hecho irrefragable que *no existe disposición legal alguna en el ordenamiento jurídico chileno* que disponga que la autoridad municipal deba contar con un informe previo de la Superintendencia referida que declare que tal o cual máquina de entretenimiento electrónico sea de azar o no (o de destreza, v. gr.) para otorgar o denegar una patente comercial a quien la solicite para instalarla en un local dentro de la comuna respectiva para uso del público.

Es la sujeción integral a Derecho que consagra, ya desde 1833, y que llamado el “principio de juridicidad”, que es la base del Derecho Público chileno y que de modo tan preciso lo establece el artículo 6° mencionado cuando de modo perentorio e insoslayable dispone que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella...” (inciso 1°).

El fallo de primera instancia es muy claro al respecto y toma el tema (considerando Undécimo) sobre la base de advertir que la Ley 10.336, orgánica constitucional de la CGR no otorga a este ente de control en su función dictaminante la de “crear procedimientos administrativos otorgándole a la Superintendencia de Casinos de Juegos una facultad fiscalizadora que la Ley 19.995 no contempla, regulando una materia que es directamente legal –los juegos de azar– y disponer un trámite inexistente en la ley para obtener una determinada patente municipal”, agregándose que la CGR carece de “facultades legislativas ni tampoco potestad para reglamentar una determinada materia”.

Reitera la idea su considerando Decimotercero cuando señala que el otorgamiento de patentes comerciales y su regulación legal (DL N° 3.063/29.12.1979, especialmente su artículo 23) tampoco prevé tal trámite; y recuerda que la creación de procedimientos administrativos es materia de ley (artículos 7° inciso 1° parte final y 60/63 N° 18 de la Constitución).

Además de advertir el Tribunal que la CGR *carece de atribuciones jurídicas para crear trámites en procedimientos administrativos* (materia que es de exclusiva reserva legal), carece de atribuciones jurídicas para “otorgar competencia” a un organismo público como es la Superintendencia mencionada, desde que pretende por dicho Dictamen imponerle la obligación de pronunciarse sobre una situación confiriéndole la potestad correspondiente, *lo que es de una patente inconstitucionalidad* (artículos 6°, 7° incisos 1° y 2° y 61/65 inciso 4° N°2) ya que ello no solo es de competencia exclusiva del legislador sino que la iniciativa para legislar en la materia es exclusiva del Presidente de la República.

Resulta bastante contundente la sentencia comentada que *acoge el amparo económico deducido* puesto que con el Dictamen impugnado *se ha vulnerado el derecho a la libre iniciativa privada en materia económica de los denunciantes* (artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución) al exceder el Contralor General de la República sus atribuciones legales y afectar dicho derecho fundamental como *al imponerles* como requisito para ejercer este derecho *un trámite* –esto es un acto administrativo procedimental– *que no tiene asidero alguna en la ley* y que el órgano denunciado simplemente *ha creado careciendo de toda potestad jurídica para ello*. En tal virtud deja sin efecto el Dictamen 92.308/2016 impugnado.

Apelado el fallo por la denunciada, la Corte Suprema en 19 considerandos lo revoca y desecha la pretensión de los afectados.

Si se lee con la debida atención, como corresponde tratándose de un fallo supremo, aparece, según mi opinión, un prodigio de retórica para llegar a una solución que yo diría es “sorprendente”, a la manera de un prestidigitador... Me explico.

Luego de siete primeros considerandos la tercera sala hace presente que el tribunal *a quo* carece de competencia para “mutar, modificar o variar oficiosamente la naturaleza de la acción libremente elegida por los justiciables (considerando 7°) por lo cual conocerá de la apelación en tanto recurso de protección (tal como lo habían impetrado los recurrentes).

Escabullando el tema de fondo –cual era de estar la Contraloría General de la República “creando” trámites en un procedimiento administrativo, siendo que ello es de exclusiva *reserva legal*, o sea, de *competencia del legislador y obligando a los afectados* a acompañar un informe de la Superintendencia de Casinos de Juegos al solicitar una patente comercial municipal, lo que es igualmente de *reserva legal*, la Corte Suprema “descubre” que existe un “principio de coordinación” en la Administración del Estado, pero se apoya y cita el artículo 37 bis de la Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, olvidando que 17 años antes ya la Ley 18.575, de 5.12.1986 (orgánica constitucional de bases de la Organización de la Administración del Estado) estableció tal principio en su artículo 5° inciso 2° y que la Ley 19.653, de 14.12.1999 lo introdujo en su artículo 3° inciso 2°.

Ahora bien, resulta sorprendente que la Corte Suprema se asile en este artículo 37 bis cuando esta disposición (introducida por el artículo 4° de la Ley 21.000,

de 23.2.2017) se refiere, como lo dice textualmente su inicio mismo, a la obligación de todo órgano de la Administración que va a dictar *un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en la competencia de otros organismos*. Es decir, esta norma se refiere a la situación en que un órgano de la Administración va a dictar “un acto administrativo de carácter general”. Pero es más que obvio para quien sepa los rudimentos de acto administrativo que *el otorgamiento por la autoridad municipal de una patente comercial es un acto administrativo de efectos típicamente individuales* y por ello no calza, no cabe, no encaja, ni por asomo, en la categoría de actos administrativos de efectos generales y, en consecuencia, *es enteramente improcedente hacer aplicable la disposición referida* (*). Un acto administrativo “de efectos generales” es en Chile, por ejemplo, un “reglamento”, una “circular” (como las que puede emitir el Servicio de Impuestos Internos dirigida a los contribuyentes), una “instrucción general” (como la que emite un jefe de servicio para sus funcionarios), pero jamás un acto dirigido a un destinatario determinado, individualizado, a quien se le otorga un beneficio o se le impone un gravamen o una sanción y solo a él (o varios, pero debidamente individualizados), como una “patente comercial”.

De modo curioso, su considerando 17° señala que las Municipalidades “se encuentran habilitadas” para solicitar informes a otras autoridades, lo que es una atribución que tiene todo órgano de la Administración en la medida que sea “necesario” para la mejor emisión de un acto terminal (y no mera dilación para no decidir o artimaña de corrupción...), pero muy pero muy distinto es que esté “obligada” a hacerlo, lo que solo puede serle impuesto por la ley, pues ello es materia de “reserva legal”, y nunca –válidamente– por un acto contralor.

Y el Dictamen impugnado, precisamente, está imponiendo a las Municipalidades que deben pronunciarse sobre la solicitudes de patente comercial, el contar con un informe de la Superintendencia de Casinos de Juegos (y esta, a su vez, está obligada a emitirlo, según el Dictamen y según este fallo supremo), en circunstancias que ley alguna ha determinado tales actuaciones y se trata de una materia de competencia exclusiva del legislador...; es más, por simple Dictamen contralor y fallo judicial, *se estaría impidiendo* a las Municipalidades el ejercer sus atribuciones que la ley les ha conferido, pues incluso el informe de dicha Superintendencia en la medida que determine que esas máquinas de juego de entretenimiento electrónico son máquinas de azar, les obligaría a rechazar la petición de dichas patentes lo que ley alguna les ha impuesto a las Municipalidades.

Al concluir no podemos menos que señalar que sorprende que se revoque el fallo apelado y se rechace la pretensión proteccional deducida, *fundada la revocación en una disposición que de su sola lectura es inaplicable* (artículo 37 bis Ley 19.880), ya que esta norma se refiere expresamente a la emisión de un “acto administrativo de carácter general”, siendo que *el otorgamiento de una patente municipal se concreta en un acto administrativo de carácter individual, particular, singular*, es decir, dirigido a un sujeto determinado, a un destinatario debidamente individualizado, en quien se radican sus efectos jurídicos.

Y más sorprende que no se advierta que un acto administrativo como es un Dictamen contralor, jamás en Chile y de acuerdo con la Constitución, puede “crear” trámites de un procedimiento administrativo, que por propia disposición constitucional son de competencia del legislador (artículos 7° incisos 1° y 2° y

60/63 N° 18), “otorgar” atribuciones a organismos de la Administración del Estado e “imponerles” obligaciones jurídicas que deben cumplir como requisito previo para emitir actos administrativos, lo que igualmente es de *exclusiva reserva legal* (artículo 62/65 inciso 4° N° 2).

Un fallo supremo lamentable, tanto en la interpretación de disposiciones legales como en las atribuciones jurídicas de organismos de la Administración del Estado y en el desconocimiento de lo que es en Chile un acto administrativo de efectos generales y su diferencia con aquellos de efectos individuales.

Sigo sosteniendo, luego de 25 años, aquello del derecho público tan desconocido en Chile.*

EDUARDO SOTO KLOSS

*Para indicar solo tres textos más o menos recientes acerca de lo que es un acto administrativo de efectos individuales y otro de efectos generales, *vid.*, *v.gr.* L. Cordero Vega, *Lecciones de derecho administrativo* (2a. ed.) Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2015, 252 *supra*; J. Bermúdez S., *Derecho administrativo general* (3a. ed.). Santiago de Chile. 2014, 145-146 (que es precisamente el recurrido en la acción deducida en el caso que comentamos, y de cuya explicación aparece clarísimo que el otorgar una patente comercial por una Municipalidad es un acto de efectos individuales y jamás de efectos generales); por último, J. M. Valdivia O., *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch. Santiago de Chile. 2018, 211; todos los autores son de opiniones concordantes. Hemos tratado el punto al estudiar la publicidad de los actos administrativos, *vid.*, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 402-425.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

3.1.2019

Defensora de la niñez con Canal 13 S.A.
(protección - rechazada)

Santiago, tres de enero de dos mil diecinueve.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que comparece doña Patricia Muñoz García, abogado, “Defensora de la Niñez”, quien interpone recurso de protección en favor de “la comunidad estudiantil” del Liceo N° 1 Javiera Carrera, y en contra de Canal 13 S.A., representada legalmente por los señores Jorge Salvatierra y Javier Urrutia, por el hecho que considera ilegal y arbitrario consistente la emisión por parte de la recurrida de un material audiovisual en formato de reportaje titulado “¿Adoctrinamiento en el Liceo 1?”, mediante el cual se vinculó ilegal y arbitrariamente a niñas y adolescentes, estudiantes del Liceo N° 1, con el Frente Patriótico Manuel Rodríguez, con la intención de relacionarlas con actos de violencia utilizando, antojadiza y reiteradamente, imágenes de una obra de teatro que se realizó con autorización de la Dirección del establecimiento, e imágenes de un grupo de hombres vestidos con pañuelos rojos.

En razón de ello estima vulnerada el derecho a la honra de las estudiantes, garantía constitucional consagrada en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Alega que en ningún momento se corroboró, por parte del Canal 13, con representantes del Liceo N° 1 la información entregada a los televidentes en dicho reportaje, y añade que todo el trabajo realizado por el Liceo como comunidad escolar, particularmente el Centro de Alumnas, siempre ha tenido carácter “transversal” y apolítico.

Finalmente, previas citas legales y constitucionales, solicita se acoja el recurso de protección interpuesto y que, en definitiva, se ordene a la parte recurrida la eliminación del material audiovisual de sus plataformas, y todas las medidas, incluidas las disculpas públicas, que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho.

SEGUNDO: Que, evacuando el informe solicitado, comparece don Jorge Pablo Gómez Edwards, en representación de la recurrida Canal 13 S.A., quien reconoce la emisión del reportaje señalado por la recurrente, y refiere que éste se realizó con la finalidad de indagar las denuncias de varios apoderados y alumnas del precitado establecimiento educacional, quienes han manifestado la existencia de apoderados del mismo Liceo 1, que en el pasado pertenecieron al denominado “Frente Patriótico Manuel Rodríguez”, que actualmente estarían influenciando y adoctrinando a alumnas de dicho liceo, promoviendo y alentando a algunas alumnas para generar disturbios, protestas, violencia, e incluso “tomas ilegales” por la fuerza, del propio establecimiento. Añade que el reportaje proporciona material

gráfico que aparece en diferentes redes sociales abiertas al público, y que en la emisión del material no se indicó nombres de alumnas ni de apoderados ligados a las labores de adoctrinamiento que se denuncian.

Señala que no existe acto arbitrario o ilegal alguno, ya que Canal 13 ejerce lícitamente su derecho a la libertad de informar sin censura previa, de cualquier forma y por cualquier medio, consagrado en el artículo 19 N° 12° de la Constitución Política de la República. Además –continúa– el recurso de protección no es la vía idónea para reclamar respecto de información que se considera errónea u ofensiva, debiendo ejercerse por el afectado el derecho de aclaración y de rectificación, pública y gratuita, contemplado en el Título V de la ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

Niega que la emisión del reportaje haya afectado la vida privada o la honra de las alumnas, debido a que se trata de información de hechos veraces y relevantes en el ámbito de la esfera pública. Además, agrega que no existe una relación de causalidad entre la emisión del programa en televisión y la supuesta afectación al honor del recurrente y que, en caso de existir algún tipo de afectación, ésta sólo puede deberse a los actos delictuales y de transgresión al ordenamiento jurídico de un grupo de alumnas que se “toman” por más de 5 meses su liceo, y que se ven mezcladas con grupos políticos subversivos del pasado, pues Canal 13 sólo se limitó a exponer los hechos que preocupan a la autoridad y a la sociedad.

Finalmente, señala que no existe legitimación activa por parte de la recurrente, quien se individualiza como “Defensora de la Niñez”, doña Patricia Muñoz García, y lo hace en favor de “las niñas y adolescentes mujeres del Liceo N° 1 Javiera Carrera”, sin indicar personas concretas y determinadas afectadas por la supuesta vulneración de garantías constitucionales que se alega.

Previas citas legales y constitucionales, solicita se rechace en todas sus partes el recurso de protección interpuesto en su contra, con condena en costas.

TERCERO: Que el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

CUARTO: Que, en primer término, la empresa recurrida, así como cualquiera otra periodística que se encuentre en la misma situación que la recurrida, no ha hecho otra cosa más que informar de determinados hechos, derecho este, el de informar, garantizado en la Constitución Política de la República en el inciso primero del N° 12° de su artículo 19: *“La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”*. Y si bien es cierto que tal derecho no es absoluto y que siempre se debe responder de los “delitos y abusos” a que hace referencia la

norma citada, ello debe hacerse en el proceso de lato conocimiento respectivo. Luego, ciertamente lleva razón la recurrida cuando señala que lo que cuestiona la recurrente debe ser resuelto en el marco de la ley 19.733.

QUINTO: Que, en efecto, el derecho a publicar noticias sin censura previa está garantizado en la Carta Fundamental –como se ha visto– y el que esa noticia se mantenga en internet es parte de esa garantía, máxime cuando la emisión del programa en comento y su mantención en internet está referida a “hechos de interés público” del recurrente de acuerdo a la Ley de Prensa. Dice el artículo 30 de la ley que *“Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes: a) Los referentes al desempeño de funciones públicas; b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso; d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social; e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos”*, siendo aplicables en la especie al menos las hipótesis de las letras b), c), e) y f).

SEXTO: Que el recurso, que pretende proteger la honra de alumnas indeterminadas del Liceo N° 1 de Santiago “Javier Carrera”, entonces, llama a esta Corte a que se impida la libertad de expresión, la libertad de prensa, a censurar a los medios de prensa, lo que parece un despropósito: todo el conflicto que plantea la parte recurrente –que dice actuar por la “comunidad estudiantil del Liceo N° 1 Javier Carrera”– debe ser conocido de acuerdo al procedimiento que la ley 19.733 contempla en su Título V, y no es el arbitrio del artículo 20 de la Constitución Política de la República la vía idónea para reclamar de la emisión de un programa de televisión al amparo del N° 12° del artículo 19 del mismo texto, suponiendo, claro está, que la “Defensora de la Niñez” tenga legitimación para actuar por dicha “comunidad estudiantil”.

SÉPTIMO: Que es importante señalar lo que la parte recurrente ha pedido: que esta Corte “le ordene (a Canal 13) a la parte recurrida la eliminación del material audiovisual por no corresponderse con la realidad, y ordene todas las medidas pertinentes frente a la gravedad de los hechos, incluidas las disculpas públicas que procedan, a fin de establecer el imperio del derecho, o bien la medida de protección de las garantías fundamentales que S.S.I estime prudente para asegurar el respeto de estas”. O sea, parte de la base que esta Corte sabe o debiera saber que el programa emitido por Canal 13 “no corresponde con la realidad”, lo que ciertamente no es así, no puede este tribunal, ni ningún otro, dar por verdadero o por falsa, *a priori*, una determinada noticia o reportaje: tal manera de actuar sería un “prejuicio”, que no le está permitido a la judicatura, la que debe “juzgar” y no “prejuizar”. La medida de “disculpas públicas” pedida por la parte recurrente también parte de la base que el reportaje es falso, lo que no ha sido demostrado en el proceso.

OCTAVO: Que, de otro lado, como tantas veces se ha dicho, el llamado recurso de protección no otorga “acción popular” y quien comparece en nombre de otro o por los intereses de otro debe hacerlo teniendo alguna legitimación para ello. La “Defensora de la Niñez” dice tenerla por lo que contempla la ley 21.067 y ello no es así. No ha comparecido la señora Muñoz García por ninguna alumna en particular, ni tampoco por el Centro de Alumnas ni mucho menos por el Liceo N° 1 Javiera Carrera; lo hace, como señala textualmente en su recurso, por la “vulneración a la honra y dignidad de *todas las estudiantes, niñas y adolescentes, que forman parte de la comunidad estudiantil del Liceo Javiera Carrera...*”, y resulta que la ley que cita, la 21.067, no le da esa facultad, no le permite accionar de protección por lo que ella denomina una “comunidad estudiantil”, máxime cuando la Dirección del establecimiento no ha recurrido en autos y de hecho, tal autoridad, la Directora, ha recurrido en contra de determinadas personas que propiciarían la violencia en el Liceo, como se señalará. Luego, la “Defensora de la Niñez” no representa los intereses de ninguna alumna en particular ni tampoco de un colectivo que, como se dirá, se ha visto sujeto a actos de violencia durante todo el año 2018, sin que ello haya importado la actuación de la mencionada Defensora en favor de las alumnas que han sufrido dicha violencia.

NOVENO: Que, sin perjuicio de lo anterior, se ha dicho por la recurrente –la “Defensora de la Niñez”– que la recurrida emitió un reportaje tendencioso pues está basado en una “obra de teatro”, que dramatizaría la pertenencia al grupo terrorista Frente Patriótico Manuel Rodríguez, y se había intentado hacer ver, tendenciosamente, que se trataba de hechos reales. Sin perjuicio que ello precisamente debe ser conocido en la forma y ante quien corresponda de acuerdo con la ley 19.733, lo cierto es que ninguna noticia hay en autos de la existencia de tal “obra de teatro”, no se ha entregado ni su título ni el libreto ni los diálogos de cada uno de los personajes que participarían de ella y tampoco se ha allegado al proceso la autorización que dice haberse obtenido de la Directora para su realización. Se observa del reportaje, en cambio, que no se indica nombre alguno ni se muestra el rostro de las jóvenes que participan en reuniones con adultos con la pañoleta roja y banderas del aludido FPMR; se hace ver en el mismo reportaje que 267 alumnas se han retirado del Liceo entre marzo y septiembre de 2018; se hace una entrevista al Ministro del Interior, quien da cuenta de la existencia de grupos violentistas en los Liceos, entre ellos el N° 1 “Javiera Carrera”; se muestra a niñas, con sus rostros difuminados, encapuchadas, esgrimiendo palos o garrotes en medio de una “toma”. Se informa asimismo por Cabal 13 que, si bien no se señaló nombre alguno en el reportaje, entrega a esta Corte los de apoderados que figuran junto a las niñas del Liceo N° 1: Owana Madera Mac-Killroy y Marco Ilich Riquelme García, quienes en 2015 formaron el Partido Frente Popular, integrado por miembros del Movimiento Patriótico Manuel Rodríguez, que a su vez se escindió del grupo terrorista Frente Patriótico Manuel Rodríguez. También se informa que en el reportaje no aparecieron los mensajes que acompañaban las imágenes en las redes sociales que ahora entrega a la Corte: “Pa las frentistas abrazo, pa Jaime Guzmán balazo” y “Tiembra Pin8, las fusileras, FPMR#chupalo”. Finalmente, se consigna que bajo el rol 61.626-2018, se presentó un recurso de protección ante este tribunal en contra de Owana Madera MC-Killroy –al menos en uno que se

acumuló al rol citado—, en su calidad de vocera del movimiento “Javierinas Dignas” y del Alcalde de Santiago don Felipe Alessandri, por agrupaciones de profesores, asistentes y apoderados del Liceo N° 1, por su Directora y por varios profesores de diversas áreas, señalando que la recurrida señora Madera ha propiciado violentas tomas en el Liceo, lo que ha implicado el éxodo de muchas alumnas del establecimiento.

DÉCIMO: Que todo lo anterior da cuenta que, en todo caso, se trata de un reportaje serio, informado, en que no se dieron ni nombres ni se mostraron rostros y que exhibe hechos conocidos incluso en esta Corte por la vía de la protección señalada. Luego, la recurrida ha obrado en el ejercicio de un derecho protegido constitucionalmente en el artículo 19 N° 12° de la Carta Fundamental y, todavía, sobre la base de una investigación seria que no hace sino informar sobre un problema que efectivamente existe, que ha significado violencia en el Liceo N° 1 Javiera Carrera y que entre marzo y septiembre de 2018 ha llevado a la migración de 267 alumnas a otros establecimientos.

UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, el recurso será desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se rechaza la acción constitucional intentada en estos autos, con costas.

Se previene que el abogado integrante señor Norambuena concurre a la decisión, pero sin compartir lo señalado en los motivos octavo, noveno y décimo.

Se previene que el Ministro señor Mera concurre a la decisión, pero teniendo, además, presente:

1.- Que ahondando en la falta de legitimación activa de la “Defensora de la Niñez” para accionar en autos, llama poderosamente la atención que la Dirección del establecimiento no haya recurrido en contra de Canal 13, lo que es indiciario de un hecho claro: quien sí representa a la “comunidad estudiantil” de dicho Liceo, su Directora, no se siente agraviada con lo que el medio de prensa publicó por televisión. De hecho, la Directora hizo precisamente lo contrario de la “Defensora de la Niñez”: recurrió en autos rol 61.626 en contra del Alcalde de Santiago por no tomar medidas más drásticas para evitar la violencia en el Liceo, recurso al que se acumularon otros, uno de ellos de un grupo de apoderados precisamente en contra de la señora Owana Madera Mac-Killroy por propiciar junto a otros apoderados y a alumnas, violentas tomas en el Liceo en el año 2018. La señora Directora, de haber recurrido en estos autos, podría haber entregado datos más precisos acerca de la “obra de teatro” a que se refiere la “Defensora de la Niñez”, obra de la que, como se dijo, no se sabe ni su nombre, ni su argumento, ni su libreto, ni sus diálogos, ni nada.

2.- Que también llama poderosamente la atención del Ministro que previene que la “Defensora de la Niñez”, que tiene por principal objetivo, difundir, promover y proteger los derechos de los niños de acuerdo con lo que establece la ley, no haya propiciado también el recurso de protección rol 61.626-2018, que tuvo por objeto precisamente impedir la violencia en el Liceo N° 1 Javiera Carrera y restablecer el orden para que las alumnas puedan efectivamente estudiar e impedir así el éxodo masivo de las adolescentes a otros establecimientos. Ha preferido iniciar esta acción, sin legitimación para ello y sin la concurrencia de ninguna autoridad del Liceo, en solitario, por la “comunidad estudiantil” —sin que se sepa

claramente lo que significa este concepto— en contra de un medio de prensa que no ha hecho otra cosa más que informar seriamente una determinada situación que vulnera sostenidamente el derecho de las niñas del Liceo aludido a recibir una educación sin turbaciones violentas; niñas que, de acuerdo a los antecedentes del mencionado recurso de protección, reciben adoctrinamiento político y, todavía, uno que propugna la violencia política.

Redacción del Ministro señor Mera. Regístrese.

Nº 78.574-2018.

No firma el Ministro señor Mera, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse haciendo uso de permiso del artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

Pronunciada por la Segunda Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministra señora Jenny Book Reyes y por el Abogado Integrante señor Jorge Norambuena Hernández*.

*DEFENSORA DE SÍ MISMA

Todo indica que Patricia Muñoz, defensora de la Niñez, está en el lugar equivocado. Es difícil llegar a otra conclusión al revisar sus declaraciones de las últimas semanas. Primero, afirmó que los no nacidos no son niños, declarándose partidaria de una singular concepción de los derechos reproductivos de la mujer. Al ser consultada por los derechos del feto, aseveró que solo después de las 14 semanas de gestación hay “un asidero científico (sic) que tiene que ser atendido” (no protegido). Antes de ese plazo, no habría nada que merezca ni siquiera atención jurídica, pese a que la ley afirma lo contrario. Naturalmente, dan ganas de preguntarle a Patricia Muñoz si cree que en algún momento dejamos de ser tales asideros para convertirnos en personas, pero intuyo que su respuesta enredaría aún más las cosas. Ahora bien, no conforme con aquello, la defensora volvió a arremeter en medio de la discusión de la ley de género, apoyando la inclusión de menores de edad sin ofrecer ninguna justificación sustantiva, más allá de la mera invocación de derechos individuales (“tengo derecho a ejercer mis derechos”).

La actitud de Muñoz es problemática por varios motivos. Por un lado, ha decidido instrumentalizar indebidamente la institución que dirige en función de sus propias agendas. Desde luego, sus ideas son legítimas; y, de hecho, el mundo está lleno de lugares aptos para empujar todo tipo de convicciones. Su discurso calzaría a la perfección en una ONG, en el Congreso o en un partido político. El punto es que la Defensoría de los Derechos de la Niñez -como cualquier institución de ese tipo- tiene otros requisitos, otras exigencias y, sobre todo, otras prioridades. Allí no cabe el activismo, porque es una institución que debe estar por encima de ese tipo de disputas. Con sus intervenciones, la defensora solo debilita su institución, al exponerla a polémicas que no guardan relación con su tarea.

Con todo, y más allá de la cuestión institucional, sus declaraciones también revelan un modo de argumentar que daña gravemente la calidad de nuestro espacio público. Para decirlo en simple, Patricia Muñoz cree que sus convicciones -y las de quienes piensan como ella- están por encima de la democracia. Esa es la idea que subyace en su discurso, pues le otorga primacía absoluta al lenguaje de los derechos. Estos no debieran ser objeto de deliberación: los derechos no se discuten, sino que se respetan. Son imperativos categóricos. En otras palabras, la defensora no cree que en estas materias haya dos (o más) posiciones legítimas en disputa, pues la suya propia poseería una prioridad ontológica. Llevada al extremo, esta lógica no acepta el disenso democrático.

Las dificultades de esta óptica no son difíciles de percibir, pues las invocaciones de derechos suelen ser tan genéricas que no resuelven ningún problema práctico. ¿Cómo saber,

por ejemplo, si debemos privilegiar los derechos reproductivos de la mujer o el derecho a la vida del no nacido, ese incómodo “asidero científico”? ¿Cómo determinar si el derecho a la identidad sexual incluye el cambio de sexo en menores, cuyos efectos y fundamentos aún se discuten? ¿Qué hacer cuando varios derechos entran en conflicto? Solo la deliberación política puede ayudarnos a salir del laberinto, pero ella exige que estemos dispuestos a admitir más de una posición legítima y que nos tomemos en serio el debate. Y esto, a su vez, exige algo más que invocar de modo circular los mismos derechos.

Por lo mismo, estas discusiones tienden a transformarse en una (tediosa) lucha de referencias a declaraciones y opiniones consultivas de ignotos organismos internacionales, cuyo carácter vinculante nunca es demasiado claro. No tenemos que apoyar la ley de identidad de género porque allí haya algún bien involucrado, sino que tenemos que apoyarla porque tal instrumento jurídico nos obligaría: tal argumentación le parece suficiente a nuestra defensora de la Niñez. La discusión deja de ser política (esto es, relativa a consideraciones sobre lo justo y lo bueno) y pasa a ser técnico-jurídica (gana el que maneja con mayor erudición el entramado internacional de derechos). El fenómeno es extraño, pero al impedir cualquier atisbo de deliberación política, los expertos en derechos humanos y tratados internacionales se han ido convirtiendo en los nuevos economistas. Si Margaret Thatcher decía que no hay alternativa (“There is no alternative”), nuestros nuevos juristas no piensan muy distinto.

Los niños, desde luego, han quedado muy lejos en este panorama. Y esto no es casual: la óptica elegida por quien debería defenderlos privilegia sistemáticamente la agenda progresista dominante (acompañada de un sentimiento de superioridad moral) por sobre los problemas efectivos de la infancia. Así, prefiere ocupar un esquema simple para aproximarse a una realidad compleja y multiforme, y opta por un sistema binario allí donde se cruzan múltiples variables y factores. No es de extrañar, entonces, que en su discurso no haya dudas, sino solo certezas dogmáticas. El problema, claro, es que los niños ya no tienen quién los defienda.

DANIEL MANSUY*

*Publicado en *El Mercurio/Santiago*, el 9.9.2018, D-6.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Julio Alvear Téllez, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2018 (419 pp.)

El autor, catedrático chileno en la Universidad del Desarrollo y doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, nos era ya conocido por sus libros anteriores: *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, de 2013; y *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, del pasado año. La obra que nos ofrece en esta oportunidad vuelve a considerar un tema álgido y esquivo como los anteriores. Álgido, porque el discurso sobre los derechos humanos embarga la moral, la política y el derecho paralizándolas, congelando toda posible ruptura de un modo de pensar universal. Y esquivo, sí, por huidizo en cuanto a sus fundamentos filosóficos (¿quién no recuerda la grosera tesis de Bobbio de unos derechos sin fundamento?) y áspero en razón de su utilización en todos los frentes como un arma de guerra que lleva siempre a la victoria.

Todo esto está en el libro de Alvear que, sin embargo, para gozo del lector, es introducido en el mundo de los derechos humanos por la puerta de su historia, la de sus orígenes; y conducido a lo largo de un trayecto dos veces centenario a la salida posmoderna y esos novísimos derechos. Trata por cierto de autores y de textos, de normas constitucionales y debates teóricos, pero no solamente con pretendida erudición histórica sino como método de aproximación a una ideología y una mentalidad que se nos impone hoy en su fría y ambigua altivez. Y digo para gozo del lector porque los manuales y textos al uso se olvidan de la historia como tal, es decir, como constitutiva del sujeto en estudio, los derechos humanos, siendo que esa historia les da una orientación y la impregna de un espíritu.

¿Cuál es ese espíritu de los derechos humanos? A juicio de Alvear es la revolución como emancipación humana, lo que suele llamarse progresismo. Su libro, que promete una crítica, se inscribe desde el comienzo en una lectura histórica no progresista de los derechos humanos, en la tradición antiprogresista. Pero dejémonos de presentaciones y pasemos al texto.

Luego de una introducción por demás explicativa de los propósitos, el enfoque y las razones del libro (pp. 15-27), el capítulo I nos induce de lleno en un aspecto central de los derechos humanos: la secularización y su correlato del Estado laico (pp. 29-69). Desfilan los teóricos del Estado (G. Jellinek), los filósofos del día (M. Gauchet), los representantes de la filosofía perenne (R. Gandra) y hasta los ambiguos pensadores (C. Schmitt) que son buen ejemplo de meliflua valoración de la relación Estado-secularización. En todo caso, como quiera que se vea, el amanecer de los derechos humanos dice de un día en el que no se mira más al cielo sino que solamente se pisa la tierra, por el abandono de Dios como referencia última de la vida y del derecho público cristiano como norma de convivencia política.

En el capítulo II (pp. 71-115) nos propone Alvear estudiar la Declaración francesa de 1789 y sus reformas, pero no sin antes reescribir el marco que la encierra: de un lado la Ilustración con su bagaje racionalista y su perspectiva antirreligiosa; del otro, la llamada contrarrevolución y su proyecto de refutar y

rechazar el hecho revolucionario y la ideología que lo inspira. En este contexto se puede apreciar la novedad de la declaración revolucionaria y por qué se ha calificado (así Del Vecchio, entre otros) de un derecho nuevo no anclado en la tradición. De ahí pues que el documento pueda ser leído de dos modos, el liberal y el antiliberal, el revolucionario y el contrarrevolucionario, el progresista complaciente y el crítico tradicional.

El capítulo III (pp. 117-166) analiza las normas opresoras de la Francia revolucionaria entre el 89 y 1801, esto es, el período en el cual el Estado francés nacido de la revolución implementó el derecho nuevo en nombre de los derechos del hombre, insistiendo con diversas fórmulas declarativas pero siempre incrementando ese “poder inmenso” atribuido al Estado, que es la contracara de la moneda de los derechos humanos, como tantos otros han visto ya. El siguiente capítulo, el IV, está reservado a la igualdad (pp. 167-197), que Alvear coloca en el dintel de las ideas revolucionarias, insistiendo en el papel gravitante que tuvo, tiene y tendrá en el despliegue del constitucionalismo y de las instituciones modernas por mor del principio de la igualdad legal. Bien dice el autor, entre otros argumentos, que esa igualdad atenta contra la desigualdad que es principio metafísico constitutivo del cosmos (pág. 174). En unas cuartillas muy actuales, arremete el autor contra la igualdad como no discriminación, según se la entiende en los actuales ordenamientos jurídicos, y contra la teoría del género, que él llama postrera igualdad (aunque así no lo sea para el poshumanismo).

Más adelante, la libertad en su concepción revolucionaria es analizada en el capítulo V (pp. 199-258), comenzando por un escolio muy bien presentado acerca de la libertad, que se proclamó por entonces y se enarbola hoy aún, que ha de ser entendida más bien como liberación, porque la abstracta libertad revolucionaria no solo prescinde de las condiciones históricas de su realización, también nos exonera de la atención debida a la naturaleza humana. Esta libertad, capaz de barrer con la misma esencia del hombre, se desgrana en una multitud de libertades “modernas”, que el autor examina críticamente en sus principales expresiones (las libertades de pensamiento y expresión, de conciencia y de religión) para concluir con reflexiones sobre los actuales problemas jurídicos de la libertad como liberación. La rectificación –al menos en sede intelectual, que desde un punto de vista es la prioritaria– del liberalismo puede provenir únicamente de una recuperación del bien común, especialmente en su dimensión especulativa que oriente y dirija la práctica. A este problema dedica Alvear las páginas finales del capítulo.

En el siguiente capítulo, el VI (pp. 260-335), Julio Alvear vuelve a considerar un tema que ya lo ocupó en su tesis doctoral y en no pocos artículos científicos: el de la declaración conciliar *Dignitatis Humanae*, sobre libertad religiosa. Sabido es que esta ha sido acogida por numerosos sectores de la Iglesia Católica (e incluso fuera de ella) como un documento de acomodamiento al mundo en el sentido de puesta al día, de aceptación de las hodiernas creencias de los hombres como esenciales al catolicismo. También es conocido que los sectores católicos tradicionalistas toman la *Dignitatis Humanae* como la bestia negra del Concilio Vaticano que habría desarticulado el edificio teológico heredado. Alvear, que como he dicho es un gran conocedor del tema, considera el documento poniéndolo en el contexto histórico de su producción, aclarando la composición del texto, y reconstruyendo la historia de cómo se llegó a la redacción final y las controversias que suscitó en el seno mismo del Concilio (la lucha de los esquemas), para mostrarnos en unas

conclusiones todos los problemas hermenéuticos que encierra la declaración. A mi modo ver, el capítulo es central en la historia de los derechos humanos y de la Iglesia Católica desde que ha sido el caballito de batalla para desmontar toda la doctrina política tradicional de la Iglesia, como insiste Alvear.

En el VII capítulo (pp. 337-379), el autor reconsidera el carácter revolucionario de la doctrina de los derechos humanos, su colisión con la tradición jurídica premoderna (p. 341) desde que sus presupuestos filosóficos, siendo los ilustrados, abominan de la naturaleza humana y someten al hombre al poder absoluto del Estado moderno (p. 350). Por ello los derechos humanos no pueden ser vistos más que como una enfermedad, según la expresión de Julio Alvear (p. 354), que ha sido combatida por las mejores cabezas del pensamiento jurídico contemporáneo (Villey, Lachance, Guzmán Brito, Gamba, etc.), como otrora hicieran los contrarrevolucionarios (Rivarol, De Maistre, De Bonald, Burke, etc.) En esta misma estela están escritas las conclusiones (pp. 381-386).

Encabeza el libro un índice analítico detallado y lo cierra una extensa bibliografía (pp. 387-419).

Decía antes que los textos explicativos y los manuales escolares, si refieren la historia de los derechos humanos, lo hacen como un dato o un testimonio anclado en el pasado, incapaz de explicar o servir de referencia al hoy, como si su actualidad tuviera en sí misma la causa; a lo sumo la historia constituye un mojón puesto en el momento de su nacimiento o un hito celebrando algún instante especial. Es como la memoria de unos “padres fundadores” ya enterrados. Julio Alvear, en cambio, vuelve a la historia de los derechos humanos para recuperar el origen que signa su desarrollo, el comienzo que se continúa en diversos momentos y diferentes etapas; la historia de los derechos humanos no es memoria del pasado sino actualización permanente de su devenir, porque el efecto –enseña la metafísica– es siempre dependiente de las causas que lo han producido. O como dice el autor, en el origen de los derechos humanos está su ADN. Por eso la feliz frase de Terencio que Alvear nos recuerda: *Haec commemoratio est quasi exprobatio*, la conmemoración es ya reprobación o censura, desde que lo que padecemos en nuestros días estaba anticipado, en germen profetizado, en los comienzos.

Magnífico libro de Julio Alvear Téllez, como los otros suyos. Bien escrito, accesible a los no especialistas, y, por el rigor y la erudición, de gran utilidad –en el sentido clásico de beneficioso o bueno– para los estudiosos. Valiente, también como los anteriores a él debidos. Sabemos que la sociedad de biempensantes en la que vivimos lo recibirá como se merece, es decir, con el premio del silencio que concede a quienes remueven las viciosas entrañas de la ideología revolucionaria y enfrentan el liberalismo que es verdadero cáncer de nuestras sociedades. Esperemos que los hombres de bien lo reciban como deben hacerlo, leyéndolo, divulgándolo y enseñándolo. De mi parte, eso es lo que sugiero, especialmente lo último: enseñarlo para comenzar a curar la enfermedad que comenzó siendo moral y hoy se ha ramificado a la política y el derecho.

JUAN FERNANDO SEGOVIA

Mayor Drummond, 7 de diciembre de 2018.

Miguel Ayuso, *La hispanidad como problema. Historia, cultura y política*. Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II. Madrid.

El Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, en su colección De Regno, ha publicado recientemente el libro *La hispanidad como problema*, del jurista español Miguel Ayuso.

Con el presente, el autor suma más de una veintena de libros en las áreas de la Filosofía Política, el Derecho Constitucional, la Teoría del Derecho y la Filosofía Jurídica.

La hispanidad como problema es una obra que mira hacia el pasado, el presente y el futuro. Hacia el pasado, porque recuerda lo que fueron las Españas durante la Reconquista, la civilización americana y el Antiguo Régimen. Frente al protestantismo, la hispanidad representó una obra política notable en los siglos cristianos: la *christianitas minor*. Una obra que culturalmente decanta en el Barroco.

Pero la cultura hispánica también habla al presente. Consumada la obra de la Revolución, convoca el *ethos* cristiano y popular, donde pervive y se proyecta en espíritu esa *christianitas minor*. Y hacia el futuro, porque dicho concepto, en todas sus vetas sociales, culturales y políticas, representa la contraglobalización.

El libro se divide en cinco capítulos, en una cuidada edición. A lo largo de las páginas se revela una escritura límpida, una redacción pulcra, un lenguaje directo que habla a la inteligencia y al corazón. Por momentos, el autor nos invita a mirar la grandeza de la hispanidad. Diríase que la dibuja con las palabras. Porque los hechos presentes no portan las glorias del pasado. Porque ese pasado ha sido voluntariamente silenciado o traicionado. Entonces, parece decirnos el autor, al menos con las palabras “toquemos” y “evoquemos” lo que fue y lo que es la hispanidad. Son páginas inspiradas que, en ocasiones, nos recuerdan a nuestro Jaime Eyzaguirre.

El capítulo primero lleva como título “La hispanidad de hoy: de la historia a la prospectiva”. En él se estudia el hispanismo en sus dos dimensiones esenciales, que algunos han querido olvidar: la religiosa y la política. A través de las páginas de esta sección se exhibe la “tensión insuperable y magnífica” (p. 17), dice el autor, entre el *corpus politicum* y el *corpus mysticum*, que encuentra feliz solución en la unidad católica hispana. Solución que en los días de hoy se convierte en fórmula de esperanza ante la disgregación democratista de los días que corren.

El capítulo segundo se denomina “Hispanidad, ¿como Europa o contra Europa?”. Contiene originales reflexiones sobre la ejecutoria antieuropea de la hispanidad y la tentación opuesta, a saber, la invitación a diluirse en la Europa laica, puramente tecnocrática y economicista. Tentación-invitación que fue aceptada oficialmente por España con la Constitución de 1978.

El tercer capítulo se titula “Maeztu y Morente, convergentes en la hispanidad”. Figuras malditas para la “intelligentsia democrática” (p. 51), según apunta el autor, se trata de los dos grandes intelectuales que mostraron la encrucijada de la cultura hispánica, para los tiempos convulsos del siglo XX.

El capítulo cuarto lleva una designación evocadora: “La hispanidad: fe sobrenatural y recta filosofía. Un caso ejemplar”. A propósito de la conversión de Manuel García Morente y las tensiones que hubo de resolver, se analiza la “filosofía de la historia” de dicha hispanidad formulada por este filósofo.

El quinto capítulo se titula “Hispanidad y Res Publica Christiana”. Se trata de lo que podríamos considerar una brevísima compilación de la historia política de España en los dos últimos siglos. Una historia vista al revés, si se le compara con la historiografía mendaz del liberalismo. En este contexto, emerge el carlismo como lo más singular y perentorio de la fidelidad multiseccular a la hispanidad.

Invitamos a leer esta obra, cuyas conclusiones son provocadoras.

JULIO ALVEAR TÉLLEZ

I. CHILE

Actualidad Jurídica – Universidad del Desarrollo vol. 39/2019.

El tema central está dedicado al rol del Derecho en los nuevos fenómenos sociales, y destacamos Formación jurídica (P. Rodríguez Grez), La democracia moderna o el ocaso del gobierno del pueblo (J. Alvear T.), En los ciudadanos frente al Estado, de interés, El derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos ante la Administración (S. Orpís J y E.Silva M.), Los límites de la libertad de expresión del empleador en la negociación colectiva en la perspectiva constitucional (C. Rosales R.), y Criptomonedas, su tributación, un análisis comparado (M. Pascual T.).

Ars boni et aequi – Revista Jurídica Universidad Bernardo O'Higgins N° 1/2018.

De interés: Economistas y juristas en las pugnas entre Estado social y Estado de derecho: recuperación de un debate (J. E. Soriano G.) y Algunos comentarios sobre la presunción de validez de los actos administrativos en la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos (A.R.- Delgado L.)

Revista de Derecho – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción N° 242/julio-diciembre 2017.

Destacamos: El concepto de arbitrariedad en la ley de consumo (F. Barrientos C.), Perspectivas sobre la potestad reglamentaria y la nulidad de las normas administrativas (N. Humeres G.), Delimitación del daño moral a través de consideraciones de justicia distributiva (Fabián A. González C.) y Sobre el deber de inhibición de la Administración del Estado ante la judicialización de asuntos sometidos a su conocimiento (S. Riestra L.).

Revista de Derecho – Facultad de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción N°s. 31/2015, 32/2016 y 33/2017.

Del N° 31 de interés: La constitucionalización de los derechos fundamentales laborales en Chile (A. Franchi M.), del N° 32 La protección de los derechos la-

borales de los funcionarios públicos a través del procedimiento de tutela laboral (A. Franchi M.), y del N° 33, Notas sobre la indemnización expropiatoria. El caso español (C. Céspedes M.), El modelo de suministro eléctrico en la Unión Europea (A. Olivares) y El principio de precaución en Chile. Un breve panorama (C. Elso K.).

Revista Chilena de Derecho – Universidad Católica de Chile, Vol. 45/2018 N° 2.

Destacamos: El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema (I. de la Maza), El “otro juez” y la hermenéutica: el ficcionalismo como criterio legitimador de la decisión jurídica (D. Pérez), Procedencia de una “eximente o defensa de cumplimiento” de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno (H. Hernández) y La legitimación pasiva de la administración médico-sanitaria en la era de los establecimientos autogestionados en red (H. Cárdenas).

Revista Jurídica Digital – Facultad de Derecho Universidad de los Andes N°s 1 y 2/2017 y 1 y 2/2018.

Del N° 1/2017 de interés: El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica (H. Corral T.), Naturaleza jurídica del coordinador independiente del sistema eléctrico nacional (M. Mardones O.) y Sobre dignidad humana y Derecho (C. I. Massini). Del N° 2/2017: Para una historia del precedente judicial en Chile: la recepción del artículo 3° del Código Civil en la doctrina del siglo XIX (Cl. Barahona G.), A propósito de “la queja de la queja” (J. A. Pérez A.), Tensiones entre la physis y la nomos en la teoría de la polis de Aristóteles (J. Ferreiro). El N° 1/2018 está dedicado a Francisco Suárez, de interés Maquiavelo y Suárez, o un encuentro inesperado-esperado (J.-P. Coujou), Vitoria y Suárez sobre el derecho (M. Beuchot), Raíces franciscana en la teoría de la ley en Suárez (M. Lázaro P.), y Efectos de las normas jurídicas según Suárez (L- C. AmezúaA.). También, Tomás Moro en tre la ley y la conciencia (H. Corral T.). Del N° 2/2018, Apuntes sobre la aequitas en la tradición canónica medieval (J. Facco).

II. EXTRANJERO

Prudentia Iuris – Facultad de Derecho Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires N° 85/junio 2018.

De interés: La interpretación judicial y el debilitamiento del orden moral (D. Ranieri de C.), Filosofía, ciencia y verdad: la verdad como exigencia y como esencia del

derecho (R. Di Marco), Constitución y convencionalidad de los derechos humanos del embrión (L. H. Olaguibe), Afectación de la cosa juzgada local en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del fallo “Fontevicchia” (E. P. Oudin), El consentimiento informado en los exámenes genéticos directos al consumidor (L. L. Pucheta), y Declaración en defensa de la vida (Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires).

Forum – Revista del Centro de Derecho Constitucional Universidad Católica Argentina/Buenos Aires N° 6/2018.

Destacamos: El municipio ante ciertas actividades extractivas ¿es más fácil vedar que permitir? (E. Sacristán), La penumbra de la corrupción, regulación internacional de los *lobbies* (H. Cañardo), Raíces eugenésicas de los abortos no punibles en Argentina (E. Abásolo), Sobre el señorío de la mujer sobre su propio cuerpo y sobre la personalidad del embrión (L. M. Bandieri) y Algunas notas sobre normas provinciales y los tratados internacionales y la constitucionalidad de la educación religiosa en el caso “Castillo” (M. S. Riccardi).

Estudios de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia/Colombia N°s: 163 y 164/2017 y 165/2018.

Del N° 163 destacamos: Falsos dilemas de neoconstitucionalismo (J. D. Agudelo O.) y La complejidad de las políticas públicas urbanas en América, el caso de Medellín (A. V. Vásquez C, y otros), del N° 164: Los efectos de la justicia constitucional frente a los silencios del legislador y de la ley en Colombia (C. D. Muñoz Ch.), y del N° 165: La cultura de la paz se inicia con la educación en valores (M. E. G. C. y otra), Estatus jurídico internacional del acuerdo de paz en Colombia (C. Rojas O.) y Las intervenciones humanitarias desde la doctrina de la responsabilidad de proteger (S. M. Restrepo A.).

Revista de la Facultad de Derecho – Universidad de la República/Montevideo/ Uruguay N°s: 43/2017 y 44/2018.

De interés en el N° 43: Relación existente entre paraísos fiscales, lavado de dinero y defraudación tributaria, un análisis desde la normativa del Ecuador (C. M. De la Torre L.), Tráfico internacional de menores, aspectos penales (R. Rey y D. Zubillaga), Acción de amparo sobre el acceso a los servicios de comunicación audiovisual de personas con discapacidad auditiva (M. Risso F.), La selección de profesores universitarios en Europa (A. L. Sánchez M.); del N° 44: Nuevo marco jurídico

en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea (A. Ortega G. y J. J. Gonzalo D.) y El derecho humano a la educación, proyección en el libre desarrollo de la personalidad (M. C. del Pino P.).

Revista de Derecho Político – Universidad Nacional de Educación a Distancia España N° 102/2018.

Destacamos: El estatuto constitucional del no nacido, evolución y situación actual en España (A. J. Gómez M.), La prohibición de partidos políticos en Alemania (P. Fernández de C.), El control de datos de circulación de personas en la Unión Europea como salvaguarda de la seguridad nacional (R. Serra C.) y Derecho de los reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (J. P. Sancha D.).

Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad de La Plata/Argentina N°s 46/2016 y 47/2017.

Del N° 46, destacamos: Panorama actual sobre las servidumbres administrativas (A. Flores), El interés superior del niño en la filiación por adopción (R. M. Garate), El Estado argentino ¿un Estado confesional o laico? (M. G. Catanzaro R.), La división o separación de poderes, de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad (V. L. Anselmino), El precepto *pro homine* y la globalización jurídica (G. L. Medina). Del N° 47, de interés: Lineamientos elementales de la acción originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires (A. B. Flores), La protección del ambiente, esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina (S. Nonna), Educación en Argentina ¿pública y laica? Los casos de las provincias de Salta y Mendoza (M. G. Catanzaro R.), El jurado como garante de la justicia en los Estados Unidos de América (F. Morales y C. : Rosales), Debates preliminares para una nueva ley de responsabilidad penal juvenil (M. J. Lescano), ¿Qué es la democracia. Diferentes aproximaciones al concepto, la democracia como régimen político (F. Sagesse), El corte furtivo de árboles e intervenciones de la *Lex Aquilia* y la Ley de las XII Tables en Paulo 9 ad Sab. Digesto 47.7.1 (R. del Valle A, y Los juristas romanos como inspiradores de los jueces del siglo XXI (S. N. Jalil).

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, Merteikian, 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

- JAIME ARANCIBIA MATTAR: *El profesor universitario: Arte y forja*
JOSÉ DURAND MENDIORIZ: *La gnosis, como base antropológica y religiosa de la ideología de género. Su proyección legislativa y a los programas de educación sexual "integral"*
PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL: *Ciudadanía y bien común en la república*
SERGIO RAÚL CASTAÑO: *El control de convencionalidad y la pretendida primacía del tratado sobre la Constitución*
CARLOS E. DELPIAZZO: *Dignidad humana y calidad del Estado de Derecho. Tras los pasos de Alberto Ramón Real y Mariano R. Brito*
JOSÉ LUIS LARA A. Y CAROLINA HELFMANN M.: *Notas acerca de los derechos del contratista del Estado en Chile*
GUSTAVO DELGADO BRAVO: *Algunas consideraciones acerca de la presunción de legalidad de los actos administrativos en el contencioso-administrativo de nulidad y responsabilidad patrimonial*
EDUARDO SOTO KLOSS: *La recia vitalidad de la acción constitucional de nulidad de derecho público*

IN MEMORIAM

- JORGE MARTÍNEZ: *Aleksandr Solzhenitsyn (A cien años de su nacimiento/11.12.1918)*

CRÓNICA

- Reflexiones tomistas*: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Pedro Trevijano, Juan Manuel de Prada. *Reflexiones fuertes*: Alonso Gracián

DOCUMENTOS

- MAGISTERIO PONTIFICIO: Papa Francisco. Audiencia general. Aula Pablo VI (Miércoles, 20 de febrero de 2019). Mensaje para la Cuaresma de 2019, "La creación, expectante, está aguardando la manifestación de los hijos de Dios" (Rm 8, 19). Audiencia general. Aula Pablo VI (Miércoles, 13 de febrero de 2019). Audiencia general. Plaza de San Pedro (Miércoles, 27 de febrero de 2019). Discurso a los participantes en la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida. Sala Clementina (Lunes, 25 de febrero de 2019)

ACTUALIDADES

- I. Leyes mordazas, negacionismo, pensamiento único, totalitarismo, ¿en qué queda la libertad de expresión?
- II. Ideología de género

JURISPRUDENCIA

- Juzgado de Letras de Santiago. 14.5.1883. Corte Suprema. 5.9.1884. Boucherat con Fisco. GT N° 2113 [1884], p. 1457 (N° 2346) (Comentario de Gabriel Bocksang Hola)
- Corte de Apelaciones de Santiago. 20 de mayo de 1904. Juzgado de Santiago. 21 de abril de 1904. Ravest con Fisco (Comentario de Rodrigo Céspedes y Jaime García)
- Corte de Apelaciones de Santiago. 13 de junio de 1916. Caballero y otros con Municipalidad de San Felipe (Ilegalidad de acuerdo municipal) (Comentario de Rodrigo Céspedes y Jaime García)
- Corte de Apelaciones de Santiago. 16.10.2018. Corte Suprema. 30.11.2018. Pérez Gutiérrez, Dorothy con Bermúdez Soto, Jorge (recurso de protección/remoción funcionario público) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
- Corte de Apelaciones de Santiago. 25.7.2018. Corte Suprema. 30.10.2018. Castillo Sánchez y otros con Contralor General de la República (acción de amparo económico – acción de protección) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
- Corte de Apelaciones de Santiago. 3.1.2019. Defensora de la niñez con Canal 13 S.A. (protección - rechazada)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS