

# IUS PUBLICUM

---

Nº 16 / 2006



Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás





# IUS PUBLICUM

---

Nº 16 / 2006

Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998  
ISSN 0717- 4063

Impreso en  
*Andros Impresores*  
[www.androsimpresores.cl](http://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 (†) (Universidad de Navarra) - Prof. Miguel S. Marienhoff (†) - Prof. Antonio Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela) - Prof. Francisco González Navarro (Universidad de Navarra) - Prof. Mariano R. Brito (Universidad de Montevideo) - Prof. Rodolfo C. Barra (Universidad Católica Argentina/Buenos Aires) - Prof. Bernardino Bravo Lira (Universidad Católica de Chile) - Prof. Ramiro Mendoza Zúñiga (Universidad de los Andes).

CONSEJO DE REDACCIÓN:  
Prof. Miguel Ayuso Torres (Universidad de Comillas/España) - Prof. Marcelo Elissalde Martel (Universidad Santo Tomás) - Prof. Jaime Williams Benavente (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).

SECRETARIOS DE REDACCIÓN:  
Profesores Juan Jorge Lazo Rodríguez e Iván Aróstica  
Maldonado.

REPRESENTANTE LEGAL:  
Benjamín Correa Palacios

Redacción y Administración de Ius Publicum  
Avenida Ejército 146 - 6° piso  
teléfonos 362 4821- 362 4849 • fax 360 1376  
e-mail: iuspublicum@ust.cl Santiago de Chile

Suscripción anual (2 números): Chile \$ 20.000. (IVA incl.)  
Extranjero aéreo certificado: \$US 50.  
Ejemplar suelto: \$ 10.000. (IVA incl.)  
Enviar cheque nominativo y cruzado a nombre de  
Universidad Santo Tomás.

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 Escuela de Derecho de la  
Universidad Santo Tomás.

Vol. 9 N° 16  
MARZO 2006

# ÍNDICE

## ESTUDIOS

FRANCISCO PUY MUÑOZ. <i>Sobre los roles históricos del iusnaturalismo</i> .....	9
EDUARDO SOTO KLOSS. <i>La recepción del derecho romano en Inglaterra (De la romanización de las instituciones jurídicas inglesas)</i> .....	27
JERÓNIMO MOLINA. <i>Cristianismo y descivilización en Europa (En torno a un libro de Dalmacio Negro)</i> .....	41
CAMILO I. COBO DE LA MAZA. <i>Rapanui, pueblo que mira al continente</i> .....	59
TATIANA VARGAS PINTO. <i>Derecho penal: ¿una tensión permanente?</i> .....	69
GABRIEL BOCKSANG HOLA. <i>De la nulidad de derecho público como inexistencia</i> .....	91
BEATRIZ RIVEROS DE GATICA. <i>La presunción de legalidad del acto administrativo: el art. 3º de la ley nº 19.880 de procedimientos administrativos a la luz de la Constitución de 1980</i> .....	117
OSVALDO ROMO PIZARRO. <i>El ADN en la doctrina médico-legal</i> .....	125

## CRÓNICA

SERGIO GAETE ROJAS. <i>In Memoriam. El derecho-deber a la educación</i> .....	149
C. F. FORSYTH. <i>In Memoriam</i> .....	153
JESÚS GINÉS ORTEGA. <i>Matrimonio y patrimonio</i> .....	157
GONZALO ROJAS SÁNCHEZ. <i>Un paternalismo moderno</i> .....	159
MAX SILVA ABBOTT. <i>Reflexiones éticas</i> .....	161

## DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI. <i>En la verdad, la paz. Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz. 1 de enero de 2006</i> ....	179
S.S. BENEDICTO XVI. <i>Discurso del Santo Padre Benedicto XVI a los presidentes de las comisiones episcopales para la familia y la vida de América Latina</i> ..	185
S.S. BENEDICTO XVI. <i>Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI a los miembros de las academias pontificias</i> .....	189
S.S. JUAN PABLO II. <i>Qué es y qué no es el matrimonio y la familia (Algunos textos del magisterio pontificio/SS. Juan Pablo II)</i> .....	191
CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. <i>La transmisión de la fe en la familia. "Hablemos a nuestros hijos de Jesucristo"</i> .....	195
FRANCISCO JAVIER ERRÁZURIZ OSSA. <i>Aborto - Gobierno - Protocolo de la Cedaw</i>	199
JOSÉ ORLANDIS. <i>Hacia una nueva cultura cristiana de la vida</i> .....	209
TOMMASO FEDERICI. <i>25 de diciembre, una fecha histórica</i> .....	215

## JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Valparaíso 15.7.2005. Recurso de protección, fiscalización parlamentaria sobre particulares.....	225
Corte de Apelaciones de Santiago 14.4.2005. Recurso de protección, invalidación de sanción disciplinaria/ acto ilegal y arbitrario .....	231
Corte de Apelaciones de Concepción 18.1.2006. Tercer Juzgado Civil (14.1.2005). Responsabilidad de los Servicios de Salud / muerte por envenenamiento de cinco neonatos.....	241

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

### RECENSIONES

SERGIO R. CASTAÑO, <i>Los principios políticos del orden constitucional</i> . Abaco. Buenos Aires. 2006 (Eduardo Soto Kloss) .....	271
JOAQUÍN GARCÍA HUIDOBRO, <i>El anillo de Gíges. Una Introducción a la tradición central de la ética</i> . Editorial Andrés Bello. Santiago de Chile. 2005 (Críspulo Marmolejo).....	278
ANTOINE, CRISTIÁN, <i>Mecenazgo y Patrocinio Cultural</i> . Editorial Ril. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005 (Manuel Parés I Maicas).....	280
SERGIO R. CASTAÑO Y EDUARDO SOTO KLOSS. <i>El derecho natural en la realidad social y jurídica</i> . Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005 (Críspulo Marmolejo).....	283
M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVÉ, B. GENEVOIS, <i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (15è. éd.) Dalloz</i> . Paris. 2005 (Eduardo Soto Kloss).....	284

### RESEÑA DE LIBROS

FIGUEROA VALDÉS, JOSÉ MANUEL, <i>La copropiedad inmobiliaria. Nuevo régimen legal</i> (2ª edición).....	287
GUAJARDO CARRASCO, BALTASAR, <i>Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y jurisprudencia</i> (2ª edición).....	287
GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, <i>Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano</i> .....	288

RESEÑA DE REVISTAS.....	289
-------------------------	-----

## SOBRE LOS ROLES HISTÓRICOS DEL IUSNATURALISMO

*Francisco Puy Muñoz\**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Iusnaturalismo histórico. 3. Los roles de la teoría. 4. Recapitulación sobre el iusnaturalismo. 5. Iusnaturalismo y iuspositivismo. 6. Pluralismo iusnaturalista. 7. Rol conservador “versus” rol progresista. 8. El rol distintivo del iusnaturalismo. 9. Bibliografía.

*“Das Naturrecht konstruierte Verhältnisse, in denen die Erniedrigten und Beleidigten aufhören”*  
(Bloch, 1961).

### 1. INTRODUCCIÓN

El rótulo *roles históricos del iusnaturalismo* es la expresión abreviada de esta cuestión: *¿Qué papeles ha desempeñado el iusnaturalismo a lo largo de la historia?*

La respuesta a una pregunta tan ambiciosamente amplia exige algunas consideraciones que perfilen su planteamiento y permitan una respuesta ajustada. Es obligado, en efecto, aclarar en primer lugar lo que significan las tres palabras que le dan sustancia, a saber: “iusnaturalismo”, “rol” e “histórico”. Lo que significan en el contexto de esa pregunta, quiero decir. Veamos, pues. Para situarnos –y a reserva de perfilar después– digo que:

- a) Entiendo por *iusnaturalismo* el conjunto de las doctrinas del derecho natural.
- b) Entiendo por *roles* los papeles que desempeña el iusnaturalismo entre las otras doctrinas del derecho.

---

\*Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho. Universidad de Santiago de Compostela. Doctor h. c. Universidad Santo Tomás.

(NR) Este trabajo, aparecido en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid N° 75 (1989/90), se publica con la gentil autorización del autor. No obstante los años transcurridos desde su publicación posee aún plena vigencia, lo que ha movido a esta Revista darlo a conocer en nuestro medio.

- c) Y entiendo por *histórico* el desarrollo doctrinal del derecho natural hasta 1900; o sea, el anterior a la concienciación de la existencia del *iusnaturalismo*, ocurrida en el siglo XX y sobre todo en su segunda mitad.

Y esto establecido, voy a buscar la respuesta a la pregunta inicial, recorriendo esos tres tópicos en sentido inverso.

## 2. IUSNATURALISMO HISTÓRICO

Me quiero ocupar del iusnaturalismo histórico, o sea, del que se ha dado en la historia hasta el siglo XIX inclusive..., pero sin hacer su historia. Y tampoco me quiero ocupar del iusnaturalismo en su desarrollo en la actualidad, asunto que dejo para otra ocasión (o para otra persona). No me interesan, pues, los papeles que cumple ahora el iusnaturalismo, sino los que ha cumplido antes. Aunque se cae de su peso que lo que ha hecho antes tiene carácter premonitorio y, por tanto, deóntico, de lo que hace en el presente, así como de lo que es más probable que siga haciendo con el futuro.

*Con el adjetivo histórico quiero decir, por tanto, que la consideración del asunto pretende un enfoque que mira a la historia en su conjunto y no a un período de tiempo determinado.*

Esto último, sin embargo, exige explicación más detenida. Porque, como *histórico es lo perteneciente a la historia*, surge la duda de cómo entender el análisis de los roles históricos del iusnaturalismo<sup>1</sup>. Se trata de analizar la impresión que tenemos ahora, en nuestro tiempo, de los papeles desempeñados por los iusnaturalismos en la evolución de las teorías jurídicas de antes de ahora o anteriores a nuestro tiempo.

Pero ese "antes de ahora" a que me acabo de ajustar, *¿desde cuándo hasta cuándo debe considerarse que se extiende?* Digamos que *desde el 500 a. C. hasta 1900 d. C.*, aproximadamente... Porque eso hay, que puntualizarlo.

En principio, se puede decir que el origen del iusnaturalismo coincide con un largo proceso marcado por los siguientes hitos:

- a) La especulación helenista presofista del siglo V a. C. (Heráclito) inventa la idea como *fysis dikaion*.
- b) El helenismo romano clásico del siglo III d. C. (Ulpiano) crea la expresión *ius naturale*.

---

<sup>1</sup>¿Será haciendo el elenco de los hechos? Eso sería hacer la historia de las teorías iusnaturalistas. Lo cual es imposible en los márgenes de una exposición corta como ésta; o casi, puesto que, por ejemplo, Hugo Hanisch lo ha hecho muy hábilmente (Hanisch, 1974, 149). Por tanto, se trata de otra cosa.

- c) El eclecticismo medieval hispano del siglo VII (Isidoro) reduce el derecho natural a doctrina ordenada (Elías-Tejada, 1977, p. 5.9).

Todo eso vale, sí, mas sólo “en principio”. Porque no se puede olvidar el hecho de que durante muchos siglos se hizo doctrina iusnaturalista inconsciente. En realidad, hasta el siglo XVII los iusnaturalistas hicieron iusnaturalismo sin saberlo, igual que hablaba en prosa sin saberlo el *bourgeois gentilhomme* de Molière. En efecto (Puy, 1971, 191), la primera cátedra universitaria de derecho natural se creó, en Heidelberg, en 1661, para Samuel Pufendorf, que luego sería el autor del primer tratado monográfico o extento de derecho natural, el *De iure naturae et gentium libri octo*, escrito y publicado en Lund en 1672. Después de esa cátedra vinieron muchas. Y tras ese libro, muchísimos más con idéntico rótulo.

¿Es ahí donde se puede ver el origen del iusnaturalismo como cosa distinta del derecho natural? Pues creo que todavía no. A partir de entonces, en efecto, se sabía de la existencia de una disciplina o una ciencia llamada “derecho natural”... Pero no había conciencia de que existiera “el iusnaturalismo”. De eso no nos hemos dado cuenta hasta el siglo XX.

Resulta entonces que el *derecho natural* es muy viejo. Y que la *ciencia del derecho natural* también lo es, aunque mucho más joven. Mientras que el *iusnaturalismo* es casi un recién nacido a la historia cultural<sup>2</sup>. ¿Cómo ha sido su aparición?

Según todos los indicios<sup>3</sup>, el comienzo del tópico simple “iusnaturalismo” va unido al tópico compuesto constituido por la dicotomía “iusnaturalismo-iuspositivismo”. Y ambos se originan, o al menos se generalizan, a partir de dos trabajos de Hans Kelsen publicados en 1928: el folleto titulado *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, editado en Charlottenburg, dentro de la colección filosófica “Philosophische Vorträge” de la Kant-Gesellschaft (Kelsen, 1928a), y el artículo “Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisse”, aparecido en la revista *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* (Kelsen, 1928b).

A partir de 1928, pues, el tópico se fue extendiendo por todas partes. Desde luego, y ante todo, por la jurisprudencia alemana<sup>4</sup>. Pero tengo la

---

<sup>2</sup>¿Tan reciente es? Ciertamente, el tópico “iusnaturalismo” es muy reciente. Indicio llamativo de su novedad es que todavía no es término admitido en la última edición (vigésima, de 1984) del Diccionario de la Academia, a pesar de que su uso está ya generalizado en el lenguaje jurisprudencial.

<sup>3</sup>Algún antecedente curioso, como el librote, publicado en Viena en 1794 por Georg Rasp, *Erläuterungen des Lehrbegriffs des Naturrechts* (Rasp, 1791), no merece detención por su irrelevancia para el asunto.

<sup>4</sup>Como acreditan trabajos de Hans Krupa (1938), de Erik Wolf (1955), de Hans Welzel (1958), de Albert Langner (1959), del propio Kelsen (1961 y 1963), de Alfred Verdross (1963 y 1965), etc.

impresión de que lo desarrolló muy especialmente la jurisprudencia italiana<sup>5</sup>. En todo caso, el tópicus ha penetrado en España más por el cauce italiano que por el alemán. Por cierto que, entre nosotros, aquí en España, las cosas transcurrieron así, si no estoy mal informado:

En 1969 aparece el primer *artículo de revista* nombrando el tópicus: “El iusnaturalismo pluralista y comunitario”, de J. Messner, publicado en el *Anuario de Filosofía del Derecho* por Vidal Abril-Castelló<sup>6</sup>.

En 1970 aparece la primera *monografía* importante sobre el asunto, que fue, sin duda, la titulada *Iusnaturalismos actuales comparados*, editada por Luis Recaséns Siches en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense<sup>7</sup>. Pero debe recordarse, por su gran calidad, otra que le siguió de inmediato: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, disertación de láurea, o sea, tesis doctoral boloñesa de Antonio Pérez Luño, publicada en 1971. Ambos libros han sido decisivos, a mi modo de ver, para asentar el estatuto de permanencia del tópicus iusnaturalismo en nuestra jurisprudencia hispana<sup>8</sup>.

Por otra parte, y todavía antes de pasar a otro asunto, conviene dejar subrayado el significado exacto con que trazo la divisoria entre derecho natural y iusnaturalismo, divisoria puesta en el positivismo –como hecho cultural– o en el 1900 –como fecha contable–. Ambos criterios, u otros análogos, no significan que el derecho natural y las teorías del derecho natural encuentren en ellas sus fechas de defunción o acabamiento<sup>9</sup>. El

---

<sup>5</sup>Hasta donde llegan mis noticias, su aparición en rúbricas –dentro de esta última– puede marcarse con los siguientes mojones: en 1950 lo podemos hallar como *subtítulo de una monografía exenta*. Se trata de *La dottrina del diritto naturale in America. Le origini. Puritanesimo e giusnaturalismo*, de Giulio Bruni Rocca. En 1951 lo encontramos como *artículo de revista* en el titulado “Alternative fra tecnicismo e giusnaturalismo”, publicado en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* por Nicola Ciarletta. En 1956 aparece como *comunicación incluida en las actas de un congreso*, en una aportada a las Reuniones Internacionales de Bolzano por Anton Filippo Ferrari con el título “Giusnaturalismo e storicismo”. En 1957 podemos encontrar el tópicus como *artículo de diccionarios o enciclopedias*, en dos, debidos a las plumas de Norberto Bobbio y Guido Fasso. En 1961 emerge nuestro tópicus, al fin, como *monografía exenta* con el estudio *Giusnaturalismo ed etica moderna*, de Pietro Piovani. Tesis durísimamente contraiusnaturalista, por cierto, la cual, leída por mí vorazmente en mis primeros años formativos, troqueló –por explicable reacción generacional juvenil– mi permanente actitud refractaria al positivismo, desde el que escribía su autor.

<sup>6</sup>Donde, por cierto, aún se escribía –incorrectamente, a mi juicio– “yusnaturalismo” en vez de iusnaturalismo.

<sup>7</sup>El hecho es llamativo, puesto que el iusnaturalismo de este autor constituye una cuestión problemática, como mostraba por las mismas datas Benito de Castro (Castro Cid, 1970, 289).

<sup>8</sup>Y creo que algo ha apoyado también dicho asentamiento el hecho de que en la segunda edición de mis *Lecciones de Derecho Natural*, aparecida en 1970, la “teoría del derecho natural” se identificara desde el primer epígrafe (en el pf. 27) con “el iusnaturalismo” (Puy, 1970, 529).

<sup>9</sup>Como sostiene, por ejemplo, entre nosotros, Rogles Morchón (1982, 200).

derecho natural y las teorías del derecho natural han seguido pululando, y con enorme vitalidad, en nuestro siglo pluralista, igual que antes de él<sup>10</sup>.

Lo único que enfatizo es el hecho de que en nuestro siglo se haya producido, además, la aparición del iusnaturalismo como tópico, como problema y como tratamiento específico conscientemente asumido y en términos globales. Ambas cosas –derecho natural y iusnaturalismo– son así distinguibles y no deben ser confundidas.

Y pasemos ya a hablar de los roles, conscientes de que nuestra pregunta primera –*los roles históricos del iusnaturalismo*– significa lo mismo que preguntar por los roles que han desempeñado las doctrinas del derecho natural, en su conjunto, a lo largo de la historia y hasta comienzos del siglo XX, vistos desde la perspectiva del iusnaturalismo elaborado en este período último (y no en otro).

### 3. LOS ROLES DE LA TEORÍA

Con el anglicismo *rol* (todavía no admitido por el Diccionario de la Academia en su edición de 1984) designa usualmente la jurisprudencia (Sánchez Agesta, 1976, 10.5.º) el papel, o pauta, o expectativa de conducta que se espera que observe un miembro de un conjunto respecto a los restantes miembros del mismo. El término puede aludir a conductas de personas o a funciones de instituciones, como es ahora el caso. Por tanto, aquí *rol significa el papel que realiza, respecto a las otras doctrinas o teorías jurídicas, la doctrina iusnaturalista* (ella en su conjunto, y no sus operadores individualizados).

Por supuesto, el iusnaturalismo puede desempeñar tantos roles como juegos –reales o imaginarios– podamos someter a análisis. Puede hacerlo, digo. Pero pregunto: ¿lo ha hecho? Hasta 1800 no se cuestionó el asunto. Hasta 1900, en cambio, se discutió a fondo. Y desde 1900 hasta hoy persiste una cierta división de opiniones en este tema.

Ahora bien, lo cierto es que, al calor de tal discusión, la doctrina ha demostrado con nitidez la existencia real de muy notables funciones cumplidas por el derecho natural, así como de no menos llamativos papeles asumidos por el iusnaturalismo a lo largo del tiempo.

Así, por ejemplo, José Luis Aranguren publicó en su día un notable ensayo sosteniendo que el iusnaturalismo había desempeñado a lo largo

---

<sup>10</sup>Igual que a lo largo de toda la Edad Moderna, en la cual no ha sido el derecho natural, por cierto, un quiste medieval. Porque incluso el iusnaturalismo de inspiración medieval ha transmitido hasta nosotros valores de modernidad, como la tolerancia, la laicidad, la racionalidad y los *dikeos*; de modo que constituye él también uno de los componentes del mundo moderno (como dice Guido Fasso, 1962, 874), y eso no se puede negar sin hacer fuerza a la historia.

de la historia cinco importantes funciones, a saber: la lógica o científica; la *inter gentes* o internacionalista; la filosófica o metajurídica; la conservadora o moderadora, y la progresista o revolucionaria (Aranguren, 1962, 1).

Desde una perspectiva muy distinta a la que acabo de referir, y más próxima a la mía propia, ha mostrado Serrano Villafañe (1967, 273-274) que el iusnaturalismo ha cumplido siempre –y sigue cumpliendo– una misión histórico-doctrinal cerca del legislador, de los súbditos, de los juristas científicos y del juez, en las funciones de crear, interpretar, aplicar y justificar el derecho positivo.

Yo mismo me he ocupado hace tiempo ya de la cuestión (Puy, 1970, 537), reflexionando sobre esos y otros papeles desempeñados por el iusnaturalismo a lo largo de la historia<sup>11</sup>.

La verdad es que todas esas cuestiones y muchas más constituyen simplemente aspectos de una pregunta principal, que formuló ya en 1950 Antonio Truyol en su increíble artículo “Derecho natural” para la *Enciclopedia Seix*, y que sonaba así: “¿Cuál es la eficacia social del derecho natural?” (Truyol, 1950, 801).

A ella se reducen todas las cuestiones, sea que se planteen indefinidamente en abstracto, sea que se propongan encerradas en los límites de una geografía, o en los de un tiempo, o en los de una cultura, o en los de un autor, o en los de un libro, o en los de una teoría, o en los de un ordenamiento, o en otros cualesquiera *ad libitum*. La bibliografía acredita que esto último se ha hecho (y se va a seguir haciendo) llegando a muy diversas conclusiones.

Bien, pero sin necesidad de hacerlo ahora, ¿tiene respuesta aquella pregunta? Sí, la tiene, y una respuesta, sin duda, positiva: *el iusnaturalismo ha manifestado una impresionante eficacia social a lo largo de la historia*.

Todos sabemos que hay iusnaturalismos cristianos y paganos, católicos y protestantes, monárquicos y republicanos, dextrógiros y levógiros,

---

<sup>11</sup>Yo he dado preferencia al estudio de algunos papeles como los siguientes: 1.º) ¿Es el iusnaturalismo un método científico-teórico-sistemático o tópico-retórico dialéctico? (Puy, 1970, 538). O dicho en otros términos: ¿qué función cumple el iusnaturalismo? ¿Teorizar o retorizar? ¿Racionalizar o irracionalizar? 2.º) ¿Es el iusnaturalismo un método vigente o un método obsoleto? (Puy, 1970, 539). O dicho de otra manera: ¿cumple el iusnaturalismo una función inmovilista o una función dinamizadora? 3.º) ¿Es el iusnaturalismo un método seguro o inseguro? (Puy, 1970, 544). En otras palabras: ¿fomenta el iusnaturalismo la seguridad o la inestabilidad? 4.º) ¿Es el iusnaturalismo un método jurídico o metajurídico? (Puy, 1970, 555). Es decir, ¿es un método de la experiencia jurídica, o de otras experiencias distintas? 5.º) ¿Tiene el iusnaturalismo alguna función en todos los momentos del proceso jurídico? ¿Sólo en algunos? ¿Quizá en ninguno? (Puy, 1970, 566). 6.º) ¿Tiene el iusnaturalismo alguna función en todas las situaciones del proceso social, o quizá sólo en unas pocas o en ninguna? (Puy, 1970, 571)... De todo esto me he ocupado detenidamente en mis *Lecciones* de 1970 y no quiero repetir de nuevo lo entonces tratado. Tampoco es necesario, porque ahora –ayudado por la distancia– veo mejor el bosque, sin que me estorben tanto los árboles.

burgueses y proletarios, intelectualistas y voluntaristas, racionalistas y existencialistas, idealistas y materialistas... ¿Por qué hubo tantos? Porque cada uno asumió su propio rol.

Todos sabemos también que hasta el siglo XX todos han sido iusnaturalistas sin saberlo. Es decir, que toda la teoría jurídica y toda la retórica jurídica de que ha vivido la humanidad hasta nuestra época ha sido un producto iusnaturalista. Por eso no se sabía que se hacía iusnaturalismo: porque no había otra cosa contra la cual contrastarlo... Y así fue hasta que el positivismo comenzó a negar el derecho natural... y el neopositivismo vienés teorizó esa negación. ¿Por qué? Porque querían sustituirlo en todas sus funciones, o desplazarlo para asumir algunos de sus papeles...

Todo ello deja constatado un dato crucial para el objeto que perseguimos: *que la eficacia social del derecho natural resulta abrumadora a lo largo de los siglos y hasta el momento en que los positivistas decimonónicos discutieron su idoneidad para algunas de sus tareas...*<sup>12</sup>

Según todas las evidencias, parece indiscutible que el iusnaturalismo tuvo una validez sociológica de largo alcance a lo largo de la historia, lo cual no fue discutido nunca, por lo menos, hasta hace dos siglos. Después de la Revolución francesa, poco más o menos, fue cuando vinieron todas las especies de idealismos, materialismos, escepticismos, formalismos, etc., que discutieron la teoría del derecho natural diciendo que no era una ciencia y que, por tanto, era una ideología... que estaba muerta y que tenía que ser enterrada, y que incluso había que enterrarla... antes, cuando todavía estaba viva...

Bien, pues he aquí que sigue viva y bien viva. Lo subraya la existencia del tópicus del iusnaturalismo: que ya se nos dibuja como una especie de su fortaleza, o bastión defensivo, construido en nuestro siglo XX.

#### 4. RECAPITULACIÓN SOBRE EL IUSNATURALISMO

Antes de seguir adelante, recapitulo un poco lo dicho sobre el iusnaturalismo. Subrayo, pues:

---

<sup>12</sup>Decía en 1950 el propio Truyol que “una ojeada al pasado nos muestra que constantemente los idearios iusnaturalistas, acertados o no, se han revelado como eficacísimas realidades histórico-espirituales, que a menudo han quebrantado ordenamientos jurídico-positivos que no respondían a sus principios fundamentales” (Truyol, 1950, 801). Confirmaba en 1967 Emilio Serrano que aun autores que niegan el derecho natural reconocen, no obstante, que éste ha desempeñado “una función creadora, directiva, crítica, fundamentante, perfeccionadora y supletoria del ordenamiento jurídico positivo, interno o internacional” (Serrano Villafañe, 1967, 268). Y todavía testificaba en 1987 Rafael Hernández, con una inconsecuencia pragmática impropia de su categoría excepcional de iuslogista, pero tanto más significativa para nuestra tesis, su convicción de que: 1.º) el derecho natural no existe; 2.º) las doctrinas del derecho natural sí existen; 3.º) enseñarlas a los alumnos es perder el tiempo; 4.º) pero los profesores sí deben estudiarlas “para su propia formación”... (Hernández Marín, 1987, 95).

- a) Que con el término *iusnaturalismo* se designa, unas veces, a todo el derecho natural, y otras veces, a sólo una parte del derecho natural.
- b) Que, en la segunda hipótesis, el *iusnaturalismo* connota la parte del derecho natural que se puede designar con muchas expresiones distintas, aunque ampliamente consonantes, como se hace, por ejemplo, cuando se habla de *la actitud, el discurso, la argumentación, la ciencia, la teoría, la filosofía, el método, la disciplina o la tópica del derecho natural*.
- c) Que las dos intelecciones son usuales, porque el *iusnaturalismo* está tan íntimamente ligado al derecho natural que en muchas ocasiones ambos términos son utilizados como sinónimos (Pérez Luño, 1971, 33).
- d) Que, como ya he avisado antes, no tomo aquí como equivalentes ambas expresiones, “derecho natural” y “*iusnaturalismo*”.
- e) Sino que, a los efectos de lo que digo, llamo *derecho natural* al objeto manejado o a los objetos estudiados por el *iusnaturalismo*.
- f) Que, por tanto, llamo *iusnaturalismo* a las doctrinas del derecho natural; o sea, a lo que se llama en italiano *giusnaturalismo*, en inglés *jusnaturalism*, en francés *jusnaturalisme* o en alemán *Naturrechtslehre* (y no simplemente *Naturrecht*).
- g) Que el *iusnaturalismo* es una noción acuñada en el último medio siglo para conceptualizar un modo de teorizar el derecho, que presenta muchas variantes –adversarias irreconciliables entre ellas mismas en ocasiones–, pero que tiene rasgos comunes suficientemente unitarios, frente a otro modo distinto de especular o razonar sobre el derecho, y respecto del cual la confrontación polémica es mucho más acre.

Esta última constatación abre, por necesidad, dos interrogantes.

Primera: ¿Cuál es la otra doctrina jurídica que ha concienciado a los *iusnaturalistas* inconscientes de lo común que les unía, por contraste con lo distinto y por rechazo de lo adversario (o enemigo) que ella representaba?

Y segunda: ¿Qué presta *ratio unitatis* a las diversas especies de *iusnaturalismo* históricamente advenidas?

Entiendo que sin contestar a esas dos preguntas no podemos llegar a contestar la primera que formulamos; o sea, la cuestión de *qué papeles ha desempeñado el iusnaturalismo a lo largo de la historia*. Voy, entonces, a intentar contestar ambas cuestiones, por la vía más expeditiva que se me ocurre. Que es la vía de sintetizar el testimonio de los autores coetáneos que han dado su opinión sobre el asunto del rival del *iusnaturalismo* y de la definición del mismo.

## 5. IUSNATURALISMO Y IUSPOSITIVISMO

Repito la primera pregunta, que trato de contestar, de las dos recién enunciadas: ¿cuál es la otra doctrina jurídica que ha concienciado a los *iusnaturalistas*

*inconscientes de lo común que les unía, por contraste con lo distinto y por rechazo de lo adversario (o enemigo) que ella representaba?*

Esta pregunta podría tener muchas respuestas, que ya ponen de relieve algunos trabajos de la jurisprudencia última<sup>13</sup>. Una abrumadora bibliografía nos dice, sin embargo, que *la doctrina catalizadora de la conciencia iusnaturalista, de la existencia de un iusnaturalismo, continente universal de las distintas concepciones del derecho natural, ha sido el positivismo en general y el iuspositivismo en particular*. En esa convicción participamos prácticamente todos los teóricos de nuestro tiempo<sup>14</sup>.

Ahora bien: si ello es así—si el iusnaturalismo es la respuesta del derecho natural al iuspositivismo—, la pregunta por los roles históricos del iusnaturalismo tiene que plantearse doctrinalmente teniendo clara conciencia de que el rol de contradecir o contrabalancear al positivismo no connota al iusnaturalismo. Por el contrario, eso sólo ha sido un episodio reciente.

Así pues, el iusnaturalismo no es una doctrina jurídica ideada para disputar con otra, la iuspositivista. Al contrario, *el iusnaturalismo es una doctrina jurídica nacida para crear, interpretar y aplicar el derecho...* que incidentalmente ha tenido que responder a las doctrinas nacidas de su seno, primero como modalidades y luego como alternativas..., distrayéndose por necesidad de su tarea y misión específica. Pues *la función esencial del iusnaturalismo es la de constituir un método para la resolución de los problemas jurídicos fundamentales* (Puy, 1970, 570). Y eso es así a pesar de la pluralidad de opciones en que se ha desenvuelto al paso de los acontecimientos. Lo que nos conduce a enfocar el problema que plantea a la unidad del fenómeno iusnaturalista la variedad de tanto pluralismo.

## 6. PLURALISMO IUSNATURALISTA

Abordo ahora la segunda pregunta antes planteada: *¿Qué presta, ratio unitatis, a las diversas especies de iusnaturalismo históricamente advenidas?*

Importa asentar, antes de todo, que la historia manifiesta un riquísimo pluralismo de teorías iusnaturalistas y que, por tanto, el iusnaturalismo como tópico no debe confundirse con ninguna de ellas. Pues bien: eso ocurre con más frecuencia de lo que sería razonable aceptar como simple *lapsus calami*.

---

<sup>13</sup>Podríamos pensar que la doctrina que se ha querellado contra el iusnaturalismo ha sido: el puritanismo (Bruni Rocca, 1950), el tecnicismo (Ciarletta, 1951, 424), el pragmatismo (Frosini, 1953), el historicismo (Ferrari, 1956; Fasso, 1958; Calabro, 1962), el modernismo (Piovani, 1961; Fasso, 1962), el democratismo (Bruno, 1965), el materialismo (Lukic, 1985, 51)...

<sup>14</sup>Como acreditan tantos y tantos trabajos de, por ejemplo, Vincenzo del Giudice (1950), Enrico Di Robilant (1957), Reginaldo Pizzorni (1960), Hans Kelsen (1961), Werner Maihofer (1962), Norberto Bobbio (1962 y 1965), Sergio Cotta (1962), Goffredo Quadri (1963), Giuseppe Lumia (1971), Antonio Fuentes Pérez (1971), Arthur Kaufmann (1977), Javier Esquivel (1982), Eugène Dais (1984), etc.

¿Es el iusnaturalismo la concepción jurídica del escolasticismo tomista? (Lalinde, 1970, pf. 264). Lo es, pero no sólo eso. La misión del iusnaturalismo no es la defensa del escolasticismo neotomista.

¿Es el iusnaturalismo una revisión y expurgación matemático-naturalista del derecho romano común? (Lalinde Abadía, 1970, pf. 274). Lo ha sido, pero no sólo eso. Tiene otras misiones más a desempeñar además de esa de actualizar el derecho romano o el derecho codificado.

¿Es el iusnaturalismo un instrumento de catequización, marcadamente provocativo, usado por el protestantismo en su guerra total contra el catolicismo? (Carpintero, 1988, 407). Lo fue, pero tampoco tiene por misión única el desarraigo de la cultura católica ni de ninguna otra.

¿Es el iusnaturalismo la ideología filosófica de la economía política de la fisiocracia? (Brañas, 1894, pf. 12). En efecto, desempeñó ese rol en un momento dado. Pero antes y luego ha desempeñado otros muchos.

¿Es el iusnaturalismo la filosofía moral del despotismo ilustrado? (Barrero, 1980, 142). Lo fue, y bastantes cosas más.

¿Es el iusnaturalismo la filosofía política del liberalismo? (Sánchez Agesta, 1976, pf. 3.1.1). Lo ha sido, pero de ninguna manera es ésa su función exclusiva.

¿Es el iusnaturalismo la ideología de la clase burguesa romántica? (Galindo Ayuda, 1980, 9). Que sí, que sí; que desempeñó ese papel... igual que antes y después otros muchos...

Este sumario repaso por algunas posiciones, que podría elevarse al infinito confrontando estudios históricos suficientes, demuestra que *la enumeración de funciones y papeles carece de sentido* y que, por tanto, hay que tratar de encontrar por otra vía la almendra del asunto de la eficacia social del derecho natural. Por tanto, hay que preguntarse: ¿cuál puede ser la función principal que cabe atribuir al iusnaturalismo como su rol propio y distintivo?

## 7. ROL CONSERVADOR “VERSUS” ROL PROGRESISTA

Conviene advertir que la doctrina, con insistencia llamativa, suele enfocar el problema del rol distintivo del iusnaturalismo preguntando por la función conservadora o progresista del iusnaturalismo a lo largo de la historia. ¿Y a qué conclusiones llega? Esto es, ¿cómo ha funcionado en la historia el iusnaturalismo: como un pensamiento conservador o como un pensamiento progresista?

Pues no es fácil contestar a eso, debido a que abundan las opiniones en favor de una a otra salida de la disyuntiva<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup>Y no me refiero tanto a las tomas explícitas de posición, en sede teórica, cuanto a las implícitas de que se hace uso, en sede tónica, por exigencias de convicción o persuasión discursiva, en el marco de la pragmática que une al que habla con aquellos de quienes habla y con aquellos a quienes se dirige.

Tengo para mí, por eso, que conciben el iusnaturalismo desempeñando un papel *conservador*<sup>16</sup> quienes, en sus respectivos contextos, hablan del iusnaturalismo, presentándolo, por ejemplo, así:

- a) Como un método jurídico natural que representa los principios permanentes a invariables que presiden la elaboración del derecho en todo tiempo y lugar (Dabin, 1953, pf. 129).
- b) Como una idea ingenua que sustenta la inmutabilidad política de ciertas situaciones socialmente modificables (Vernengo, 1972, pf. 6.3.2).
- c) Como una ideología de carácter premoderno y función conservadora, y a veces reaccionaria, importante elemento mantenedor y reproductor de la ideología o del régimen que se pretende eliminar (Rubio Castro, 1984, 133 y 138).
- d) O, en fin, como lo permanente, lo universal y lo común a todos los hombres en la definición del derecho (Ferraz, 1988, 162).

Por el contrario, manifiestan, a mi entender, la creencia en que el iusnaturalismo desempeña un rol decididamente *progresista* quienes lo describen en términos tan diferentes como, por ejemplo, estos otros:

- a) “La función del derecho natural consiste en la lucha por el derecho: no sólo lucha por un derecho positivo nacional, sino también lucha por un derecho positivo internacional o universal; y lucha para que ambos encarnen, cada vez más, valores éticos que realicen la aspiración humana de la justicia sobre la tierra, en los términos en que contemporáneamente se vaya presentando” (Aranguren, 1962, 8).
- b) “El derecho natural representa la categoría del progreso” (Dourado Gusmão, 1962, pf. 24).
- c) “Podemos considerar al derecho natural como orientación imperativa de la que debe servirse el legislador positivo si quiere hacer progresar el derecho” (Montejano, 1967, pf. 0.2).

¿Quiénes tienen razón: los que atribuyen al iusnaturalismo una función conservadora o los que, al contrario, se la atribuyen progresista? Ambos, según las coordenadas tempo-espaciales de que se trate.

Es que, en realidad, la misma teoría, defendiendo la misma causa, es progresista o revolucionaria cuando apoya a los que luchan por alcanzar el poder contra los que lo ostentan y conservadora o contrarrevolucionaria cuando apoya a los suyos que ya ostentan el poder frente a los desposeídos de él que intentan recuperarlo. Porque, en realidad, es progresista denun-

---

<sup>16</sup>Para alabarlo o para condenarlo por lo mismo, por ser conservador, e independientemente de que acierten o yerren en sus juicios, que eso no hace ahora al caso.

ciar al poder establecido o criticar el orden vigente, independientemente de qué clase de orden sea, o de qué género de poder se trate. E igualmente es conservador defender al orden establecido o al poder instalado, independientemente de qué clase de poder o de orden se trate.

En conclusión, me parece que si lo que se quiere es iluminar el rol distintivo del iusnaturalismo entre las demás doctrinas del derecho, ese camino de la distinción entre función conservadora y progresista es una senda que se pierde en el bosque... porque, en realidad, las dos funciones se funden en una.

Posibilidad que tampoco ha pasado inadvertida y que aflora en no pocas descripciones del iusnaturalismo, como, por ejemplo, las que lo conciben así:

- a) El iusnaturalismo es un complejo de valoraciones morales, determinadas, o postuladas, o integrantes o contrastantes, o excluyentes, o modificativas o sustitutivas de las valoraciones jurídicas ya positivas... (Bagolini, 1950, 244).
- b) "El iusnaturalismo es revolucionario porque propugna la transformación de la sociedad por la renovación de la vida interior y la incorporación de sus principios a las costumbres y a las leyes; y conservador porque es una revolución ascendente de paz individual, familiar, social e internacional" (Serrano Villafañe, 1967, 313-314).

La inviabilidad de esta senda se basa, en el fondo, en la complementariedad radical de la tradición con el progreso y de lo conservador con lo reformador. Como ha dicho el profesor Fraga Iribarne, "el conservador considera natural lo establecido y también considera natural el cambio"; sólo que sucede que "es más natural el cambio gradual y pacífico que el súbito y violento"; y, además, sucede que el cambio violento solamente "se hace inevitable si no se hacen a tiempos las reformas necesarias" (Fraga Iribarne, 1981, pf. 11).

## 8. EL ROL DISTINTIVO DEL IUSNATURALISMO

Si la distinción entre las innumerables tareas concretas que el iusnaturalismo ha desempeñado no conduce a ningún sitio, y si lo mismo le ocurre a la distinción entre función conservadora y función progresista..., la respuesta a la pregunta por el rol distintivo del iusnaturalismo debe ser buscada por otro lado. ¿Por dónde? A mi modo de ver, partiendo de este planteamiento: no importa *cómo* ha hecho el iusnaturalismo lo que ha hecho, lo que importa es lo que intentaba conseguir, o sea, el *objetivo* que perseguía.

Pues bien, tal *objetivo* tiene dos dimensiones:

- a) La interna metodológico-doctrinal.
- b) Y la externa ético-sociológica.

1. Por lo que se refiere a la primera, mi posición personal, largamente argumentada en mis *Lecciones de Derecho Natural*, hasta el punto de haberse convertido en una de sus tesis centrales, se resume así: el iusnaturalismo constituye una *episteme* jurídica de carácter filosófico-teológico y en todo caso metacientífico, que aspira a ser “una auténtica ciencia jurídica fundamental” (Puy, 1970, pf. 25.12)<sup>17</sup>.

En consecuencia, decía por las mismas fechas Antonio E. Pérez Luño, con toda razón, que el iusnaturalismo cumplía entonces el rol de ser, ahora como en siglos pasados, el nexo que vincula al jurista con las exigencias de su tiempo (Pérez Luño, 1970, 324). Idea que el propio autor puntualizaba un año después, en su notable tesis doctoral, de este modo: “Se aprecia una identidad funcional constituida por la exigencia constantemente sostenida de que el derecho natural constituya el fundamento y la regla de valoración del ordenamiento positivo”. Y “en ello consiste la univocidad histórico-funcional del iusnaturalismo” (Pérez Luño, 1971, 37).

Ahora bien, ese aspecto primero, el interno de la teoría misma, el de carácter metodológico-doctrinal estricto, no agota la cuestión. El rol que le ha dado al iusnaturalismo su vigor eternamente juvenil y su capacidad de resucitar tantas veces como se lo asesina procede del otro objetivo que trata de cumplir, es decir, el objetivo de dimensión exterior a la propia doctrina, o sea, el realmente ético-sociológico.

2. ¿En qué consiste tal objetivo del iusnaturalismo?

Según el propio Pérez Luño, la función histórica del iusnaturalismo “se concreta en la exigencia constantemente renovada de establecer un límite racional frente al arbitrio de quien ejercita el poder” (Pérez Luño, 1970, 320).

Otros autores lo han dicho de otro modo, pero coincidiendo en el núcleo. Incluso desde posiciones contrarias al iusnaturalismo, como es el caso, por ejemplo, de Roberto José Vernengo en Argentina, o de Javier Esquivel en Méjico, o de García Amado en Asturias<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup>Es iusnaturalismo todo saber que aspire a ser “una ciencia del fundamento del derecho” (Puy, 1970, pf. 28.1), que “como ciencia estudia el fundamento último del derecho” y “como técnica” trata de “distinguir, en el conjunto de todo lo que aparenta ser derecho a primera vista, en el tráfico normal, entre el derecho auténtico y el derecho falsificado” (Puy 1970, pf. 28.2).

<sup>18</sup>Según el primero, en efecto, cuando el juez invoca el derecho natural, simplemente “se trata de un recurso utilizado para no aplicar, en ciertos casos, normas del derecho positivo, que pueden llevar a consecuencias injustas o inconvenientes” (Vernengo, 1972, pf. 9.4.9). Para el segundo, es iusnaturalismo toda doctrina que postula que las reglas jurídicas tienen que identificarse con criterios empíricos y con criterios morales también; y no sólo con los

No es preciso añadir más. Según todos los indicios, ya tenemos datos suficientes para responder a la pregunta por los roles históricos del iusnaturalismo. Mi respuesta definitiva a aquella pregunta suena así:

- a) La función lógico-científica y tópico-retórica del iusnaturalismo ha sido constituir un saber fundamental del derecho capaz de crear una técnica o arte para la mejor resolución de los conflictos fundamentales del ser humano.
- b) Y la función ético-sociológica o teleológico-política del iusnaturalismo ha sido la de defender a los marginados y discriminados, a los abandonados y oprimidos, plantando cara a todos los prepotentes, gobernantes, poderosos, amos, señores, principales y dirigentes de todas clases.

Entonces, entre los muchos roles históricos desempeñados por el iusnaturalismo, ¿hay dos de ellos superiores y distintivos? Pues sí, hay dos. Pero si queremos apurar el trago, no tengo inconveniente en decir que uno de esos dos es más hondo, o último, o superior que el otro, a saber: el segundo.

Estoy, por tanto, de acuerdo con la tesis, expresada con enorme acierto por Ernst Bloch en 1961 con estas palabras: “La utopía social estaba dirigida a la felicidad humana; el derecho natural, en cambio, a la dignidad humana. La utopía social diseñaba de antemano situaciones en las que dejan de existir los agobiados y oprimidos, mientras que el derecho natural construye situaciones en las que dejan de existir los humillados y ofendidos” (Bloch, 1961, p. 0). Por eso, añade el mismo autor, el iusnaturalismo, “durante largo tiempo y a trechos, hará sensible e instruirá contra todos los abusos de arriba, contra toda cosificación de los medios de poder, contra toda falta de control del poder” (Bloch, 1961, p. 20.5). Así es.

*Ese es el rol principal, tal es el papel permanente del iusnaturalismo: la lucha por la dignidad humana a través de una perenne defensa de los humillados y ofendidos; del lado de todo poder piadoso, con todo poder espiritual, junto a todo poder bien controlado; y plantando cara a todos los abusos de arriba, frente a toda cosificación en los medios de poder, contra toda falta de control del poder.*

¿Y qué hay del rol técnico-científico? El segundo rol es también importante, desde luego. Pero lo es por ser una condición necesaria para el primero. Quiero decir, en fin, que lo otro es real y es cierto: pero que es sólo un instrumento.

---

primeros, como quiere todo iuspositivismo (Esquivel, 1982, 131). Y, en fin, para el tercero, sería iusnaturalismo “el medio de hacer prevalecer en la praxis jurisprudencial principios o consideraciones de justicia siempre que la rigidez del texto escrito de la norma no permita la solución adecuada” al caso de que se trate (García Amado, 1988, 111).

¿Y las actitudes conservadoras o progresistas? Eso es todavía menos importante, porque su aparición y desaparición, en eterno turno y retorno, es fruto de la simple coyuntura. Pues si progresar es combatir contra los poderes que abusan de su prepotencia sobre los débiles, también es progresar combatir por conservar todo lo bueno que ya se haya alcanzado en favor de los débiles, cuando los fuertes (quizá los mismos que antes fueron débiles) intentan resucitar y levantarse de nuevo con soberbia sobre los débiles (quizá los mismos que antes fueron fuertes).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA EN TEXTO Y NOTAS

- ABRIL CASTELLÓ, V. (1969): "El iusnaturalismo pluralista y comunitario de J. Messner", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 187 y ss.
- ARANGUREN, J.-L. L. (1962): "Un concepto funcional del llamado derecho natural", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9, 1 y ss.
- BAGOLINI, L. (1950): "Valutazioni morali e giuridiche nella crisi dell'etica individuale", en *Studi Senesi*, 1, 178 y ss.
- BARREIRO, X. R. (1980): "La Facultad de Filosofía y Letras hasta 1922", en M. Díaz Díaz (ed.): *La Universidad de Santiago*, Univ. de Santiago.
- BLOCH, E. (1961): *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, Francfort del Maine.
- BOBBIO, N. (1957): *Giusnaturalismo*, en el *Dizionario di Filosofia*, de Ed. di Comunità, Milán, 599 y ss.
- (1962): "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", en *Rivista di Diritto Civile*, 8, 503 y ss.
- (1965): *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Communità, Milán.
- BRAÑAS, A. (1894): *Historia económica*, Paredes, Santiago.
- BRUNI ROCCIA, G. (1950): *La dottrina del diritto naturale in America. Le origini: Puritanesimo e giusnaturalismo*, Giuffrè, Milán.
- BRUNO, A. (1965): *La formazione del pensiero politico di Rousseau: La critica del giusnaturalismo nei "Discours"*, Bonanno, Catania.
- CALABRO, G. (1962): "Giusnaturalismo e storicismo", en *De Homine*, 1, 107 y ss.
- CARPINTERO, F. (1988): "La modernidad jurídica y los católicos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5, 383 y ss.
- CASTRO CID, B. de (1970): "Iusnaturalismo y realismo en Luis Recaséns Siches", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15, 278 y ss.
- CIARLETTA, N. (1951): "Alternative fra tecnicismo e giusnaturalismo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 28, 424 y ss.
- COTTA, S. (1962): "Diritto naturale e diritto positivo", en *Iustitia*, 1, 3 y ss.
- DABIN, J. (1953): *Teoría General del Derecho*, trad. esp. ERDP, Madrid, 1955.
- DAIS, E. (1984): "Jusnaturalism, legal positivism and perspectival confusion", en *Memoria del X Congreso Mundial de la IVR*, UNA de México, 1984, t. 10, 69 y ss.
- DEL GIUDICE, V. (1950): "Diritto naturale e diritto positivo", en *Diritto Ecclesiastico*, 1, 318 y ss.

- DI ROBILANT, E. (1957): *Diritto naturale e diritto positivo*, en la *Enciclopedia Filosofica* del Ist. per la Collaborazione Culturale, Venecia, t. 1, cols. 1641 y ss.
- DOURADO GUSMÃO, P. (1962): *Introdução á teoria do direito*, Freitas, Río de Janeiro.
- ELÍAS DE TEJADA, F. (1977): *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla.
- ESQUIVEL, J. (1982): "Positivismo jurídico y iusnaturalismo", en *Memoria del X Congreso de la IVR*, UNA de México, t. 6, 129 y ss.
- FASSO, G. (1957): *Giusnaturalismo*, en la *Enciclopedia Filosofica* del Ist. per la Collaborazione Culturale, Venecia, t. 2, cols. 1793 y ss.
- (1958): "Diritto naturale e storicismo", en *Il Mulino*, 78, 239 y ss.
- (1962): "Il giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello stato", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 3, 813 y ss.
- FERRARI, A. F. (1956): "Giusnaturalismo e storicismo", en *Actes Reun. Intern. Bolzano*, Bolzano, 201 y ss.
- FERRAZ, T. S. (1988): *Introdução ao estudo do direito*, Atlas, São Paulo.
- FRAGA IRIBARNE, M. (1981): *El debate nacional*, Planeta, Barcelona.
- FROSINI, V. (1953): "Pragmatismo e giusnaturalismo nel pensiero di R. Pound", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 30, 525 y ss.
- FUENTES PÉREZ, A. (1971): "Iusnaturalismo y positivismo en los derechos humanos", en el *Ciclo de conferencias sobre cuestiones jurídicas de actualidad*, CASE, Murcia, 77 y ss.
- GALINDO AYUDA, F. (1980): *La proyección política del iusnaturalismo racionalista en España (1808-1814)*, Univ. de Zaragoza.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1988): *Teorías de la tópica jurídica*, Universidad de Oviedo.
- HANISCH, H. (1974): "Principales hitos de la historia del iusnaturalismo", en *Revista Chilena de Derecho*, 2, 149 y ss.
- HERNÁNDEZ MARIN, R. (1987): "Filosofía del Derecho", en J. J. Ferreiro (ed.): *La enseñanza del Derecho en España*, Tecnos, Madrid, 94 y ss.
- KAUFMANN, A. (1977): "Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, 17, 351 y ss.
- KELSEN, H. (1928a): *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Pan, Charlottenburg (73 pp.).
- (1928b): "Naturrecht und positives Recht", en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 2, 71 y ss.
- (1961): "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4, 7 y ss. Trad. en el vol. I de *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Europa, Viena, 1968, 817 y ss., con el título "Naturrechtslehre und Rechtspositivismus".
- (1963): "Die Grundlage der Naturrechtslehre", en Schmölz (1963), 1 y ss.
- KRUPA, H. (1938): "Gierkes Kampf gegen Positivismus und Naturrecht", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 32, 454 y ss.
- LALINDE ABADÍA, J. (1970): *Iniciación histórica al Derecho*, Ariel, Barcelona.
- LANGNER, A. (1959): *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Novvier, Bonn.
- LUKIC, R. (1985): "Le droit naturel et le materialisme historique", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 23, 51 y ss.
- LUMIA, G. (1971): "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", en su *Controllo sociale, giurisdizione e libertà*, Giuffrè, Milán, 53 y ss.

- MAIHOFFER, W. (1962): *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche, Darmstadt.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1970): "El iusnaturalismo ante los años 70", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15, 295 y ss.
- (1971): *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Colegio de España en Bolonia, Zaragoza.
- PIOVANI, P. (1961): *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari.
- PIZZORNI, R. (1960): "Diritto naturale e diritto positivo", en *Sapienza*, 1960, 528 y ss.
- PUY MUÑOZ, F. (1970): *Lecciones de Derecho Natural*, 2ª ed., Porto, Santiago de Compostela.
- (1974): *Pufendorf, Samuel*, en la *Gran Enciclopedia Rialp*, t. IX, Rialp, Madrid, 491.
- QUADRI, G. (1963): "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 40, 369 y ss.
- RASP, G. (1974): *Erläuterungen des Lehrbegriffs der Naturrechts*, Gassler, Viena.
- RECASÉNS SICHES, L. (1970): *Iusnaturalismos actuales comparados*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Madrid.
- RUBIO CASTRO, A. (1984): "La filosofía jurídica académica en España (1900-1936)", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 4, 131 y ss.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1976): *Principios de teoría política*, Editora Nacional, Madrid.
- SCHMÖLZ, F. M. (1963): *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Springer, Viena.
- SERRANO VILLAFANE, E. (1967): *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Editora Nacional, Madrid.
- TRUYOL Y SERRA, A. (1950): *Derecho natural*, en la *Nueva Enciclopedia jurídica* de Seix, Barcelona, t. 1, 765 y ss.
- VERDROSS, A. (1963): "Der Einfluss der Naturrechtslehre aus Theorie und Praxis der internationalen Beziehungen", en *Schmölz* (1963), 106 y ss.
- (1965): "Die Rechtsphilosophie H. Henkels und die erneuerte aristotelisch-thomistische Naturrechtslehre", en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 15, 18 y ss.
- VERNENGO, R. J. (1972): *Curso de Teoría General del Derecho*, Cooperadora, Buenos Aires.
- WELZEL, H. (1958): *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Gruyter, Berlín.
- WOLF, E. (1955): *Das Problem der Naturrechtslehre*, Müller, Karlsruhe.



## LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN INGLATERRA (De la romanización de las instituciones jurídicas inglesas)

*Eduardo Soto Kloss\**

SUMARIO: 1. Inglaterra antes de Guillermo el Conquistador. 2. Guillermo el Conquistador y Lanfranco, canciller de Inglaterra. 3. El arzobispo Teobaldo y el derecho romano. 4. Vacario y la fundación de Oxford. El Liber Pauperum. 5. Glanvil, Bracton y Fortescue. 6. Una recepción encubierta.

“Inglaterra no conoció el fenómeno que se bautiza con el nombre de recepción del derecho romano”: así comenzaba Radbruch el párrafo dedicado al derecho angloamericano en su *Introducción a la Filosofía del Derecho*<sup>1</sup>. Después de estas frases del connotado jurista podría parecer arriesgado hablar de *romanización de las instituciones jurídicas inglesas*, como lo hemos hecho en otras ocasiones; pero no hay error ni en lo uno ni en lo otro, no obstante que a primera vista pudieran ser afirmaciones contrapuestas. Tratemos de explicar brevemente este proceso peculiar de la “romanización” del derecho inglés.

### 1. INGLATERRA ANTES DE GUILLERMO EL CONQUISTADOR

Conquistado el país de los anglos por los romanos –época de Claudio<sup>2</sup>– y caído el poderío de éstos, fue la Iglesia, por la tarea evangelizadora, la

---

\*Decano de la Facultad de Derecho-Universidad Santo Tomás

<sup>1</sup>Fondo de Cultura Económica (3ª. ed.). México. 1965, 69 (G. Radbruch es también autor de una obra sobre *Der Geist des englischen Rechts*, cuya 2ª. ed. es de 1947).

<sup>2</sup>Ya Julio César, en su época de gobernador de las Galias, había incursionado en las islas británicas (55 a. C.) y luego de alguna resistencia logró someter después de dos expediciones a varias tribus, si bien una vez retirado César pareciera que fue la Bretaña olvidada por los romanos. Fue Claudio quien mandó hacia el año 43 d. C. 4 legiones (la IX Hispana, la II Augusta, la XIV Gemina Martia y la XX Valeria, al mando del general Aulo Plautio), que vencieron todo posible rechazo indígena, apoderándose los romanos de la isla hasta llegar a los distritos montañosos de Gales y Escocia: todo el centro y sur de la Bretaña fue así tierra romana, sufriendo su rica influencia civilizadora, continuada después por los monjes irlandeses y del norte de Italia. Es curioso observar que la conquista romana llevó a tierras británicas al mismo Claudio, a Vespasiano e incluso a Adriano, además de Antonino y Septimio Severo, y

que conservó a través de su organización y administración la influencia romana, y más tarde por el derecho canónico; con todo, las escuelas conventuales y episcopales que ella mantenía fueron centro de irradiación cultural que conservando el aporte antiguo supieron agregarle el elemento cristiano insuflándole nueva vida, uniendo sabiamente *vetera et nova*. En dichas escuelas y enseñando el *trivium*, la Iglesia daba a la juventud nociones de gramática, dialéctica y retórica, y en ésta, dentro del *genus iudiciale*, entregaba noticias de la ciencia de la jurisprudencia, cierto que tal vez de modo rudimentario, dada la escasez de fuentes jurídicas con que deben haber contado. Es decir, la Iglesia, por intermedio de sus escuelas y por medio de su propio derecho (*ius canonicum*), conservó lo mejor de las tradiciones antiguas, y cristianizando el derecho de Roma lo utilizó para su propia organización, deviniendo la única y sola fuerza espiritual que traspasando la Alta Edad indicaría la vía que el *siglo* adoptaría tiempo después, secularizándola.

Ahora bien, el derecho que las tierras británicas veían aplicar (Inglaterra específicamente, que es lo que nos interesa) en esta etapa de pocos antecedentes históricos, parece no haber sido otro que el que emanaba jurisprudencialmente de las costumbres<sup>3</sup>.

## 2. GUILLERMO EL CONQUISTADOR Y LANFRANCO, CANCELLER DE INGLATERRA

La lucha de Haroldo con Guillermo el normando y el posterior triunfo de éste en las colinas de Hastings cerca de Sussex (14.10.1066) marcaría la historia de Inglaterra con un sello nuevo, llevándola por caminos que

---

es que los pictos y escotos desde un comienzo fueron difíciles de dominar, dedicados al pillaje como era su vida, y feroces en su obra devastadora. Con la caída del imperio, los escotos y pictos que poblaban las tierras del norte, aliados con tribus sajonas, fueron conquistando el país haciendo desaparecer los restos de la civilización romana (como refiere A. Maurois, *Historia de Inglaterra*, 3ª. ed. Ercilla. Santiago de Chile. 1960, 23, "El hecho más importante que se puede observar en Francia y en Inglaterra no es que en ellos se encuentren monumentos romanos; es que ellas son monumentos romanos").

<sup>3</sup>Anglosajonas, y también danesas, particularmente desde que en el siglo VIII comenzaron las invasiones de los vikingos hasta conquistar casi todo el país. No debe olvidarse que por la acción del rey Alfredo el Grande (871-901) pudieron ser vencidos fijándose en el tratado de Wedmore (878) una frontera entre Wessex y Danelagh, en que los daneses quedaron soberanos del norte y este y los anglosajones (bajo Alfredo) permanecieron al sur; situación que no duraría mucho porque vueltos los daneses a sus andanzas de conquista, en la segunda mitad del siglo X conquistarían definitivamente el país, deviniendo en 1016, Canut (hermano del a la sazón rey de Dinamarca) rey de las islas británicas. Ciertamente es que muerto Canut los anglosajones eligieron rey nuevamente a un anglosajón, Eduardo (1041-1066), que pasaría a la posteridad bajo el luminoso nombre de "el Santo Confesor". Este rey santo, que había sido educado en la corte de los duques de Normandía, se rodeó de consejeros normandos, y sirvió así –sin imaginarlo, obviamente– de un provechoso enlace con los conquistadores que le sucederían en el trono.

fueron muy diversos a los hollados en el continente europeo, significándole unas teorías políticas distintas, un modo de gobernación diferente, y un Derecho diverso, es decir, un modo peculiar de vida.

Guillermo, de la casa de los Plantagenet, señor de Normandía, y vasallo del rey de Francia, deviene rey de Inglaterra, y como no podía menos que hacer, traslada señores, guerreros, costumbres y lengua normandos a las nuevas tierras conquistadas, que sufren obviamente el impacto de un modo de vida más cultivado, de costumbres más civilizadas, y de una organización más desarrollada, junto a un derecho que largamente influido por normas romanas (romano-bárbaras, más propiamente) viene a flanquear las costumbres y leyes anglas que si bien sin derogarlas<sup>4</sup> las irá absorbiendo para irse formando un derecho (conjunto de normas consuetudinarias y de normas dictadas por el príncipe) que será la base del ulterior derecho común de los pueblos anglo-sajones (*common law*).

Terminada la conquista, Guillermo llamó a Inglaterra a un monje benedictino, prior de la abadía de Caen, llamado Lanfranco, y le nombró (1070) arzobispo de Cantorbery; este hecho, que pudiera aparentemente ser tan anodino, tendrá, sin embargo, fundamental importancia.

Lanfranco, que se transformará en canciller de Inglaterra<sup>5</sup>, había nacido en la Lombardía, itálica tierra, hacia comienzos del siglo XI (cerca 1005) y habiendo estudiado jurisprudencia en el estudio de Pavía<sup>6</sup>, de-

---

<sup>4</sup>V. gr. conservó Guillermo las populares instituciones de las *hundred courts* y de las *shire courts* (*requiratur hundredus et comitatus sicut antecessores nostri statuerunt*, vid. W. Stubbs, *The constitutional history of England* (3 vol., 4 th. ed.). Clarendon Press. Oxford. 1883, I, 290), y confirmó en esencia las leyes vigentes a la época de San Eduardo; en el cuarto año de su reinado ordenó una encuesta en todo el territorio con el objeto de que cada *county* emitiera una declaración sobre las leyes bajo las cuales deseaba regirse.

<sup>5</sup>El cargo de canciller estaría a partir de Lanfranco entregado siempre a un clérigo y experto legista y canonista hasta que en tiempos de la escisión con Roma pasaría en todo caso a un jurista.

<sup>6</sup>"In scholis liberalium artium et legum saecularium ad suae morem patriae", como refiere G. Astuti, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le Fonti, età romano-barbarica*. Cedam. Padova. 1953, 361. Aun si, como parece más de acuerdo con la verdad documental, es un hecho que el derecho romano entre los siglos VI y X sufrió un eclipse notable en cuanto a su enseñanza, no obstante que pasó a dar vida de modo intenso a la legislación visigótica, burgundia y longobarda, lo cierto es que por causas diversas y heterogéneas el siglo XI vio un fortalecimiento del estudio del derecho por obra de la llamada escuela de Pavía, y luego, sobre todo, por el *studium* de Bolonia.

La escuela de Pavía había adquirido especial desarrollo bajo el imperio carolingio, y particularmente bajo Lotario, sucesor de Carlomagno, que la había hecho centro escolar de la región ligúrico-piamontés-lombarda, ciudad convertida en capital del reino de Italia, y sede de una ciencia palatina o supremo tribunal. Pavía, sede de la curia palatina del *regnum* itálico, era centro de un comercio jurídico práctico y administrativo de importancia, si se considera que era lugar donde residía un cuerpo de jueces (*iudices*), de abogados (*causidices et advocati*) y de notarios, cuyas fórmulas incluso tendrían notoria influencia en el reino alemán a la época de la recepción del derecho romano en el Sacro Imperio Romano Germánico, dada la experiencia probada y su clara formulación.

vino uno de los más famosos discípulos del célebre Bonfiglio, llegando a ser junto a Guillermo uno de los más conspicuos representantes de la escuela de Pavía (escuela que sería luego eclipsada por el fulgor del *studium boloñés*).

Dejando el mundo, Lanfranco se hizo monje benedictino, y hacia 1042 pasó a Francia, donde las crónicas refieren que a mediados del siglo XI sería elegido abad del convento de la orden en Caen (1062)<sup>7</sup>, donde sin duda habría debido conocer a Guillermo, a la sazón duque de Normandía, lo que le valió que fuera llamado por el conquistador para asesorarle en la magna empresa de organizar la conquista y echar las bases de una administración y gobierno en las islas anglosajonas<sup>8</sup>.

En tal postura no cabe duda que Lanfranco ha tenido gran influencia, y conocedor del derecho romano, canónico y longobardo, tuvo participación fundamental ya en la pretensión misma de Guillermo al trono de

---

Lanfranco era experto en derecho longobardo, y es un hecho que los doctores de Pavía consideraban al derecho romano como integrador de las lagunas que sufriera el derecho longobardo, y subsidiario de éste, dado que la ley romana era la ley general de las gentes (*quae omnium est generalis*); ellos conocían el derecho romano a través de algunas compilaciones, en especial la *Expositio longobardica*, de los primeros años del siglo XI, que contenía legislación desde el siglo VII, y con citas no poco frecuentes del código justinianeo (sobre el tema vid. Pollock and Maitland (Milson), *The history of English Law* (2 vol.) Cambridge University Press. 1968, vol. 1, chapter V, espec. 111-124).

<sup>7</sup>Maurois (ob. cit. 41) da referencias distintas de las que normalmente suelen citarse de este célebre personaje longobardo: señala que habría llegado a Normandía llamado para enseñar derecho en Avranches, adquiriendo igualmente celebridad. Es allí donde habríase hecho monje benedictino entrando al convento que se construía a orillas del Risle (Bec Hellouin), fundando allí una escuela, pronto famosa, donde habrían acudido bretones, flamencos y germanos. De este convento donde fuera prior, habría pasado a Caen para luego ser llamado por Guillermo a Inglaterra. Sobre Lanfranco, su influencia y la del famoso monasterio de Bec puede verse T. F. T. Plucknett, *A concise history of common law* (5<sup>th</sup>. ed.). Butterworth. London. 1956, 297, 11 y 359; Pollock and Maitland (Milson), *The history of English Law* cit., vol. 1, chapter V, espec. 111-124; Maurois cit. 41-57; ver también J. Pieper, *Filosofía medieval y mundo moderno*. Rialp. Madrid. 1973, 67-93 con especial referencia a Anselmo de Cantorbery, el famoso autor del *Proslogion*, quien sucedería a Lanfranco como canciller de Inglaterra.

<sup>8</sup>Señala G. K. Chesterton (*Pequeña historia de Inglaterra*. Espasa Calpe Argentina. Buenos Aires. 1946, 60) –en su lenguaje siempre tan imaginativo– que si grandes fueron los talentos de Guillermo como señor, él no pasó de ser “un auxiliar de influencias más vastas y superiores. El desembarco de Lanfranco, es tal vez una fecha más memorable que el desembarco de Guillermo. Y Lanfranco era italiano: como Julio César. El normando no ha sido aquí una muralla o estorbo brutal alzado en los términos de un imperio, sino algo como una puerta. Como una de esas puertas que construyó nuestro suelo y aún se conservan, con su arco redondo, su traza ruda y sus robustas columnas. Por esa puerta penetró la civilización. Así Guillermo de Falaise tiene en la historia mejor título que el de duque de Normandía o rey de Inglaterra, porque fue lo mismo que Julio César, o lo mismo que San Agustín: un embajador de Europa en Britania”.

Vid. también P. Koschaker, *Europa y el derecho romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955, 124; “Iustro e decoro” de la escuela de Pavía, dirá P. Vinogradoff, *Diritto romano nella Europa medievale* (2<sup>a</sup>. ed.). Giuffrè. Milano. 1950, 41.

Inglaterra, y luego en la política de éste respecto al papa, en la reforma de la Iglesia (que particularmente preocupaba a Gregorio VII) y en el gobierno mismo del país inspirando su legislación<sup>9,10,11,12</sup>.

### 3. EL ARZOBISPO TEOBALDO Y EL DERECHO ROMANO

Si bien la labor desplegada por el monje Lanfranco ha sido intensa y su influencia honda, no es sino por obra de uno de los sucesores en el cargo

---

<sup>9</sup>No obstante que se conservaran en gran medida las costumbres anglosajonas (y no podía en principio ser menos, ya que Guillermo era heredero de los reyes sajones), por la vía del fuero eclesiástico que Guillermo reconociera a la Iglesia para conocer de las causas eclesiásticas (y la Iglesia con Lanfranco adquirirá prestigio y poderío) es aplicable largamente el derecho canónico en el cual el ex jurista de Pavia era diestro y afamado, y a través de él entra el derecho romano como subsidiario. Como dirá Vinogradoff (ob. cit. 41) “Come è stato provato da suoi scritti posteriori di teologia, egli non dimenticò la sua preparazione giuridica anche nel tempo della sua grandezza in Inghilterra”.

<sup>10</sup>Tal vez no sería muy arriesgado afirmar que el poder absoluto que ejerció Guillermo sobre las tierras conquistadas y la administración y poder militar fuertemente centralizados que estableciera, junto con una capacidad financiera sólida de que hizo gala, fue todo ello –en aquella época de lazos políticos feudales y de poderes centrales casi inexistentes– influido ciertamente por el ejemplo de la Iglesia y su organizada administración, lo cual ha debido ser en alguna medida obra del prior de Bec, luego jefe de la Iglesia de Inglaterra.

<sup>11</sup>Uno de los hijos de Guillermo el conquistador, Enrique, que reinara entre 1100 y 1135, legó fama de jurista y hombre culto: se cuenta que no sólo sabía leer y escribir sino que entendía griego y latín; sin duda, formado por Lanfranco y su escuela, estuvo particularmente preocupado en fomentar los estudios y establecer una justicia en todo el reino; las Cortes reales fueron sustituyendo las cortes señoriales y desarrolló el sistema de jurados (cuyos orígenes parecen ser francos, de quienes lo habrían tomado los normandos) para todos los asuntos criminales; a través de la “Paz del reino” (legislación de tutela del orden interior) las Cortes reales fueron avocándose toda la materia criminal; gradualmente fueron desarrollándose también cortes locales de justicia, presididas por el sheriff y luego por jueces de la Corte real, enviados por el rey. Este rey que supo ganarse el afecto de sus súbditos, a poco de asumir convino la *Charte of Liberties* en la cual se comprometió a la abolición de los tributos daneses (danegeld) –que venían de la época de los sucesores de Alfredo, y habían continuado bajo la dominación normanda–, al restablecimiento de leyes anglosajonas, y a no enajenar beneficios eclesiásticos vacantes ni dejar sin proveer las sedes que vacaran (abusos en que notoriamente se había distinguido su antecesor, Guillermo II (1087-1100), el segundo hijo del Conquistador una vez que el célebre Lanfranco hubiera fallecido). Hizo una política anglosajona, casó con la hija del rey Malcolm, de Escocia, la conocida por la leyenda como *Good Queen Maud*, y estableció la paz y la justicia; desgraciadamente a su muerte (no teniendo heredero varón) volverían las luchas a florecer y las guerras internas asolarían la Inglaterra hasta que Enrique II (nieto de aquél) veinte años después la restableciera.

<sup>12</sup>Para una aproximación al régimen financiero y que le permitió al monarca ejercer un “poder tributario” muy efectivo, vid. sobre *Domesday Book*, verdadero catastro de bienes y personas, vid. A. Maurois cit. 52-57, y J. L. Broussard, *L'enquête publique en Angleterre*. Puf. Paris. 1969, 7-8, que advierte muy bien su intención político-jurídica; Plucknett cit., 11-14, 95-96, 111, 297, 426, y 517; más profundamente, la obra clásica de F. W. Maitland, *Domesday Book and beyond*. 1897; también V. H. Galbraith, *The making of Domesday Book*. Oxford. 1961.

de arzobispo de Cantorbery, Teobaldo<sup>13</sup>, que el derecho romano (*ius civile*) hará su aparición ostensible y oficial. Este prelado, que conocía bien el esplendor de los estudios jurídicos en Italia y que admiraba el prestigio de los juristas boloñeses, tuvo ocasión de advertir cómo el derecho romano –ya en tiempo de los glosadores– servía de manera práctica a la solución de conflictos, incluso políticos, y como aquellos eran tiempos de numerosos conflictos<sup>14</sup>, no sólo adquirió numerosos manuscritos de obras de los doctores boloñeses sino que invitó también a legistas y doctores a Inglaterra, para que no sólo le asesoraran a él sino se encargaran de la enseñanza misma de dicho derecho.

#### 4. VACARIO Y LA FUNDACIÓN DE OXFORD. EL LIBER PAUPERUM

Así fue como llegó a esas tierras el lombardo Vacario, discípulo de los glosadores boloñeses, que si bien no parece haber sido un maestro boloñés, ni un legista que hubiese brillado en Italia (no obstante consta que conocía tanto el derecho longobardo como el civil y canónico), desarrolló en Inglaterra una vasta obra y tuvo notoria influencia<sup>15</sup>. El hecho cierto es que bajo la protección de Teobaldo<sup>16</sup> enseñó en Cantorbery y luego fundó en Oxford un *studium* de derecho donde enseñara el derecho romano con gran éxito, formándose un numeroso grupo de discípulos. Cuentan las crónicas que acudían a sus explicaciones estudiantes tanto nobles como

---

<sup>13</sup>Teobaldo tuvo la fortuna de saber reunir en torno a sí figuras prestigiosas, baste señalar que tuvo por secretarios a John de Salisbury y a Tomás Becket, y fue el centro de un intenso movimiento cultural.

<sup>14</sup>Se recuerda una historiadada disputa que Teobaldo tuvo con el obispo de Winchester, Enrique, que era legado papal, disputa que había provocado una apelación de Teobaldo a Roma, donde era Papa, Celestino II, y para que fuera decidida según el derecho; para tal efecto había sido enviado Vacario a Inglaterra: “tunc leges et causidici in Angliam primo vocati sunt; quorum primus erat magister Vacarius. Hic in Oxnefordia legem docuit”, refiere G. Ermini, *Corso di diritto commune* (3ª. ed.). Giuffrè. Milano. 1952, 76.

<sup>15</sup>Es curioso observar que por la misma época, primera mitad del siglo XI, Irnerio llevaba a cabo su obra en Bolonia, y en el mismo siglo Placentino partiría a Francia, donde fundaría un *studium* de derecho en Montpellier, llevando el método y la ciencia boloñesa. Por la misma época, en cambio, el reino alemán del Sacro Imperio veía aún la aplicación del derecho germánico sin siquiera pensarse en una posible recepción, la cual llegaría siglos más tarde cuando en Francia e Inglaterra ya habíase formado una base sólida de derecho nacional, si bien influido notoriamente por el derecho de Roma (*civile et canonicum*), pero no *ratione imperii sed imperio rationis*, esto es, no por razón del Emperador sino por imperio de la razón, en tanto *ratio scripta*, como se le consideraba; sobre “ratio scripta” vid. opúsculo homónimo de A. Guzmán Brito, en Klosterman. Frankfurt am Main. 1981.

<sup>16</sup>Eran tiempos del rey Esteban (1135-1154), que usurpara el trono a Matilde, la hija de Enrique I, siendo él a su vez hijo de Adelaida, hija de Guillermo el Conquistador, que casara con Esteban conde de Blois.

pobres<sup>17</sup> y ha sido sin duda para estos estudiantes carentes de recursos, a quienes les era difícil o imposible adquirir manuscritos donde estudiar la obra justiniana, que además de costosos eran ciertamente escasos, que Vacario imaginó escribir una compilación o *summa* de los nueve primeros libros del Código de Justiniano, y del Digesto, que llamó con un título que lógicamente debía atraer en su tiempo: *Liber Pauperum*, en cuyo prólogo mismo el discípulo de los glosadores señalaba su destinación para los estudiantes pobres<sup>18</sup>.

Por causas difíciles de precisar<sup>19</sup>, esta recepción propia y verdadera del derecho romano (justiniano) –que el estudio de Oxford a través de Vacario enseñara con tanto éxito, recepción teórica sin duda, pero que también ha de haber comenzado a ser práctica–<sup>20</sup> fue mirada con desconfianza por el poder real, al punto que Esteban, hacia 1151, prohibió a Vacario toda actividad docente e incluso prohibió la enseñanza del derecho de Roma en el *studium* de Oxford<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup>Obviamente debía llamar la atención este hecho, si se considera que en aquel tiempo eran los estudiantes quienes pagaban al maestro (como sucedía v. gr. en Boloña) y, por lo tanto, se haría difícil estudiar para aquellos que carecían de lo necesario para pagarlo. Más aún, debía llamar la atención el que este maestro escribiera un compendio del *corpus iuris civilis*, al menos de sus puntos fundamentales (Código y Digesto), precisamente para los estudiantes pobres, a fin de dotarlos de la posibilidad de adquirirlo a “*pretio levissimo*”, como Vacario dice en su prólogo del *Liber Pauperum* (*The liber pauperum of Vacarius*. Edit. De Zulueta. Selden Society. London. 1927). Esta actitud de Vacario y, sin duda, de Teobaldo, su protector, debía significar un desarrollo muy grande del *ius civile*, que llegaba así *tam divitibus quam pauperibus*, propagándose su conocimiento de modo más vasto y rápido. Fue tal el éxito del *Liber Pauperum* entre los estudiantes que, dada su condición de compendio, prontamente fue copiado en numerosos manuscritos, tanto ingleses, ciertamente, como incluso en copias alemanas, francesas y españolas (vid. Koschaker, ob. cit. 124-125 nota 69). Sobre la *summa* de Vacario vid. Vinogradoff, ob. cit. 50-55.

<sup>18</sup>Trae la referencia a la obra del maestro de Oxford, la *Chronica* (R. de Monte), donde dice que “*suggestione pauperum de codice et digesta excerptos novem libros composuit*”. El título de la *summa* de Vacario escrita hacia 1149 es *Liber ex universo enucleato iure excerptus, pauperibus prae sertim destinatus*.

<sup>19</sup>Sea que Esteban haya creído peligroso el poderío de Teobaldo, en la posesión de la ciencia jurídica que Vacario le proporcionaba, y que le había llevado a oponerse al rey, el cual estuvo siempre con conflicto con eclesiásticos y barones, sea que se haya querido defender las *consuetudines Angliae*, lo que no parece muy creíble a no ser que Esteban haya querido atraerse a algunos barones, sea que hubiese visto con desconfianza la supremacía eclesiástica.

<sup>20</sup>Por largo tiempo los estudiantes de derecho de Oxford fueron llamados los “*pauperistae*”, por su libro de estudio que era la *Summa* de Vacario. El mismo jurista lombardo fue secretario de Teobaldo, de donde su influencia ha de haber sido grande en los asuntos prácticos que debía resolver el arzobispo de Cantorbery, y parece obvio que la resolución de ellos ha de haberse fundado en alguna medida grande en el derecho que Vacario enseñaba y del que era maestro.

<sup>21</sup>Dada la influencia que ejerció Vacario, ha de pensarse que Esteban (1155) ha debido retornar a su enseñanza, pues Enrique II, su sucesor (1154-1189), conserva a Teobaldo como arzobispo de Cantorbery, y poco pasó en Inglaterra durante su reinado, dado que era poderoso señor en Francia, de la familia Anjou, y a poco estuvo de ser, además, rey de Francia. Sobre

## 5. GLANVIL, BRACTON Y FORTESCUE

No obstante, esta prohibición parece no haber tenido mucha vigencia práctica al menos después de desaparecido el rey Esteban en 1155; prueba de ello, entre otros, es el hecho de que decenios después (1187) aparecería la obra compilada por Ranulph de Glanvil, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, en la cual se exponía el derecho vigente en Inglaterra, y con una terminología propiamente romana, fruto, ciertamente, de su formación romanística<sup>22</sup>. Esta obra tiende, como su nombre lo indica –y dentro de una costumbre que hará moda tiempo después–, a mostrar una especie de compilación del derecho de Inglaterra, en la cual se recoge por escrito y de manera ya algo sistemática (he aquí la influencia de la ciencia romanística) el conjunto de normas consuetudinarias y legales (emanadas del rey). No pocas veces, a pretexto de recoger simplemente el derecho vigente, se irán introduciendo fórmulas, con el objeto de paliar vacíos o integrar soluciones más justas, e incluso pareceres de juristas. A pesar de que las prohibiciones de enseñar derecho romano arreciaban<sup>23</sup> curiosamente cortes y príncipes solían utilizar provechosamente sus principios y fórmulas<sup>24</sup>, y aparecían obras en que se continúan las normas del derecho inglés pero analizadas y explicadas dentro de una visión sistemática y conceptual claramente de derecho

---

Vacario se refiere J. Merello, *Inglaterra y la tradición jurídica romana*, en Revista de Derecho (Universidad Católica de Valparaíso) XIII (1989-1990) 22-26; desgraciadamente no se indica fuente alguna en su trabajo que lo fundamente; vid. también Peter G. Stein, *El derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XXI editores. Madrid. 2001, 81-82.

<sup>22</sup>O de quienes trabajaron en su elaboración, pues Glanvil más bien dirigió el trabajo (vid. P. Koschaker, ob. cit. 308), dada su calidad de embajador, general y ministro del propio rey Enrique II. Contemporánea a la obra de Glanvil es una obra de distinto corte que la de aquel ministro y diplomático: se trata de la *Practica legum et Decretorum* de Guillaume de Longchamp, legista normando que llegó a ser obispo de Ely y en tiempos de Ricardo I (1189-1199) apodado Corazón de León, cuando éste se desempeñó como regente de Inglaterra; verdadero manual de procedimiento, está enteramente basado en el *ius civile* y en el *ius canonicum*, dentro de una visión eminentemente práctica, como que estaba dirigida al uso práctico.

<sup>23</sup>Honorio III –sin duda, a requerimiento de Felipe IV, de Francia, en su lucha con los emperadores suabos del Sacro Imperio (Federico II)– en 1219 emitió la decretal *Super Specula* en que prohibía la enseñanza del derecho romano en París; las razones políticas parecen ser mucho más claras que las razones que se dan en la citada decretal de 1219: “quia in Francia et nonullis provinciis laici romanorum imperatorum legibus non utuntur, et occurrunt raro eccleasticae cause tales, quae non possint statutis canonicis expedire” (vid. Koschaker, ob. cit. 128). En 1234, Enrique III, hijo de Juan Sin Tierra, prohibía a su vez la enseñanza del derecho romano en Londres; y cuenta la leyenda que en 1236 reunidos en Merton los eclesiásticos para tratar diversos asuntos de su incumbencia, algunos habrían propuesto para solucionar el problema de la regulación jurídica de los hijos ilegítimos que se acudiera a las normas del *ius civile*, lo que habría originado la fórmula devenida célebre *Nolumus leges Angliae mutare, quae hucusque usitate sunt et approbatae*.

<sup>24</sup>Caso de Juan Sin Tierra y reyes franceses (vid. Ullmann, obra citada en nota 26, 197 ss. y 155 ss., también Koschaker cit. 128 ss.).

romano. Huelga casi señalar que nos estamos refiriendo a la célebre obra del más célebre de los juristas ingleses medievales, Henry Bracton, a su *De legibus et consuetudinibus Angliae*<sup>25</sup>, que escrita hacia la mitad del siglo XIII (1250/1255) y dirigida especialmente para la enseñanza de los prácticos del derecho<sup>26</sup>, está en gran parte basada en la jurisprudencia de la época. Bracton, que había sido juez real y bastante conocedor del *corpus iuris civilis*<sup>27</sup>, trabaja la base normativa que le depara la realidad de Inglaterra del siglo XIII sobre fundamentos claramente romanísticos, utilizando los conceptos y las categorías jurídicas del derecho romano<sup>28</sup>, pero no ya el mismo *Código* y *Digesto* que un siglo antes glosara Vacario para sus estudiantes pobres de Oxford, sino dichas obras según ya Azo en su magnífica *Summa codicis* habíalas comentado. Y a tal grado llega la influencia del gran glosador boloñés que Bracton comenzará su *De legibus* con una introducción en que va exponiendo según la formulación romanística de las *Institutiones*, de Gaio, el derecho de las personas, de las cosas, y de las acciones<sup>29</sup>, utilizando el trabajo de aquél<sup>30</sup>.

Después de Bracton pasarían algunos siglos antes que la historia deparara nuevas obras en que la sistemática romanística insuflara orden y

---

<sup>25</sup>La obra de Bracton será impresa por primera vez recién en 1569 en Londres, pocos años después que la homónima obra de Glanvil.

<sup>26</sup>Sobre estas prácticas del derecho y su notoria influencia en la concepción teocrática de la realeza, tanto en Inglaterra como en Francia, fundadas especialmente en los principios del derecho romano (aun cuando sea insistentemente repetido que no tuvo éste influencia ni hubo recepción, lo que afirmamos que es falso), vid. W. Ulmann, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*. Rev. de Occidente. Madrid. 1971, 197-211 (Francia), 160-187.

<sup>27</sup>Tal vez no directamente, pero sí a través de la obra de Vacario, y por cierto de la *Summa Codicis* de Azo.

<sup>28</sup>"Compila istituzioni per il diritto inglese del suo tempo, e tenta di costruire queste istituzioni inglesi con il sussidio di materiali romani", dirá certeramente Vinogradoff, ob. cit. 77, construyendo un tratado privado sobre el derecho común inglés (*common law*) en relación con la jurisprudencia general, agregará (ob. cit. 80), revistiendo instituciones inglesas con fórmulas romanas (ob. cit. 83). En general, sobre la influencia romanística en Bracton, vid. 76-89.

<sup>29</sup>No será otro el orden que, a veces con ligeras variantes, los manuales, tratados o cursos de derecho romano de nuestra época seguirán para exponer la materia (vid. v. gr. para una obra ya antigua pero famosa en su tiempo, el *Manuel élémentaire de droit romain*, de P. F. Girard (8è. éd. Senn). Rousseau. Paris. 1929; para una obra de la mitad del siglo XX, vid. *Corso di diritto romano*, del famoso P. Bonfante (rist. de la primera edición (Roma. 1926) Giuffrè. Milano. 1966, 6 vol.); para una obra moderna, y de autor alemán, vid. F. Schulz, *Derecho romano clásico*. Bosch. Barcelona. 1960; para una obra reciente, vid. P. Samper, *Derecho romano*. Grafínasa. Pamplona 1974, con reediciones en Chile, de 1975 (Univ. Católica de Valparaíso), de 1991 (Univ. Sek) y Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2003, y A. Guzmán Brito, *Derecho privado romano* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997. Tal tricotomía de Gayo, que Justiniano recoge y trasmite, tendrá una influencia notable en la codificación civil decimonónica (vid. sobre el punto, A. Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1982, vol. 1, 393 ss.).

<sup>30</sup>Particularmente importante será el aporte de Bracton a la formulación jurídica de la Corona, como asimismo a varios problemas de lo que hoy llamaríamos de derecho público.

claridad a una exposición del derecho anglosajón, pero ello no significó que este *ius civile* no siguiera siendo enseñado, y legistas y canonistas sirvieran al rey en un gobierno en sus altos cargos<sup>31</sup>, y los tribunales eclesiásticos vieran la constante aplicación del *ius canonicum*<sup>32</sup>.

Como si fuera poca la influencia del *ius civile* en Inglaterra, hacia 1357 fue creado el tribunal del almirantazgo (*Court of admiralty*), jurisdicción real para conocer lo referente a delitos de piratería, extendiendo luego sus competencias a lo concerniente a navegación y comercio, y lógicamente su actuar tomará no poco en sus decisiones de la práctica que la doctrina de glosadores y comentaristas (doctores en el *corpus iuris civilis*) irá desarrollando en la creación de un derecho comercial y comercial internacional.

Aun cuando no sea un análisis demasiado exacto, la obra que John Fortescue escribiera hacia mediados del s. XV sobre *De laudibus legum Angliae* es también demostrativa de la práctica inglesa medieval, desde Glanvil, esto es obra de un jurista práctico, profundo conocedor, desde su función de juez, de la aplicación judicial de las *legum angliae*, pero que no sólo expone sino que compara lo que ocurre en Inglaterra con lo que sucede en Francia, y concluye con la alabanza del régimen jurídico inglés, fundado en su peculiar configuración consuetudinaria, emanado primordialmente de los usos y costumbres que el juez va reconociendo y construyendo a través de sus decisiones. Particular importancia adquiere en Fortescue la recepción del pensamiento tomista en su concepción ascendente del poder.

La configuración del poder monárquico absoluto en los siglos XVI y XVII por obra de los Tudor y de los Estuardos significaría una nueva reaparición del influjo romanístico, que desde la época de glosadores fue siempre mirado –en su perspectiva absolutista– como provechoso instrumento de dominación en manos de emperadores y reyes. La época de

---

<sup>31</sup>Se recuerda que nada menos que un hijo del famoso Acurcio, autor de la Magna Glosa, legista como él, sirvió útilmente en la Corte de Eduardo I (1272-1307), el rey legislador.

<sup>32</sup>En tiempos de Eduardo I se dispuso la sustitución de los eclesiásticos en los cargos de jueces de los tribunales (inferiores y superiores) de *common law*, quedando aquéllos en los tribunales propiamente eclesiásticos; curiosamente, el *ius civile* entrará nuevamente en aplicación por la vía del canónico, y muy pronto, desde que se establece y formaliza en el propio siglo XIV la jurisdicción del Lord Canciller (*Court of Chancery*), con un procedimiento canónico y la vía de la *equity*, que es la aplicación pura y simple de los derechos romano y canónico por parte del Lord Canciller. El Canciller, ha de recordarse, es siempre un eclesiástico (hasta el siglo XVI incluido) y el tribunal mismo está compuesto igualmente por eclesiásticos formados en las disciplinas de los legistas y canonistas. En todo caso, aun cuando en el siglo XVII será sustituido por juristas del derecho anglosajón, será tan fuerte la influencia de la formación canónica de esta jurisdicción que seguirá oponiéndose por antonomasia jurisdicción y remedies de *equity* y jurisdicción y remedies de *common law*. Sobre la aparición de la *aequitas* canónica y su significación frente al *rigor iuris*, verdadera superación cristiana de la ley romana (pagana), ver F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*. Giuffrè. Milano. 1951, 171-180.

Enrique VIII (1509-1547) vería renacer la enseñanza del derecho romano amparada por el propio rey, quien crea profesores reales (*regii professores*) para que en Oxford y en Cambridge provean a tal labor<sup>33</sup> profesores nombrados y pagados por el rey<sup>34</sup>. Lejos, como se ve, están los tiempos de Esteban, pero no cabe duda alguna que la obra de Lanfranco y Vacario había perdurado.

Incluso en las agrias disputas que opusieron a monarquía y parlamento en pleno siglo XVII bajo el gobierno de los Estuardos se escuchará al famosos jurista práctico, campeón de la *supremacy of law*, Edward Coke (1552-1634), responder a Jacobo I con palabras del propio Bracton al espetarle al rey *quod rex non debet esse sub homine sed sub Deo et lege*<sup>35</sup>, lo que indica bien a las claras que en su formación de jurista práctico debía conocer muy bien la formulación romano-canónica, junto con el conocimiento del derecho inglés<sup>36</sup>, lo que obviamente no le impedía ser el paladín de la idea contraria al absolutismo monárquico de tipo romano.

Cierto es que el triunfo del parlamento sobre la monarquía que se quería absoluta hizo imposible la idea de Coke de la supremacía del derecho, para sustituirla por la de la supremacía del parlamento, pero no cabe duda que la exposición de este jurista sobre el derecho inglés perduró como clásica por largos años; y el parlamento se alineó en la defensa del *common law* y sus *courts*, frente a las jurisdicciones especiales reales, romanizadas. Con todo, aun en el siglo XVIII se verá a W. Blackstone exponer en sus *Commentaries on the laws of England* (1765-1769) un gran cuadro de las instituciones públicas y privadas inglesas influido notoriamente por la perspectiva romanista, que le permitió dejar una obra de gran resonancia no sólo en su época sino en las generaciones ulteriores.

## 6. UNA RECEPCIÓN ENCUBIERTA

Pero de nada serviría este excursus histórico-descriptivo si no señaláramos conjuntamente las vías y métodos en que es posible afirmar la

---

<sup>33</sup>Dada su ruptura con Roma, se prohibirá, en cambio, la enseñanza del derecho canónico que tantísima influencia tenía en el derecho inglés.

<sup>34</sup>Esta idea la seguiría un siglo después Luis XIV, luego de su célebre *Edicto* de 1679 de *St. Germain-en-Laye*, en que dando nueva vida a las universidades, nombraba directamente *professeurs royaux*, quienes debían enseñar el *droit civil* francés en el propio idioma, profesores que no eran juristas sino prácticos del derecho, normalmente salidos de los Parlamentos.

<sup>35</sup>Vid. a este respecto F. Schulz, *Bracton on Kingship*, en *Studi in memoria di Paolo Koschaker* (2 vol.). Giuffrè. Milano. 1954, I, 21-70, espec. 44-62. No debe olvidarse que la obra de Bracton fue impresa por vez primera en 1569 y luego en 1640, obra que sirvió de fuente a Coke y otros juristas para afirmar la idea de la supremacía de la ley, que se imponía incluso al rey.

<sup>36</sup>Vid. su *Institutes of the laws of England*.

romanización del derecho inglés de que nos hemos permitido hablar. Es casi un lugar común referirse a las analogías más resaltantes entre ambos derechos –romano e inglés–, como el ser ambos unos derechos casuísticos, jurisprudenciales, de juristas, flexibilizados a través de la idea de *aequitas*, poco estatuidos por la vía de leyes y, en general, de una *interpretatio* creadora. Sin embargo, hablando con precisión no es tan cierto afirmar tal analogía, puesto que mientras el derecho inglés es *judicial* el derecho romano es de tipo *jurisprudencial* que no es lo mismo, ya que éste es fruto de los juristas/jurisprudentes, y son éstos los que practican esa “interpretatio” creadora<sup>37</sup>. Pero hay algo que creo revelador por sobre todo de esta influencia romana, y es el hecho de ser ambos un derecho primordialmente de acciones, un derecho que parte del *procedimiento* para llegar a lo sustantivo, un derecho que proclama más que el *ubi ius ibi remedium*, el *ubi remedium ibi ius*, con toda la consecuencia judicial que ello envuelve, con el papel preponderante del juez en este contexto práctico, y con el desarrollo casuístico que esto conlleva, además de la elaboración progresiva del derecho que esto implica<sup>38</sup>. O incluso mirado desde otra perspectiva –y siempre en esta influencia romana– el ver el derecho, más que como interpretación de textos jurídicos dados o estatuidos (*statute*), como una verdadera creación de soluciones justas o equitativas.

Inglaterra no conoció el fenómeno que se bautiza con el nombre de recepción del derecho romano, decía Radbruch, como referíamos al inicio de estas notas, y como decía antes que él y después de él; cierto, el *ius civile* o el *corpus* no rigió nunca como norma vigente, ni siquiera en su versión de la glosa, sea de Azo o Acursio o según Bártolo, como tampoco bajo la forma de *ius commune*, pero eso es lo que se llamó recepción práctica, mas la *recepción teórica*, ¿podría decirse que tampoco la hubo en Inglaterra? La influencia, desde los lejanos tiempos de Lanfranco, el jurista de Pavía, del *ius civile* y sobre todo del *ius canonicum*, dada la influencia cultural gubernamental y administrativa enorme que la Iglesia tuvo hasta el cisma anglicano, es innegable y causó tal impacto que no hubo jurista

---

<sup>37</sup>Como bien expone Guzmán Brito, en Roma las sentencias judiciales no son fuente de derecho (vid. su *Derecho privado romano* cit., vol. 1, 65-67), como sí lo son en el derecho inglés a través de los “precedentes”/*stare decisis*. Sobre el precedente en el *common law* puede ser de interés la obra homónima de V. Iturralde Sesma. Civitas. Madrid. 1995.

<sup>38</sup>Vid. más ampliamente para este paralelo y en especial *equity* y *ius honorarium*, J. Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Bosch. Barcelona. S/f., 87-130; también, fundamental, W.W. Buckland - A.D. McNair, *Derecho romano y common law* (2ª ed.). Fac. de Derecho. Universidad Complutense (trad. J. Cremades). Madrid. 1994, que compara instituciones específicas; vid. espec., su Introducción, 15-21; siempre de interés, F. Schulz, *Principios del derecho romano*. Civitas. Madrid. 1990; muy completo, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*. Giuffrè. 1982 (ristampa), 479-610 (vid. espec. 606-610).

insigne que escribiera (de Glanvil y Bracton a Coke y Blackstone) que no utilizara terminología, categorías o conceptos jurídicos romanos.

De allí que no parecería tan consistente la descripción de Koschaker<sup>39</sup>, talvez demasiada “imagée” y hasta atreveríame a decir artificial: su sentido arquitectonizante (colisión en tres tiempos) y la demasiada importancia que atribuye al estamento de juristas, dejan un poco en la penumbra las razones verdaderas (que no son sólo jurídicas sino especialmente histórico-políticas) que son precisamente una influencia hondísima del derecho romano en las *legibus et consuetudines Angliae*, e incluso su aplicación práctica constante e intensa a través del derecho canónico en los tribunales eclesiásticos hasta la época del siglo XVI, derecho canónico que dejaría, además, una huella imborrable con la *aequitas*, al punto de ser la *equity* la vía paralela del *common law*.

Muchas maneras hay de producir un mismo efecto, pero nos atrevemos a afirmar que mucho más perdurable fue la influencia del derecho de Roma en el derecho de Inglaterra –no obstante prohibiciones y censuras, casi siempre incumplidas– que la que tuvo en el reino alemán del Sacro Imperio Romano Germánico, no obstante las pomposas declaraciones de los césares sajones, suabos o habsburgos, y a pesar del sonoro artículo 3º de la “Reichskammergericht Ordnung” de 1495, en que Maximiliano, el Kaiser, ordenaba a los jueces imperiales juzgar “nach des Reichs und gemeinen Rechten”.

Por su estructura, por su impostación, por su método y por sus perspectivas, el derecho inglés conservó el influjo romano de modo mucho más intenso –en sus logros y sus deficiencias– que todo el derecho continental, que paradójicamente los juristas suelen llamar derechos romanísticos o de la familia románica, contraponiéndolo con el sistema inglés como si éste no lo fuera tanto o más que aquéllos, aunque por distintas vías.

---

<sup>39</sup>Ob. cit. 307-318.



## CRISTIANISMO Y DESCIVILIZACIÓN EN EUROPA (En torno a un libro de Dalmacio Negro)

*Jerónimo Molina\**

SUMARIO: I. La intimidad filosófica con la historia. II. Un liberalismo hispanizado. III. Historia y fenomenología del Estado. IV. Descivilización de Europa. V. Secularismo, fe cristiana y situación de la Iglesia docente. VI. Ideas y formas europeas.

Dalmacio Negro Pavón [1931] es historiador de las ideas y de las formas políticas, sugestiva disciplina de inspiración germanizante, en cuyo desempeño sucedió a su maestro, Luis Díez del Corral [1911-1998], en la cátedra complutense. Esta cátedra, ya extinguida<sup>1</sup>, ha sido hasta 2001, año jubilar del profesor Negro, un punto de referencia para el pensamiento político liberal hispánico. Particularmente en los difíciles años cuarenta, impregnados de la retórica autoritaria nacionalista, y en los ochenta, la década de las purgas silenciosas y legales que los gobiernos socialistas de la época decretaron en las universidades del Estado. Negro Pavón, de arraigadas convicciones liberales y católicas, no sólo ignoró los envites administrativos de aquellos gobiernos antiliberales, prescriptores del actual, sino que además ha venido transmitiendo a sus alumnos y discípulos –una nueva generación de universitarios ajena a los prejuicios de la cultura izquierdista predominante– una forma de pensar o inquirir en la realidad acentuadamente *política*. Freund [1921-1993] la llamó visión maquiaveliana. También nos ha enseñado la pasión por el esclarecimiento del sistema de jerarquías propio de la cultura europea y, en general, de todo aquello que, siguiendo al filósofo Alfred North Whitehead [1861-1947],

---

\*Profesor titular de Política Social. Universidad de Murcia.

<sup>1</sup>O “amortizada”, según el cínico lenguaje de los buropedagogos (*bureau-pédagogues*). Sobre estos pobres diablos, que tan “alto concepto tienen de sí mismos”, y sobre los profesores universitarios, transformados en “investigadores” y “agentes del cambio” por la mencionada burocracia –cuyas dádivas persiguen rellenando formularios y escribiendo papeles, pues “todo el mundo tiene que investigar, aunque no sepa qué ni para qué y carezca de toda clase de criterios”–, véase D. Negro, *Lo que Europa debe al cristianismo*. Madrid, Unión Editorial, 2004, 131-32.

suele denominar las *importancias*<sup>2</sup>. Esto mismo sigue siendo el contenido de su magisterio actual en la Universidad San Pablo de Madrid.

Dalmacio Negro ha desarrollado una importante obra historiográfica<sup>3</sup> en la que destaca su vocación por encarar los problemas del tiempo presente. Si hubiésemos de presentar esquemáticamente su pensamiento, sería sin duda una buena aproximación ordenar sus escritos teniendo en cuenta su (a) *intimidación filosófica con la historia*, marca espiritual de su generación; su contribución a (b) *la hispanización de la tradición liberal*, continuación del magisterio de su mentor Díez del Corral, y (c) *la fenomenología del Estado*, el más personal de sus empeños intelectuales. Estimamos necesarias algunas precisiones al respecto, pues, de lo contrario, podría parecer al lector que el último de sus libros, *Lo que Europa debe al cristianismo*, es un ensayo excéntrico al núcleo de su obra<sup>4</sup>. Estas páginas, que destacan sobre el descafeinado panorama intelectual español, han concitado la atención de los sectores católicos españoles más comprometidos con la proyección pública de su fe, al menos de aquellos en los que todavía no ha hecho mella “la inercia, la falta de coraje, el conformismo, el desánimo y la desorientación de las Iglesias docentes”<sup>5</sup>; pero también ha interesado mucho a no pocos lectores laicos, “unos por razón de fe, otros por instinto de conservación”<sup>6</sup>, categorías que el autor utiliza curiosamente para referirse, sin mencionarla, a la reacción de una parte de los españoles ante la insensata política anticatólica del gobierno. Esto es: acoso presupuestario (cuestionamiento del actual sistema de financiación de la Iglesia, el cual permite a los fieles destinar a su sostenimiento, libre y voluntariamente, una mínima parte de su cuota fiscal); acoso pedagógico (devaluación de la enseñanza de la

---

<sup>2</sup>Véase *Modes of Thought. Six lectures delivered in Wellesley College, Massachusetts, and two lectures in the University Chicago*. Nueva York, The Macmillan company, 1938 (nueva ed. 1985).

<sup>3</sup>Dalmacio Negro es autor de seis libros, de más una veintena de ediciones de textos clásicos políticos y de varios centenares de artículos, en revistas especializadas y en la prensa diaria, medio al que ha dedicado cinco años escribiendo una enjundiosa columna semanal en el periódico *La Razón* (1999-2004). De todo ello se dirá algo más adelante. Por otro lado, la posición intelectual de Negro Pavón, en una perspectiva abarcadora de toda su obra, resulta ser convergente con la de Gonzalo Fernández de la Mora [1924-2000]. Junto a estos dos, Álvaro d'Ors [1915-2004] completa la trilogía de los escritores políticos más destacados del panorama de la derecha intelectual española de la III Restauración, la del régimen despolitizador de 1978. Su escaso ascendiente sobre una opinión pública adocenada no debe prejuzgar la trascendencia de su pensamiento.

<sup>4</sup>Por lo demás, la teología política, que constituye una de las líneas de ataque de este libro, es un asunto recurrente en el autor. Véanse: D. Negro, “El problema de la Teología política a propósito del nuevo catecismo”, en VV. AA., *Estudios sobre el Catecismo de la Iglesia Católica*. Madrid, AEDOS - Unión Editorial, 1996; y “Ontología de la derecha y la izquierda. Un posible capítulo de teología política”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LI, N° 76, 1999.

<sup>5</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 14.

<sup>6</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 15.

religión católica en los colegios, equiparándola a la enseñanza del Islam, considerada también “religión de notorio arraigo”, *sic*); acoso constituyente (transformación del principio político de la aconfesionalidad del Estado en laicismo); y acoso legislativo (pretensión de ampliar los supuestos del aborto; proyecto de ley autorizando los “matrimonios homosexuales” con “derecho” a adoptar niños; revisión de los Acuerdos Iglesia-Estado de 1979). Compendio de todo ello es la hostilidad cultural (*Kulturkampf*) de la secta gubernamental hacia la tradición católica nacional, elemento tectónico en la historia de España pero que los intelectuales a sueldo del *establishment* suelen presentar, propagandísticamente, como un episodio superficial, accidental, epidérmico<sup>7</sup>.

## I. LA INTIMIDAD FILOSÓFICA CON LA HISTORIA

Es característico de los universitarios españoles, maestros y discípulos, del tercio medio del siglo XX, lo que Pedro Laín Entralgo [1908-2001] llamó la “intimidad con la historia”. Las ciencias humanas, en particular después de la Guerra civil, se vieron en España sometidas a un proceso tan intensivo como fecundo de *historificación*. Se acusa así recibo del choque con la historia, que en Alemania tuvo como capitán a Wilhelm Dilthey [1833-1911]. El involuntario patrón hispánico de ese vasto movimiento, asunto que, por cierto, a nadie se le ha ocurrido estudiar sistemáticamente, fue el filósofo católico Xavier Zubiri [1898-1983]. Precisamente, los ecos de su bellísimo ensayo de 1944 sobre “El acontecer humano” todavía pueden escucharse en España en escritores como Dalmacio Negro<sup>8</sup>.

En la obra de Negro Pavón aparecen trenzadas, desde sus primeros trabajos, las incursiones hacia la historia de las ideas, la historia del Estado y las transformaciones de lo que ha denominado “modos del pensamiento político”<sup>9</sup>. El profesor madrileño ha traducido y anotado, sobre todo

---

<sup>7</sup>Con razón ha visto Dalmacio Negro que, en estas circunstancias, a una razón religiosa elemental (*defensio fidei*) se superpone, en muchas gentes de sentido común, una razón política práctica: la voluntad de defender también un modo de vida valioso, del cual es un ingrediente muy importante la religión de los padres. En España, por cierto, la pasión anticatólica y la manía laicista aparecen siempre mezcladas con las actividades masónicas. De enorme interés: César Vidal [1958], *Los masones*. Barcelona, Planeta, 2005. También Ricardo de la Cierva [1926], *La masonería invisible*. Madrid, Fénix, 2002.

<sup>8</sup>Véase X. Zubiri, “El acontecer humano. Grecia y la pervivencia del pasado filosófico”, en *Naturaleza, Historia, Dios*. Madrid, Alianza Editorial, 1987. Cfr. D. Negro, *Lo que Europa debe al cristianismo*, 202.

<sup>9</sup>Sobre esto resulta de gran interés D. Negro, “Modos del pensamiento político”, en *Anales de Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, XLVIII, N° 73, 1996. Su visión de los modos de pensar que denomina “eclesiástico-político” y “estatal”, de sus divergencias en los albores de la Edad Moderna y, por último, de la estatificación del pensamiento eclesiástico durante el último siglo, constituye una original aproximación a los problemas de la Iglesia contemporánea.

durante los años 70, importantes obras políticas como *De la democracia en Francia* de François Guizot [1787-1874], *La física social* de Auguste Comte [1798-1857], o *La constitución de Alemania* de Georg W. F. Hegel [1770-1831]. Mas no deben olvidarse sus ediciones de John Stuart Mill<sup>10</sup> [1806-1873], personaje trascendental en la historia de las ideas, pues es el gozne alrededor del cual el liberalismo clásico es “socializado” por el humanitarismo de la segunda mitad del siglo XIX, hasta hacer de él, como pretendieron Eduard Bernstein [1850-1932] y otros socialdemócratas, una suerte de socialismo imperfecto. De hecho, Negro Pavón se ocupó en su primer libro, precisamente, de la encrucijada intelectual de Mill hijo<sup>11</sup>. Le siguió un estudio sistemático de la filosofía comteana<sup>12</sup>. A partir de ese momento, la historiografía de las ideas fue cediendo en él a la vez a los problemas planteados por la forma política estatal<sup>13</sup>. Tuvo que influir en la modulación de su actitud el estudio de Leopold von Ranke [1795-1886], cuyo libro magistral *Sobre las épocas de la historia moderna*<sup>14</sup> tradujo y prologó ampliamente. De Ranke proceden sin duda los preconceptos que sustentan su teoría histórico-política: la “ocularidad” como característica del saber propio de los historiadores y la presunción de que la historia política es la historia *par excellence*<sup>15</sup>.

La investigación sobre la Estatalidad es abordada por Negro Pavón desde una doble perspectiva. Por un lado, se ocupa de la singularidad de la forma política española, la Monarquía hispánica, enfrentada agónica-

---

<sup>10</sup>Valga como ejemplo su edición de J. S. Mill, *Sobre la libertad y Comentarios a Tocqueville*. Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

<sup>11</sup>Véase D. Negro, *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

<sup>12</sup>Véase D. Negro, *Comte. Positivismo y revolución*. Madrid, Cincel, 1985.

<sup>13</sup>Mas no por ello abandona la historiografía de las ideas, en él vinculada siempre al estudio de los escritores políticos más relevantes. Véanse D. Negro (editor), *Estudios sobre Carl Schmitt* [1888-1985]. Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1986; “Prólogo” a Bertrand de Jouvenel [1903-1987], *Sobre el poder*. Madrid, Unión Editorial, 1998; “Montesquieu, Kritiker des Wohlfahrtsstaates avant la lettre”, en Paul-Ludwig Weinacht [1938] (editor), *Montesquieu 250 Jahre ‘Geis der Gesetze’*. Beiträge aus *Politischer Wissenschaft, Jurisprudenz und Romanistik*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

<sup>14</sup>Madrid, Editora Nacional, 1981.

<sup>15</sup>El historiador, para Ranke, ha de ser *ganz Auge*, “todo ojos”. Profundo conocedor de la historia del Papado, Ranke vio la historia de Europa como la historia de las cinco grandes naciones reconocidas en el Concilio de Constanza en 1414 (Francia, Inglaterra, España, Alemania e Italia). Uno de sus conceptos más polémicos, sobre todo por su explotación nacionalista, es el de Gran potencia (*Gross Macht*). El influjo de Ranke en España ha sido tardío, pero ni mucho menos despreciable; véase la exposición de J. Molina, “Javier Conde y Leopoldo Ranke”, en *Empresas Políticas*, Nº 1, 2002. En francés: L. von Ranke, *Histoire des Osmanlis et de la monarchie espagnole pendant les XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles*. Paris, Débecourt, 1839 (1845<sup>2a</sup>, 1873<sup>2a</sup>); *Histoire de France, principalement pendant le XVI<sup>e</sup> et le XVII<sup>e</sup> siècle*. Paris, F. Klincksieck, 1854-1889, 6 vol.; y *Histoire de la papauté pendant les seizième et dix-septième siècles*. Paris, Robert Laffont, 1986.

mente al Leviatán europeo. De otro, sus trabajos constituyen también, en sentido estricto, una historiografía del Estado como forma política de la modernidad europea.

## II. UN LIBERALISMO HISPANIZADO

El modo de pensar *político* de Negro Pavón atiende a las determinaciones imperiosas (naturales) de *lo político*, pero al mismo tiempo es consciente de las posibilidades abiertas por la concepción europea de *la política*, la del *realismo político*, actitud espiritual que en su concepto resulta equivalente a la tradición liberal<sup>16</sup>. Lo político, en este sentido, es un haz de posibilidades entre las que elige la política, rechazando unas y desarrollando otras. En uno de sus libros más importantes, *La tradición liberal y el Estado*, que constituye su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas<sup>17</sup>, ha examinado la tradición liberal a partir de las aportaciones que, en su opinión, la han fundado: la tradición *política* de Grecia, la tradición *jurídica* de Roma y la tradición cristiana del *gobierno limitado*<sup>18</sup>. Con respecto a esto último no carece de interés recordar que como reacción ante la concentración estatal del poder que empieza a gestarse en la Baja Edad Media, “comenzó a metamorfosearse la idea de origen eclesiástico de que todo gobierno *tiene que ser limitado*, específicamente *liberal*”<sup>19</sup>. Que estas ideas prendieran anticipadamente en los ambientes protestantes tiene que ver, según el autor, con los avances de la Estatalidad en los Principados que se justifican políticamente por la confesión de la fe reformada. Ahora bien, la tradición liberal, al incidir sobre ella el Estado, la forma política genuinamente moderna, ha

---

<sup>16</sup>Sobre la afinidad entre realismo político, neomaquiavelismo y liberalismo conservador pueden verse las muy interesantes acotaciones de Sébastien de la Touanne, *Julien Freund, penseur 'machiavélien' de la politique*. Paris, L'Harmattan, 2004, espec. 38-39 y 331-21.

<sup>17</sup>*La tradición liberal y el Estado. Discurso leído el día 8 de mayo de 1995 en el acto de su recepción como académico por el Excmo. Sr. D. Dalmacio Negro Pavón y contestación del Excmo. Sr. D. Gonzalo Fernández de la Mora*. Madrid, 1995. Reimpresión: Madrid, Unión Editorial, 1995.

<sup>18</sup>La preocupación por los elementos de la cultura europea es una constante en su obra, deudora también en este punto de los estudios precursores de Díez del Corral. Véanse D. Negro, “El carácter pragmático de la cultura europea y sus elementos”, en VV. AA., *Estudios históricos. Homenaje a los profesores José María Jover Zamora y Vicente Palacio Atard*. Madrid, Universidad Complutense, 1991; “¿Qué Europa? ¿Qué España?”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, vol. LIII, Nº 78, 2001, y “Lo que Europa debe al cristianismo”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, vol. LV, Nº 80, 2003. En este último texto, ampliamente desarrollado, tiene su origen el libro del mismo título del que aquí nos ocupamos. Sobre Díez del Corral: D. Negro, “La obra y el pensamiento histórico-político de Luis Díez del Corral”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LIV, Nº 79, 2002.

<sup>19</sup>Véase D. Negro Pavón, *La tradición liberal y el Estado*, 126.

experimentado notables alteraciones. Pueden distinguirse por ello dos grandes familias liberales, divergentes a todos los efectos: el liberalismo *político*, de tradición anglosajona, y el liberalismo *regalista*, de impronta francesa, diferenciados por su actitud, negativa en el primero, proclive en el segundo, ante el despliegue de los principios fundamentales de la Estatalidad (soberanía y neutralidad). La tesis de Negro Pavón es que desde la Revolución francesa, si bien las bases quedaron establecidas con Thomas Hobbes [1588-1679]<sup>20</sup> o incluso antes (nominalismo bajomedieval: Duns Scoto [1268-1308], Guillaume d'Ockham [1285-1349]), el liberalismo predominante ha sido el regalista, lo cual explica (aunque *no justifica*) el rechazo en bloque de todo liberalismo.

Dalmacio Negro, y ello comporta un mérito extraordinario dadas las circunstancias, ha sabido adaptar a los requerimientos del tiempo finisecular el *complexio oppositorum* de la abstracta doctrina decimonónica, en parte desnaturalizada por su propia dinámica interior. En la profesión intelectual de Negro Pavón, el liberalismo adquiere dos notas características y, a la verdad, raras en los ambientes en los que dicha doctrina es reivindicada: (1) una profunda tensión *política*, refractaria al ingenuo economicismo que hoy impera. A su juicio, el liberalismo únicamente tiene sentido si es pensado y ejecutado políticamente; ello exige, en consecuencia, el sobreseimiento de todas las adherencias moralistas<sup>21</sup>. También resulta característico de su actitud (2) la *hispanización* del pensamiento liberal, consecuencia de su modulación según las circunstancias del genio nacional o, en la terminología del barón de Montesquieu [1689-1755], el determinismo del *milieu*. Trátase, en cualquier caso, de una actitud no declarada *expresis verbis*. En este sentido, Dalmacio Negro es el autor de una sugestiva historia espiritual del liberalismo español, en la que reivindica la “tradicón española del gobierno limitado”, sobre el supuesto de que el liberalismo es “la ideología política coherente con el cristianismo en las condiciones del mundo moderno y contemporáneo”<sup>22</sup>. Ha reconocido, sin embargo, que aquel liberalismo fue “hasta muy entrado el siglo [XIX],

---

<sup>20</sup>El autor ha dedicado también importantes monografías al filósofo de Malmesbury: véanse D. Negro, “La imaginación política de Hobbes”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 215, 1977; y “Prólogo” a T. Hobbes, *Elementos de Derecho natural y político*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

<sup>21</sup>Aunque se puede deducir de sus escritos de crítica de la cultura, se echa en falta en su obra una crítica *sistemática* del liberalismo despolitizado a partir de J. Stuart Mill, el gran “desnaturalizador” de esa doctrina. Cfr. J. Molina, “Primat du politique et politique de la culture dans la pensée libérale”, en *Catholica*, N° 83, 2004.

<sup>22</sup>Véase D. Negro, *El liberalismo en España*. Madrid, Unión Editorial, 1988, 12. En la misma página puede leerse que “esta concepción descansa fundamentalmente en la idea cristiana según la cual todo hombre es libre por su condición de ser creado a imagen y semejanza de Dios y que posee, por ende, a diferencia de los demás seres, una libertad natural”. En otro lugar define el liberalismo como un “temporalismo de raíz medieval”: *Lo que Europa debe al cristianismo*, 201.

una construcción intelectual y bastante literaria, pues ni había muchos liberales ni el pueblo era (políticamente) liberal<sup>23</sup>.

En el fondo, la idea de un *liberalismo político hispanizado* debe verse como una de las constantes de lo mejor del pensamiento político español durante la segunda mitad del siglo XX. En ella se reconocen tanto los juristas de la Escuela española de Derecho político (1935-1969)<sup>24</sup> como sus discípulos, partidarios y adictos<sup>25</sup>. Dalmacio Negro, sin pertenecer a ninguna de estas categorías discentes, se formó en el ambiente intelectual por ellos propiciado, cuya matriz era el jusnaturalismo católico. Resulta pues coherente con esta tradición la impregnación católica de su liberalismo, lo que lo vuelve en cierto modo problemático. Resulta ser el suyo un “liberalismo laico adverso al Estado o, por lo menos, a los elementos antiliberales”, que se opone al “secularizado, liberal por tradición pero adverso al Estado”, que se impone a partir de la división religiosa de la cristiandad y la decadencia subsiguiente de la “concepción tradicional del gobierno vinculada al ordenalismo”<sup>26</sup>.

En su obra, por último, déjense traslucir también los supuestos filosófico-políticos de aquella magna promoción de universitarios españoles: el primado histórico de lo político frente al resto de actividades humanas, a las que envuelve o abarca externamente; la dependencia recíproca del pensamiento jurídico-político y la configuración de la forma política histórica; la distinción entre *político* (*lo político*) y *política* (*la política*), y entre *político* (*das Politisch*) y *Estado* (*der Staat*). Hay que contar también, en

---

<sup>23</sup>Véase D. Negro Pavón, “El Estado y los intelectuales españoles en el siglo XX”, en *Razón Española*, Nº 124, marzo-abril de 2004, 153.

<sup>24</sup>La Escuela española de Derecho político ha sido la renovadora de los saberes jurídico-políticos, politicológicos y sociológicos en España durante el tercio medio del siglo XX. Su magisterio, empero, no ha sido reivindicado hasta fechas recientes, pues una visión mezquina del mundo universitario y del movimiento de las ideas en España lo impedía. Javier Conde [1907-1974] es el jurista epónimo de este grupo. Puede verse de él *Teoría y sistema de las formas políticas* (5ª ed.). Granada, Comares, 2005 (en preparación).

<sup>25</sup>Jesús Fuego [1921-1993], Rodrigo Fernández-Carvajal [1924-1997], José Zafrá Valverde [1931], etc.

<sup>26</sup>Véase D. Negro Pavón, *La tradición liberal y el Estado*, 129. *El liberalismo político hispanizado*, de raíz católica, constituye, por encima de todas las adherencias ideológicas (“antiliberalismo” como principio político formal), la doctrina que vertebró el Estado fundado por el General Franco [1892-1975] y reformado por la “revolución legal” de 1977. En cierto modo, la constitución de 1978 –carta otorgada y, al mismo tiempo, ley paccionada–, es la IX Ley Fundamental del ciclo constituyente inaugurado en 1936. Únicamente en esta perspectiva cobran sentido, de un lado, las críticas a la obra política de la dictadura de los doctrinarios del falangismo y el pensamiento tradicionalista, y de otro la posición intelectual de juristas como Javier Conde, Rodrigo Fernández-Carvajal o Gonzalo Fernández de la Mora. Si se ignora el trasfondo liberal sobre el que opera el ideario de estos juristas –a los que se podrían sumar también los economistas políticos de profesión ordoliberal–, no se entiende el calado de su misión jurídico-política al servicio de la estabilización de la comunidad nacional bajo la forma de Estado.

este punto, con su sintética tematización de la distinción entre *gobierno* y *Estado*<sup>27</sup>, importante contribución de Dalmacio Negro a la dilatación del acervo jurídico-político de la escuela de juspublicistas hispanos. Resumen de tales postulados es el agnosticismo con respecto a las formas de gobierno, pues todas, sin excepción posible, son accidentales e imperfectas. Posición equivalente, en la perspectiva de la teología política católica, al “accidentalismo de la acción política”. La opción por una de las tres *formas de gobierno puras*<sup>28</sup> o por alguna de las posibilidades que ofrece su combinatoria (*formas de gobierno mixtas*), a pesar de la presunción contemporánea, sigue siendo una elección plena de sentido, que no puede ignorarse, como viene siendo habitual desde el fin de la Guerra Mundial II, en beneficio de una concepción partitocrática de la democracia, presuntamente la fórmula óptima (y única posible) de gobierno.

### III. HISTORIA Y FENOMENOLOGÍA DEL ESTADO

Pero Negro Pavón es, ante todo, un historiador del Estado. Aunque el suyo es un estilo más bien ensayístico, en la tradición de los maestros españoles, generalmente enemigos de las grandes *summas*, se trasluce en muchas de sus páginas un esfuerzo permanente por presentar sistemáticamente, ordenándola, la parcela de la realidad que constituye su objeto predilecto: la Estatalidad, como fenomenología de una forma política concreta y como época histórica.

“La comprensión de [la] naturaleza [del Estado] tiene la mayor importancia, tanto más en el presente momento de profundo cambio histórico, en el que parece estar disolviéndose la estatalidad”<sup>29</sup>. Bajo la sugestión de este tiempo crepuscular y la incitación schmittiana de la historicidad concreta de la forma política estatal, el autor ha examinado en varias ocasiones la esencia del Estado<sup>30</sup>. El Estado, producto de la cultura europea moderna surgido frente al universalismo de la Iglesia y el Imperio, es una

---

<sup>27</sup>Véase D. Negro, *Gobierno y Estado*. Madrid, Marcial Pons, 2002.

<sup>28</sup>Mientras que las formas políticas son, en principio, ilimitadas, el número de las formas de gobierno está praxiológicamente limitado a tres por la distribución del poder y sus combinaciones: o manda uno (monocracia), o mandan varios (oligocracia), o mandan casi todos (democracia).

<sup>29</sup>Véase D. Negro, “Bosquejo de una historia de las formas del Estado”, en *Razón Española*, N° 122, noviembre-diciembre de 2003, 271.

<sup>30</sup>En la perspectiva de la modulación de la tradición política (liberal) de Europa: *La tradición liberal y el Estado*; como elemento que ha interferido en el proceso de mundanización de la cultura, al que puso principio el cristianismo: *Lo que Europa debe al cristianismo*; como tópico de la historiografía política: “Bosquejo de una historia de las formas del Estado”, *loc. cit.* Todo ello se deja traslucir también en las series de alta divulgación escritas para la prensa: véanse especialmente “El mito del Estado de Derecho”, 17, 24 y 31 de octubre y 7 de noviembre de 2000, y “La crisis del Estado”, en *La Razón*, 6, 13, 20 y 27 de marzo de 2001.

instancia *particularista*; ni se trata de una forma eterna de la política, sino de “una de las innumerables formas políticas que han existido, existen y existirán”. Espiritualmente constituye un “producto concreto del voluntarismo constructivista característico del racionalismo moderno”<sup>31</sup>. No podemos detenernos ahora en su tipología de las formas de Estado, que el autor prefiere denominar “fases de la época de la estatalidad”; bastará con mencionarlas sucintamente: Estado de poder, Estado monárquico, Estado nacional y Estado total<sup>32</sup>.

Mas la estatalidad no es sólo la condensación política del racionalismo moderno; también es un estilo de vida dirigido por la secularización de la cultura. Significativamente, recuerda el profesor Negro, la secularización comprende en su origen, entre otras cosas, la mundanización o desamorización de los bienes eclesiásticos, lo que a la larga habilitó la inversión de la relación entre los dos poderes, el espiritual (la Iglesia) y el temporal (el Estado). Ahora bien, dejando a un lado la inagotable polémica suscitada por la secularización como categoría de la interpretación histórica lanzada por Ernst Troeltsch [1865-1923], trátase de algo que “mienta indudablemente un hecho interno al cristianismo”<sup>33</sup>. Esto último es lo que le interesa remachar a Negro Pavón, pues la situación actual de las confesiones cristianas en Europa no es ajena al hecho de que el modo de pensar eclesiástico –con su trasfondo teológico-político– ha configurado, nutriéndolo, el modo de pensar estatal. El punto de arribada de este vasto proceso abarcador de la modernidad, caracterizado porque los conceptos secularizados se revuelven contra la matriz religiosa, sería tal vez lo que un agudo escritor español ha llamado la *profanación* de la cultura. Por su parte, Dalmacio Negro, que denuncia el abuso del concepto mismo de secularización, aplicado indiscriminadamente a todo, sugiere que es preciso contener su extensión, reservándolo para el ámbito político-estatal, pues “a la verdad, parece que mucho de lo que se achaca indiscriminadamente a la secularización no debiera ser imputado a la mundanización, sino, y quizá sobre todo, a la politización”<sup>34</sup>.

La secularización entendida como politización de la existencia ha encontrado en el Estado su máximo difusor, el cual ha explotado todas las

---

<sup>31</sup>Véase D. Negro, “Bosquejo de las formas del Estado”, *loc. cit.*, 274, 277, 272, 273.

<sup>32</sup>La primera forma se corresponde a la época de la estatalidad en formación; las demás a la de la estatalidad constituida. Véase D. Negro, “Bosquejo de las formas del Estado”, *loc. cit.*, *passim*. Esta tipología, que se desarrolla a su vez en subformas, introduce alguna variación sobre la que el autor presentó en *La tradición liberal y el Estado*.

<sup>33</sup>Véase D. Negro, *Lo que Europa debe al cristianismo*, 184.

<sup>34</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 187. Sobre la profanación, consecuencia por otro lado del avance de la “totalización de lo político”, véanse J. Conde, *Sobre la situación actual del europeo*. Madrid, Publicaciones Españolas, 1949, 23-24, y “Las dos vías fundamentales del proceso de modernización política: constitucionalización, totalización”, en *Escritos y fragmentos políticos*, t. II. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1974.

posibilidades de otro movimiento espiritual típicamente moderno, a saber: la neutralización de la cultura<sup>35</sup>. Originalmente, el proceso de neutralización (y su reverso, la despolitización) ha consistido en la búsqueda de un plano espiritual inmune a las disensiones que atraviesan la vida humana colectiva. En el límite, es el propio Estado el que se autoneutraliza (auto-despolitiza), ocultándose lo político y presentándose como ideología de sustitución (*Ersatz*) una “tolerancia senil”<sup>36</sup>. En esta perspectiva, resulta muy difícil no ver en el Estado uno de los sujetos protagónicos del nihilismo occidental. También de la declinación de Europa.

#### IV. DESCIVILIZACIÓN DE EUROPA

En realidad, el libro sobre el que llamamos la atención del lector constituye un denso ensayo sobre los efectos de la estatalidad en una época que ha visto consumarse irreversiblemente el paso del estado social aristocrático al democrático<sup>37</sup>. Algunos de esos efectos ya han sido apuntados aquí –secularización y profanación; neutralización; nihilismo; tolerancia perversa–, pero el autor se refiere también al auge del contractualismo político, tan diferente del pactismo medieval<sup>38</sup>; al desquiciamiento de la autocrítica como instrumento de la razón<sup>39</sup>; a la difusión del ateísmo y la increencia; al declive del espíritu europeo y del de las iglesias, particularmente la católica. Todo ello le permite ofrecer una rica visión de la situación histórica, abarcadora de sus elementos más sensibles: el estado de las creencias europeas (parte I) y la relación entre estas y el cristianismo (parte II), que Negro Pavón considera uno de los más poderosos factores de la civilización en Europa; por esta razón dedica la III parte de su obra a una veintena de “ideas” y “formas” que dan su gracia peculiar a lo europeo y que tienen, a su juicio, una genitura cristiana.

La aparición de este libro en vísperas de la imposición a las naciones europeas del *Tratado por el que se instituye una constitución para Europa* es una mera coincidencia, tal vez feliz para el editor, pero que no debe desviar de lo fundamental la atención del lector. Como el propio autor advierte, en el contexto de la descivilización de Europa y el conflicto, de largas consecuencias, entre la religión y la increencia, la polémica sobre la llamada constitución europea en realidad es accidental. Si acaso, ha servido para

---

<sup>35</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 151-57.

<sup>36</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 152.

<sup>37</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 203 y 275.

<sup>38</sup>Para el autor, el nihilismo, en sus modalidades pasiva y activa, resulta inseparable, como posibilidad efectiva, del contractualismo. Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 54 y 58.

<sup>39</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 121. El *pathos* destructivo que se apoderó de Europa durante el interregno de la *Belle époque* (1871-1914) fue legitimado en mayo del 1968.

poner de manifiesto que la elite política del continente es una dirigencia misonista y estúpida, “adocendada, todopoderosa y corrupta [que] no está segura de su identidad o carece de ella”<sup>40</sup>, que “sólo cree en el poder y en el poder que da el dinero”<sup>41</sup>. El tipo de europeísmo predominante, que en realidad es una doctrina *ad hoc* para conservar el poder socialdemócrata, impulsa hoy una bizarra política constitucional que carece de sujeto constituyente y que pretende ignorarlo todo de la constitución prescriptiva de Europa. La “constitución europea material, sustancial, histórica, existencia y originaria”, escribe Negro Pavón, está “conformada en lo esencial por ideas cristianas”<sup>42</sup>. El que esto no se reconozca como una evidencia confirma la desorientación intelectual de las gentes en cuyas manos estamos. Así, “casi es lo de menos que se invoque a Dios o al cristianismo”, pues “si no va a significar nada, quizá fuera mejor omitir la referencia a lo religioso”<sup>43</sup>. De este modo las iglesias deberían sentirse más libres frente al *establishment* europeísta, pues “la mención sería gravemente engañosa y tranquilizante al enmascarar la realidad de la situación”<sup>44</sup>.

La *descivilización*<sup>45</sup> de Europa es para el autor un proceso constatable en la generalización de la increencia. La cuestión religiosa en Europa, casi insensiblemente, ha pasado de estar dominada por las derivaciones del ateísmo filosófico a estarlo por la increencia o la “irreligión” (Zubiri), “actitud que prospera rápidamente entre las nuevas generaciones manifestándose como insensibilidad ante la religión e indiferencia hacia sus formas

---

<sup>40</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 8. Forma también parte de esa casta europeísta “una parte del clero, incluidos obispos simpatizantes, acobardados, o vacilante por prudencia e imprudencia”, 130. La contraparte de esta dirigencia es una nueva clase ociosa vinculada al Estado de Bienestar, 278.

<sup>41</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 11. Algunas incoaciones en estos arquetipos en D. Negro, “La época estúpida”, “El auge de la estupidez”, “El consenso se sulfura” y “La muerte del ignorante”, en *La Razón*, 16 de febrero y 25 de mayo de 1999, 8 de febrero de 2000 y 16 de abril de 2002.

<sup>42</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 94.

<sup>43</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 101. Se trata de una polémica “tan ridícula que descalifica a los que mandan en Europa”, 4.

<sup>44</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 101.

<sup>45</sup>La noción de descivilización (*Decivilization*) ha sido manejada recientemente por el economista alemán afincado en Las Vegas Hans-Hermann Hoppe [1949], en su libro *Monarquía, democracia y orden natural. Una visión austríaca de la era americana*. Madrid, Ediciones Gondo, 2004, espec. cap. 1º. Su esquemático planteamiento no deja de ser útil: según Hoppe, el grado de civilización está determinado por la disminución de la preferencia temporal (*id est*, propensión al consumo inmediato) de los individuos y los grupos humanos; la tendencia actual a la disminución de la preferencia temporal, que el economista asocia a la nefasta influencia del Estado providencia, a la destrucción de la familia, a la aceptación de conductas patológicas y desviadas, etc., constituye un indicio de la descivilización de occidente. Hoppe ha sido recientemente víctima de una insidiosa persecución por sostener en sus clases de Economía política que los homosexuales (y los niños) tienen una baja preferencia temporal...

y contenidos, que [creciente despojados de estética parecen abstracciones]<sup>46</sup>. Así, trátase de un problema que desborda a las Iglesias y afecta al núcleo mismo de la civilización (o la cultura), pues esta reposa siempre en la apertura del hombre a la transcendencia. En último análisis, la esencia de la civilización es la cultura, que viene de *culto*, como recuerda Negro Pavón<sup>47</sup>. Aunque la religión no sea propiamente cultura, mezclándose con ella le da forma y gracia<sup>48</sup>. La irreligión, en parte responsabilidad de una Iglesia que no ha sabido o no ha podido resistirse a la mundanización de sus estructuras, presupone además una inmensa oquedad en el sustrato de lo que Ortega y Gasset llamó las creencias, ideas *en las que se está*, a diferencia de las ocurrencias, que simplemente *se tienen*<sup>49</sup>.

Comoquiera que el cristianismo constituye un ingrediente fundamental de la cultura europea, en el desprestigio de lo religioso, a la orden del día, se denuncia tal vez la *deseuropeización* de Europa. Mas, ¿quiere ello decir, necesariamente, que la decadencia de Europa está marcada por la declinación del sentimiento religioso, por una suerte de incapacidad para la fe?<sup>50</sup> El profesor Negro roza así una cuestión medular, tanto histórica como espiritualmente: los límites de la superposición entre lo cristiano y lo europeo. A su juicio, “nunca se ha dado ni se dará una simbiosis perfecta entre Europa, un espacio limitado, y el cristianismo, religión universalista; ni, por supuesto, entre el mundo entero y esta religión; ocurrirá, si acaso, en la *parousía*”<sup>51</sup>. Pues el cristianismo constituye una realidad histórica mucho más amplia que Europa. En el capítulo 4º de *La fin de la Renaissance* quiso también ocuparse del asunto Julien Freund [1921-1993], que partía de la siguiente disyuntiva: ¿ha sido “la grandeza de Europa relativamente independiente de su coincidencia con el cristianismo” o, por el contrario, las suertes de ambos estarían ligadas hasta el punto de que una Iglesia que después del Concilio Vaticano II parece *desoccidentalizarse* sería responsable de precipitar a Europa en la decadencia?<sup>52</sup> Según el sabio lorenés, el cristianismo “jamás se identificó a sí mismo con Europa”<sup>53</sup>; si bien es

---

<sup>46</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 140.

<sup>47</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 97.

<sup>48</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 190.

<sup>49</sup>“El hueco que han dejado las creencias asentadas en una concepción de la verdad no ha sido ocupado por ideas fértiles, suscitadoras de nuevas creencias, de un estilo”: D. Negro, *op. ult. cit.*, 88.

<sup>50</sup>“Parece empero como si se hubiese perdido la capacidad para la fe”, escribe Negro Pavón citando al cardenal Ratzinger [1927], siendo que la fe “no es una creencia como las demás, puesto que las condiciona todas”: D. Negro, *op. ult. cit.*, 142.

<sup>51</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 11.

<sup>52</sup>Véase J. Freund, *El fin del Renacimiento*. Buenos Aires, Belgrano, 1981, 97 y 83.

<sup>53</sup>Véase J. Freund, *op. ult. cit.*, p. 91. La evangelización del mundo ha sido una empresa espiritual acometida “no para afirmar su europeísmo, sino su cristianismo”, *op. ult. cit.*, 92. Así pues, aunque muchos europeos deploran la *desoccidentalización* de la Iglesia, se trata de un fenómeno consecuente con su espíritu universalista. En este sentido, Negro Pavón reconoce que tras el Concilio Vaticano II el cristianismo salió de la crisálida europea: *op. ult. cit.*, 135.

un “componente indeleble del hecho europeo”, debería rechazarse, por confusa, la opinión que los identifica sin más, pues “el cristianismo fue europeo a su propia manera”<sup>54</sup>. Ahora bien, “los europeos empeñados en salvar su civilización y su espíritu aciertan al criticar al neocristianismo salvaje que abandona la rigidez de las estructuras eclesíásticas [...], pero tal visión supone una concepción europea del cristianismo, y no una aprehensión del cristianismo en general”<sup>55</sup>.

## V. SECULARISMO, FE CRISTIANA Y SITUACIÓN DE LA IGLESIA DOCENTE

Frente a la secularización, el secularismo sería propiamente la “utilización contra la religión de origen teológico”<sup>56</sup>, última consecuencia del racionalismo moderno que ha “desencantado” el mundo. Mas, en contra de una opinión muy extendida, Negro Pavón apunta que la crisis de Europa que trae su causa en ese proceso no ha sido responsabilidad directa de la Ilustración. A su juicio, es un error atribuir al espíritu de las luces el revanchismo contra la tradición europea, pues “la Ilustración puede no haber sido inocente, pero nunca tuvo intenciones destructivas ni fue pesimista”<sup>57</sup>; acaso “la crítica ilustrada de las supersticiones se [ha confundido] con el desencantamiento”<sup>58</sup>. La suposición de que el declive del cristianismo es consecuencia de la Ilustración no es más que un “dogma transformado en creencia difusa”<sup>59</sup>. Muchos ilustrados eran críticos del cristianismo pero no por ello fueron anticristianos. En realidad, la raíz del mal europeo es el romanticismo, movimiento espiritual que marca efectivamente el declive de la fe, no sólo del cristianismo como religión eclesíástica. “En la atmósfera de *êthos* romántico del descontento universal empezó a desvanecerse la vieja ética que enseña a estar en el mundo”<sup>60</sup>. Ese *êthos* desplazó al tradicional, basado en la religión. A disgusto con el mundo, en el que el yo subjetivista únicamente encuentra motivos para un activismo vacío<sup>61</sup>, el romántico se refugia en el pasado. En su huida del mundo no sólo “desontologizó la realidad, [sino que] dio pábulo a nuevos mitos, como el de la violencia revolucionaria y la destrucción creadora,

---

<sup>54</sup>Véase J. Freund, *op. ult. cit.*, 96 y 97.

<sup>55</sup>Véase J. Freund, *op. ult. cit.*, 99-100.

<sup>56</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 181.

<sup>57</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 47.

<sup>58</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 32.

<sup>59</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 32.

<sup>60</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 39.

<sup>61</sup>Es el *ocasionalismo romántico* contra el que siempre se enfrentó Carl Schmitt. Véase C. Schmitt, *Romantisme politique*. Paris, Valois, 1928.

y puso como la más alta instancia al yo particular, como secuela de la ideología de la emancipación<sup>62</sup>.

El espíritu romántico es responsable directo de la difusión del nihilismo y el nacionalismo, filosofías, asimismo, radicalmente incompatibles con el cristianismo. El nihilismo arrancó de la negación romántica de Dios y su obra, pero a medida que crecía la nueva inseguridad derivada del solipsismo radical nihilista<sup>63</sup>, lo que inicialmente podía considerarse una actitud pesimista y restringida a ciertos ambientes, pues no había sitio en la Europa cristiana para una ética *destructiva*, se convirtió en la “vida concreta de los pueblos europeos”<sup>64</sup>, en la “morada de occidente”. El nihilismo es la apoteosis de la cantidad, representada por los valores; ante la pujanza de todo ello –“éticas de la tristeza, deontologías y cosas por el estilo”<sup>65</sup>–, el *nomos*, lo cualitativo, apenas si tiene lugar. El envite nihilista al cristianismo ha hecho pensar a una parte no despreciable de los creyentes que puede llegarse a un compromiso bajo la forma de una suerte de “religiosidad democrática coactiva”<sup>66</sup>, como si la fe cristiana, transformada en un humanismo<sup>67</sup>, se nutriera también de los valores contemporáneos. Pero “ni Cristo ni el cristianismo significan lo mismo como norma que como valor”<sup>68</sup>.

Si el nihilismo se ha erigido en el gran rival espiritual del cristianismo, cuya fe ha aspirado a laminar presentándose como una “forma radical de gnosticismo que se opone a lo que supera la nada, a la Creación”<sup>69</sup>, puede decirse también que, desde el punto de vista de la misión apostólica universal (*católica*) de la Iglesia, el nacionalismo ha operado como el gran enemigo particularista de esta última. “El nacionalismo es moral y políticamente el mayor enemigo del cristianismo, en tanto enfrenta directamente y sin alternativas el particularismo comunitarista más radical al universalismo”<sup>70</sup>. La historiografía nacionalista no sólo ha destruido la idea de una tradición común de Europa, sino que ha hecho de la nación una persona moral que “sustituye a la Iglesia en su relación con la Estatalidad”<sup>71</sup>. En este sentido, fue el Estado la instancia que hizo del nacionalismo una suerte de religión civil, transfiriendo a la nación los sentimientos de reverencia religiosa antes ordenados a la Iglesia. Alterar este estado de cosas no depende ya únicamente de la Iglesia, en casos particulares extrañamente comprometida con el nacionalismo, sino que pasa también por la recuperación historiográfica

---

<sup>62</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 45.

<sup>63</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 71.

<sup>64</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 49.

<sup>65</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 112.

<sup>66</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 193-94.

<sup>67</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 143.

<sup>68</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 50.

<sup>69</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 52.

<sup>70</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 83.

<sup>71</sup>Véase D. Negro, “Bosquejo de una historia de las formas del Estado”, *loc. cit.*, 289.

de la Edad Media como origen de Europa<sup>72</sup>, unida precisamente bajo el orden envolvente de la Cristiandad.

El nacionalismo, forma agresiva de “antitradicionalismo”, ha llegado incluso a presentarse, aliado como el nihilismo pasivo, como una forma de pacifismo estabilizador de las relaciones internacionales. Solamente los Grandes espacios, recuerda Negro Pavón, parecen querer hoy resistirse a esta doctrina aparentemente antimachiavelista<sup>73</sup>. En realidad, el asunto de un pacifismo que se pretende hacer compatible con el nacionalismo (doctrina polemógena por excelencia) le sirve al autor para ilustrar la pérdida de autoridad de la Iglesia docente por la tosca influencia secularista<sup>74</sup>. El cuestionamiento de la autoridad de la Iglesia –particularmente grave en una situación en la que parece haberse desmoronado el más elemental principio de las jerarquías– se debe a la impregnación estatista y a la ideologización del modo de pensar eclesiástico, a la exclusión de la dimensión pública de la religión<sup>75</sup> y a la desorientación de la clerecía. Echa en falta Negro Pavón, frente al nihilismo convertido en doctrina del Estado, el contrapeso de las iglesias, “que callan demasiado”<sup>76</sup>. Un claro ejemplo de la sugestión ideológico-estatal que padece la Iglesia docente es el concepto de subsidiariedad, que a juicio del profesor madrileño “elude la cuestión esencial: la existencia, naturaleza y justificación en su caso del Estado”. En efecto, ¿acaso no opera la subsidiariedad, encumbrada como principio político constitucional de la Unión Europea<sup>77</sup>, como un instrumento de la *ratio status*?<sup>78</sup>

El problema del Estado y sus relaciones con la Iglesia constituye una temática recurrente en este libro, pues no en vano la historia de Europa, que ha sido tradicionalmente historia de la Iglesia, se ha transformado

---

<sup>72</sup>Véase D. Negro, *Lo que Europa debe al cristianismo*, 109.

<sup>73</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 93.

<sup>74</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 15-24.

<sup>75</sup>El *êthos*, alma de las culturas, reposa sobre la religión, “de ahí el inevitable carácter público” de ésta. O, tal vez, más que público común, pues lo común es lo universal y lo público lo propio de cada Estado. Véanse D. Negro, *op. ult. cit.*, 190 y Á. d’Ors, *Bien común y enemigo público*. Madrid, Marcial Pons, 2002, 19.

<sup>76</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 24.

<sup>77</sup>La Unión Europea, “máquina de aceleración hacia la muerte”, según el ironista político Günter Maschke [1943], no es sino un Estado cuya doctrina, el “europeísmo”, no puede ser más contraria a los intereses de Europa. Véase G. Maschke, “La unificación de Europa y la teoría del Gran espacio”, en *Carl Schmitt Studien*, Nº 1, 2000, 75-85.

<sup>78</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 20-21. Naturalmente, también se refiere el autor al arquetipo de clérigo propiciado por la confusión –hasta cierto punto inevitable– del Concilio Vaticano II. Este personaje, en bizarra sintonía con las ideologías seculares ha participado en el espíritu descivilizador (18). No resulta por ello extraño que abunden las referencias al cristianismo como ideología, lo que explica “el curioso catolicismo comunista, el cristianismo socialista o para el socialismo o la teología progresista y el cristianismo progresista en sus profusas variantes”. “Confundiendo el principal deber de su vocación, que consiste en guiar las almas hacia Dios, no hacia la tierra, [desorientan] así a los laicos” (19).

progresivamente desde el Renacimiento en historia del Estado<sup>79</sup>. La Iglesia ha sido el referente histórico del Estado, pues como forma particularista se ha configurado envidiando siempre la proyección universal de aquella. Mas hace tiempo, según acabamos de indicar, que los patrones se han invertido, contaminándose la *ratio ecclesiae* (ordinalista) por la *ratio status* (mecanicista). Prueba de ello es la burocratización de la Iglesia<sup>80</sup>. En el estatismo, mal eclesiástico hodierno, no sólo se denuncia la dimensión institucional de la secularización, sino la debilidad política de la Iglesia, que por estar *en* el mundo se presenta inexorablemente configurada como una forma política<sup>81</sup>. Influenciada “unilateralmente” por el pensamiento estatal, la Iglesia, que parece renunciar a enfrentarse con los poderes civiles, acusa en sus clérigos el lógico sentimiento de inferioridad<sup>82</sup>. Aún así, “aunque decadente, [la Iglesia] sigue siendo el gran rival del Estado Minotauro”<sup>83</sup>.

El estatismo que hoy impera sugiere que lo público, esfera de la vida humana colectiva constituida en otras épocas por lo religioso y lo eclesiástico, es hoy lo estatal. Las consecuencias del proceso de estatificación de lo público, como Negro Pavón pone de manifiesto, podrán sorprender a más de uno. De entrada, la crisis de lo público eclesiástico, confirmada históricamente por el Estado surgido de la Revolución, es uno de los motivos últimos de la pérdida de la libertad en el mundo contemporáneo. Por otro lado, la expropiación de lo público por el Estado nación da razón de un hecho que, de lo contrario, resultaría inexplicable: la precariedad de la recuperación de la libertad desde la Revolución francesa<sup>84</sup>. Mas la Iglesia “custodia mal que bien el *éthos* europeo”<sup>85</sup>, por lo que cabría preguntarse si no traerá prendida la “privatización” de la religión que esta última “se aparta del Estado deslegitimándolo”<sup>86</sup>.

---

<sup>79</sup>Por cierto que, en otro lugar, Negro Pavón ha llegado a sugerir que el archidiscutido “fin de la historia” bien podría tratarse del “[fin] de la historia de Europa como historia del Estado”. Véase D. Negro, *La tradición liberal y el Estado*, 15.

<sup>80</sup>Véase D. Negro, *Lo que Europa debe al cristianismo*, 199.

<sup>81</sup>La denominación oficial “Stato della Città del Vaticano”, determinada por la presión del inexorable proceso de estatificación de Europa –desde la Baja Edad Media hasta el siglo XX–, resulta engañosa. Parece preferible y más correcto historiográficamente “Papado”.

<sup>82</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 18 y 23-24.

<sup>83</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 81. Las características de esta manifestación del Estado total cuantitativo (Carl Schmitt), que el autor denomina en ocasiones “Estado socialdemócrata”, incluso “Estado constitucional fiscal de partidos”, son examinadas en 63-65. El autor considera mucho más útil que “Estado total” la fórmula “Estado Minotauro”, acuñada por Bertrand de Jouvenel [1903-1987]. Asimismo: D. Negro, “¿Qué Europa? ¿Qué España?”, *loc. cit.*, 350.

<sup>84</sup>Véase D. Negro, *La tradición liberal y el Estado*, 105.

<sup>85</sup>Véase D. Negro, *Lo que Europa debe al cristianismo*, 81.

<sup>86</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 165, nota 119.

## VI. IDEAS Y FORMAS EUROPEAS

El horizonte en el que es preciso contemplar estas meditaciones del profesor Negro es el de la posibilidad, hasta la fecha inédita, de una cultura irreligiosa. ¿Estará “el porvenir de Europa en una nueva civilización sin religión”?<sup>87</sup> ¿Se alterarán hasta ese punto las creencias cristianas, siendo sustituidas por otros modos de instalación vital?<sup>88</sup> ¿Qué papel desempeñarán finalmente las iglesias? ¿Participarán “activamente en la latente lucha por la cultura, que en este caso es también la lucha por la fe cristiana, o se limitarán, como la gran masa, a hacer de espectadores en la contienda que, si la fe cristiana conserva todavía en Europa suficiente vitalidad, probablemente se avecina”?<sup>89</sup> Aun reconociendo que ninguna civilización ha sido ni será jamás, en su plenitud, cristiana, difícilmente podrá dejarse a un lado que durante mucho tiempo la historia de Europa ha sido la historia de sus ideas religiosas<sup>90</sup>. “La realidad de la decadencia del cristianismo, aunque pueda ser momentánea”, no admite discusión. Que ese estado pueda ser reversible todavía después la tribulación (“momento de purga” del cristianismo) o que, eventualmente, pueda subsistir Europa sin religión, aunque deje de ser ella misma, son aporías históricas que el autor se limita a plantear.

Enemigo de las profecías, tal vez considera más eficaz una investigación sistemática sobre los elementos que han configurado el espíritu europeo a través de los siglos. Consecuente con su vocación intelectual, Negro Pavón, sin ánimo exhaustivo, enumera “algunas ideas que, actuando en el subsuelo como ideas-creencias, ideas-madre, han resultado decisivas en la configuración de Europa”, hasta el punto de que “sin ellas, su civilización resulta incomprendible al formar parte de sus presupuestos”<sup>91</sup>. Aunque en el desarrollo de la III parte de su libro no lo recalca adecuadamente, la distinción postulada entre *formas* e *ideas* tiene enorme interés. Así, entre las primeras, el autor señala fundamentalmente tres: la familia, el Estado y la Iglesia. La enumeración de las ideas es más prolija: la religión, la creación, la trascendencia, la infinitud, la Historia, el progreso, la razón, el laicismo, la justicia, la libertad, la igualdad, el trabajo la democracia, la ciencia, la técnica y el optimismo y la dignidad humana. Quedan fuera de su análisis la política como “forma de actividad peculiar que sólo ha prendido en Europa”<sup>92</sup>, la idea de la representación o formas superiores de la vida europea como la propiedad, el mercado o la Universidad. La

---

<sup>87</sup>D. Negro, “¿Qué Europa? ¿Qué España?”, *loc. cit.*, 345.

<sup>88</sup>Cfr. D. Negro, *Lo que Europa debe al cristianismo*, 89.

<sup>89</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 191.

<sup>90</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 193 y 86.

<sup>91</sup>Véase D. Negro, *op. ult. cit.*, 195.

<sup>92</sup>Véase D. Negro, *La tradición liberal y el Estado*, 21.

ausencia de esta última en el estudio sistemático llama especialmente la atención, pues uno de los presupuestos de la historiografía política de Negro Pavón es precisamente la quiebra de la *auctoritas* en la modernidad. Siendo la *auctoritas* un “saber socialmente reconocido” (Á. d’Ors), su reservorio fue durante siglos la Universidad, que ante todo constituyó “una forma de vida”<sup>93</sup>. Otras formas europeas, como por ejemplo el Derecho romano (el *ius*) y el Imperio (la “vía romana de Europa”), son tratadas bajo la rúbrica de la “cultura grecolatina”, bajo la cual se estudia también la metafísica griega.

Por varios conceptos nos encontramos ante un libro importante, prolongación, desde otra perspectiva, de una obra rica en sugerencias. De una forma u otra, la quintaesencia de estas páginas responde a dos tesis fundamentales: que el Estado se ha convertido hoy en la razón fundamental de la descivilización de Europa y que las raíces espirituales de lo que se entiende por “cultura o civilización europea” son constitutivamente cristianas.

---

<sup>93</sup>También en el caso de la Universidad, que no se entiende en su origen fuera de la matriz eclesíastica, coincide el proceso de su estatificación –aparición de las Universidades estatales o *públicas*– con la pérdida de su *auctoritas*. Véase R. Fernández-Carvajal, *Tomás de Aquino o la Universidad como forma de vida*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1993.

## RAPANUI, PUEBLO QUE MIRA AL CONTINENTE

*Camilo I. Cobo de la Maza\**

SUMARIO: I. En Francia se rompe el silencio. II. Tragedia y crisis de identidad.  
III. Tras la huellas de la cultura Rapanui. IV. Chile, mano amiga.

### INTRODUCCIÓN

Estas líneas introducen el tema *rapanui* con el propósito de observar, desde la perspectiva contemporánea, el problema de identidad cultural que enfrenta el pueblo *rapanui*. Esta etnia polinesica, que integra la chilenidad, se encuentra en la situación cultural de saltar de la Edad de Piedra a la Modernidad con la experiencia intermedia del casi exterminio de su población a mediados del siglo XIX, como consecuencia de incursiones esclavistas. Hoy, *Rapanui* mira a Chile en su esfuerzo por recuperar sus valores culturales y contribuir con ellos en una modernidad que se proyecta al futuro.

### I. EN FRANCIA SE ROMPE EL SILENCIO

#### 1. VOCES PARLAMENTARIAS

En la segunda mitad del siglo XIX, los *rapanui* de Isla de Pascua solicitan a Francia, en repetidas ocasiones, que asuma el Protectorado de *Te Pito o Te Henua*, pero sus autoridades guardan silencio sin responder.

Sorprende, entonces, que a fines de 1888, parlamentarios galos discutan en la *Chambre des Diputes* las razones de por qué Francia permite que Chile asuma el control de Isla de Pascua cuando tiene bajo su protección toda la Polinesia Oriental, desde las islas Marquesas por el norte hasta las Gambier por el sur.

---

\*Profesor de Filosofía y Antropología Cultural; Profesor de cultura rapanui en la Academia Diplomática Andrés Bello y en la Universidad Santo Tomás.

El obispo Freppel, diputado francés, convoca entonces al comandante de la flota del Pacífico, almirante Krantz, para que dé cuenta por qué se ha permitido a Chile asumir la protección de Isla de Pascua. El almirante explica que ni él ni sus predecesores se han interesado por la isla debido a su carencia absoluta de abrigo natural para los navíos y por ser una isla insalubre, azotada por enfermedades, que reducen su población a poco más de doscientas personas.

Louis Castex, en su libro “Los Secretos de Isla de Pascua”, cita al *Journal Officiel, France: service de la Chambre de Députés* de septiembre de 1888, que reproduce las opiniones del almirante Krantz del siguiente modo:

*“No cabe duda que si Francia hubiera querido, le habría sido sumamente fácil hacer aceptar su protectorado. Este protectorado nos fue ofrecido en múltiples ocasiones, como acaba de decir Monseñor Freppel, pero los almirantes que han estado a cargo de nuestras estaciones navales en los mares del sur, han aconsejado a nuestro Gobierno: –‘No tomen bajo su protectorado la Isla de Pascua, pues no sirve para nada. Pascua no tiene ninguna caleta, tan sólo se puede echar el ancla en condiciones de vientos favorables, lo que no ofrece seguridad. Además, la población de la isla, que tuvo en otro tiempo tres mil habitantes, que tenía mil quinientos hace treinta años, ha disminuido a ciento cincuenta o ciento sesenta habitantes, lo que no indica prosperidad’-. Por tanto, el Ministerio de Marina ha desechado la idea de proclamar el protectorado francés en 1872 y después en 1886, por razones muy justificadas... Acepto, junto con mis predecesores, la responsabilidad de no haber declarado el Protectorado francés sobre la Isla de Pascua”. (Op. cit. 116).*

## 2. TESTIMONIOS DE ESCRITORES

La paradoja francesa va más lejos porque si tiene razones oficiales para no interesarse por la isla, posee otras, extraoficiales, para sustraer de ella algunos *moai*, tanto antes como después de la protección dada por Chile a la isla, como consta en los escritos franceses de quienes les tocó ser parte de tales actos de piratería como ellos mismos los califican.

Son testigos presenciales de tales hechos: Julien Viaud, el poeta Pierre Loti, entonces guardiamarina en *La Flore* que, al mando del Almirante F.T. de Lapelin, pasa en 1872 por la isla con la sola finalidad de sustraer *moais* y Alfred Metraux, antropólogo francés, que deja Isla de Pascua el dos de enero de 1935 en el barco holandés *Mercator* y cuyo capitán, Van de Sande, sustrae también dos *moais*. El destino oficial de tales sustracciones es, en cada caso, el museo nacional respectivo, pero el destino del segundo *moai* que cada comandante se lleva no es otro que el de su propiedad.

Las declaraciones de Viaud y Metraux son asombrosas pero baste, en estas líneas, con la de Alfred Metraux que participa en la expedición científica franco-belga de 1934, autorizada por el gobierno de Chile.

Metraux escribe en la página 246 de su libro “La Isla de Pascua”:

*...El comandante Van de Sande, del Mercator, un verdadero holandés, nos reveló su ardiente deseo de llevar una estatua a Bélgica para que el nombre de su navío quedara asociado a esta hazaña. Nuestras instrucciones a este respecto eran formales.*

*Estábamos comprometidos a llevarnos una estatua a Francia, pero no me agradaba mucho el proyecto. Conozco bastante el carácter celoso de los sudamericanos para no temer que este despojo no tuviera repercusiones enojosas... Llevarse una estatua no es privar a la isla de uno de sus tesoros, sino, simplemente, salvarla de la destrucción...*

*...En menos de una hora estaba a bordo...nos creíamos bucaneros que habíamos apresado un galeón español sin combate... Necesitábamos otra proeza más digna de nosotros. Anakena era el sitio ideal para un segundo robo, pero las estatuas que se ofrecían a nuestra codicia eran de las más pesadas de la isla.*

*El comandante, aquella misma noche nos dijo: ‘Quiero esa estatua y me la llevo a Bélgica’...*

*Estuvimos a punto de tener molestias con los indígenas, fanáticos del pasado, quienes movidos de súbito a gran patriotismo local, hablaban de cobrar la injuria que íbamos a infligir a su tesoro nacional” (Op. Cit).*

Lo increíble de la situación es que la razón que se invoca: “salvarla de la destrucción”, ellos mismos la contrarían, pues cuando no pueden llevarse un *moai* completo lo asierran y cargan sólo la cabeza, en una macabra demostración de barbarismo cultural.

## II. TRAGEDIA Y CRISIS DE IDENTIDAD

### 1. PIRATERÍA EN ISLA DE PASCUA

Las enfermedades que asuelan Isla de Pascua, conforme a las declaraciones del almirante Krantz, tienen una dolorosa historia que se remonta al siglo anterior cuando las narraciones de los primeros navegantes que llegan a la isla (holandeses 1722, españoles 1770, ingleses 1774, franceses 1786 y norteamericanos 1792) despiertan el interés por conocer Pascua tanto en connotados científicos como en aventureros y personajes de menor categoría, balleneros y esclavistas en busca de mano de obra barata.

En 1805 la tripulación del *Nancy*, de bandera norteamericana, atrapa una veintena de *rapanui*, entre hombres y mujeres, para la caza de focas en el archipiélago Juan Fernández.

El *Pindos*, en 1822, también de bandera norteamericana, se detiene en Pascua para abastecerse de agua y, al descubrir a un grupo de mujeres indefensas, las secuestra para abusar de ellas y, luego, lanzarlas al mar mientras la tripulación se entretiene haciéndolas blanco de sus disparos.

A fines del año 1862, sucesivas incursiones de barcos esclavistas, de banderas peruana y española, cazan a mil trescientas cuarenta y una personas, varones, mujeres y niños, un tercio de la población *rapanui*, para llevarlas a Perú e introducirlas al mercado. Allí, fuera de su hábitat natural, los *rapanui* se ven expuestos a enfermedades contra las que carecen de inmunidad y su mortandad es grande.

Advertido de esta situación el obispo de Tahití, Tepano Jausen, gestiona ante el arzobispo de Lima la repatriación de los *rapanui* pero, durante el viaje a Tahití, muere la gran mayoría de los novecientos sobrevivientes que regresan. A Pascua llegan quince nativos que contagian al resto de la población con viruelas, tuberculosis y otros males que la reducen, en poco menos de veinte años, a no más de doscientas personas.

El siguiente cuadro, construido a partir de los informes del cónsul de Chile en el Callao, don Tiburcio Cantuarias, da cuenta del detalle de estos funestos hechos:

#### Pascuenses Cazados y Llevados al Perú

Barco	Pascuenses	Hombres	Mujeres	Niños	Llegada al Callao
Bella Margarita	154	142	12	–	23-XI-1862
General Prim	117	106	9	2	06-I-1863
Elisa Mason	238	140	86	12	17-I-1863
Carolina	124	90	32	2	24-I-1863
Hermosa Dolores	161	138	23	–	26-I-1863
Rosalía	196	149	37	10	03-II-1863
Teresa	203	163	33	7	21-II-1863
Carolina	73	72	1	–	01-IV-1863
José Castro	21	18	3	–	20-IV-1863
Bárbara Gómez	23	9	14	–	09-V-1863
Urmeneta y Ramos	31	30-	1	–	17-VII-1863
Totales	1.341	1.057	251	33	

\*Fuente: Archivo Nacional. Cónsules de Chile en el extranjero (\*Jesús Conte, *Op. Cit.*)

## 2. TESTIGOS DE UNA IDENTIDAD QUE SE DETERIORA

Los acontecimientos esclavistas que estremecen a Pascua estimulan la vocación misionera de los religiosos de la Congregación de los Sagrados Corazones (padres franceses) que atiende la Polinesia Oriental y decide acudir en apoyo de los *rapanui*.

La situación de la isla está alterada. Eugenio Eyraud, mecánico copia-pino de origen francés, primer misionero que pisa suelo *rapanui*, escribe a sus superiores:

*“...Estas buenas gentes nada tienen que hacer los doce meses del año. Un día de trabajo les asegura una abundante cosecha de patatas para un año entero; durante los otros trescientos sesenta y cuatro días, se pasean, duermen, se visitan...”*. (Carta del H. Eugenio Eyraud, al Superior General. Valparaíso, diciembre de 1864).

Carente de líderes, civiles o religiosos, la población se encuentra sin rumbo. El hermano Eyraud dice a sus superiores:

*“...no he podido sorprender ningún acto verdaderamente positivo de un culto religioso. En todas las chozas se encuentran algunas estatuas de unos treinta centímetros de alto, que representan figuras de hombres... Indudablemente, éstos deben ser ídolos; pero no he advertido que se les rindiese ninguna especie de honor. Algunas veces he visto a los kanacos (nativos) tomar estas estatuas, alzarlas en el aire, hacer ciertos gestos, y acompañar todo esto con una especie de danza y un canto insignificante. ¿Qué se proponen con ello? Creo que ni aún ellos lo saben. Hacen simplemente lo que han visto hacer a sus padres, sin llevar más lejos sus pensamientos...”* (Ibid).

Ya no hay quien recite la historia de los orígenes míticos de su pueblo en que los ancestros se confunden con los dioses; tampoco conocen las razones de las ceremonias antiguas. Sólo repiten lo que oyeron y vieron hacer a sus mayores. La confusión es profunda y el caos grande.

La tradición oral, una vez perdida la memoria auditiva de los antiguos, desdibuja poco a poco sus contenidos y termina por distorsionar la originalidad primitiva.

Las leyendas *rapanui* que el padre Sebastián Englert, religioso capuchino y párroco en la Isla entre 1934 y 1969, recoge de los *rapanui* de mayor edad y que, luego publica en los años 40, constituyen el legado cultural inamovible de la etnia *rapanui*.

Hoy, en los inicios del siglo veintiuno, son pocos los *rapanui* que saben de sí mismos más allá de los acontecimientos del siglo veinte y cuando los jóvenes consultan a sus padres respecto de alguna tradición éstos los remiten a los abuelos, en evidente muestra de pérdida cultural.

### III. TRAS LA HUELLAS DE LA CULTURA RAPANUI

#### 1. DESDE EL CONTINENTE ASIÁTICO

El mundo científico, historiadores, antropólogos y arqueólogos del siglo veinte de los últimos cuarenta años, coincide en poner el origen remoto de los polinésicos en el continente asiático.

La discrepancia surge en torno a las rutas seguidas por ellos una vez que llegan al océano. Los más, proponen antecedentes para una ruta a través de los archipiélagos indonesios, primero, y, luego, por la Melanesia hasta Fidji para, en seguida, conquistar Polinesia.

Los menos, liderados por el noruego Thor Heyerdahl, señalan a la Corriente del Japón como vía para despegarse de los archipiélagos filipinos y dirigirse a América. Desde allí reingresan al océano, llegan por la Polinesia por dos rutas: una por el norte desde la Columbia Británica y la Isla de Vancouver al archipiélago hawaiano y, desde allí, al resto de las islas; la segunda, por el sur, conduce a los protopolinésicos por las costas de América hasta el Perú desde donde, llevados por la Corriente de Humboldt, colonizan Pascua y los archipiélagos de la Polinesia.

El nomadismo asiático de los protopolinesios conduce a unos por las rutas del Cáucaso, a otros por las de Afganistán, y a otros por China, permitiéndoles conocer grandes civilizaciones como la sumeria del valle mesopotámico, las de Mohenjo Daro y Harappa en el Valle del Indo y aquellas de los ríos Amarillo y Yangze, en China. En ellas toman contacto con la agricultura, las ciudades amuralladas y sus urbanizaciones; los zigurats y la astronomía; el uso de la rueda, los metales y la escritura.

Finalmente, conocen las habilidades náuticas de las poblaciones costeras de las que se interiorizan y se hacen diestros. Más tarde, al pasar por las grandes islas de Indonesia y Filipinas, aprenden los secretos de la navegación de alta mar.

Los polinésicos dejan atrás culturas continentales, propias de la Edad de los Metales, para asumir las culturas náuticas. Pero, en la mayoría de los casos, en las islas volcánicas que colonizan no encuentran minerales sino sólo rocas, viéndose de algún modo obligados a regresar a la Edad de Piedra. En *Te Pito o Te Henua*, la situación general no es diferente.

## 2. CULTURA DE LA INTERIORIDAD

Provenientes de las Marquesas, según unos, y de Mangareva, en las Gambier, según otros, los *rapanui* quedan muy alejados de los archipiélagos vecinos con distancias que varían entre los dos mil (Pitcairn) y los cuatro mil kilómetros (Tahití, las Galápagos y el continente americano). Esta situación de aislamiento extremo confiere a los habitantes de Pascua un carácter especial pues su retorno a la Edad de Piedra se ahonda al quedar desvinculados de los demás grupos humanos y no poseer otra fuente de renovación cultural que la naturaleza volcánica de su isla, el océano, las estrellas y su propia interioridad.

Es precisamente una rica vida interior la que salva del ensimismamiento a la cultura *rapanui* y la proyecta a realidades espirituales superiores. La sorprendente originalidad de sus cultos al dios *Makemake* del *Ahu-moai* y del Hombre-Pájaro, son manifestaciones de los niveles de conciencia del poder espiritual que alcanzan.

#### IV. CHILE, MANO AMIGA

No es extraño, después del terremoto cultural que padece la isla con el consiguiente descabezamiento de su elite, que el remanente de su población se vea huérfana y necesite apoyo para recuperar su equilibrio interior y la necesaria seguridad exterior.

##### 1. GESTIONES DEL OBISPADO DE TAHITÍ

De los ciento cincuenta *rapanui* que al regresar de Perú se quedan a trabajar en Tahití, algunos acompañan a los misioneros que se dirigen a Pascua para hacerles de intérpretes y tienen oportunidad de conversar con sus amigos y hablarles de la protección que el gobierno francés brinda a los nativos en el archipiélago.

En este contexto, y con la ayuda de los misioneros católicos que acuden después de los acontecimientos de 1862, los *rapanui* piden a Francia su protección.

El obispo de Tahití, miembro de la misma congregación religiosa que catequiza a los *rapanui*, conoce la situación espiritual de los nativos así como la vulnerabilidad de la isla ante eventuales nuevas tropelías. Entonces, hace presente al gobierno francés el deseo *rapanui* de que Francia asuma el protectorado de su isla en cinco oportunidades (1872, 1873, 1874 y, más tarde, en 1886 y 1887) pero sin otra respuesta que el silencio.

Este evidente desinterés francés por Pascua hace mirar al obispo en dirección a Chile cuyos marinos, siguiendo la ruta abierta en 1837 por el capitán Leoncio Señoret al mando de la *Colo Colo*, pasan a Tahití donde tienen ocasión de conocer al obispo Tepano Haussen y al obispo J. M. Verdier, su sucesor, y donde se formulan consultas respecto de una eventual protección que Chile podría dar a la isla y su población, ya catequizada por misioneros provenientes de Valparaíso.

##### 2. CHILE A CARGO DE ISLA DE PASCUA

Concluida la Guerra del Pacífico, Chile acoge la petición del obispado de Tahití, pensando tener en Pascua una base naval y seguir la moda de las potencias europeas de poseer tierras en ultramar.

La gestión corresponde concretarla al capitán de marina Policarpo Toro Hurtado, quien ya conoce la isla en 1870 cuando viaja como guardiamarina en la *O'Higgins*. Toro Hurtado se dirige a Tahití y Pascua en la *Angamos* para efectuar la compra de los bienes de la Iglesia y la toma de posesión de la Isla.

El 8 de agosto de 1888, ante el señor Auguste Goupil, cónsul de Chile en Papeete, Tahití, adquiere al obispo Marie Joseph Verdier, por cinco mil francos, los derechos sobre los bienes de la Iglesia en la isla, que pertene-

cen al Obispado de Tahití. Son testigos los señores Nicolás Francois Blanc, misionero en Tahití, y Georges Frédéricich, residente en Papeete.

Para el 9 de septiembre, Policarpo Toro llega a la isla donde se reúne con los jefes de la comunidad *rapanui*, los señores *Antonio Tepano Hito*, *Teroi Maea Puhi Huke Atán*, *Mario Tuki Hey*, *Raúl Tao Hey* y *Makari Zenteno Aparicio* con quienes firma un acuerdo de cesión de la isla en los siguientes términos:

### *Cesión*

“Juntos, el Consejo de Jefes de nuestro territorio de Te Pito o Te Henua, hemos acordado escribir lo superficial. Lo de abajo, el territorio no se escribe aquí. Ellos informaron en conversación con nosotros que nuestro Territorio Te Pito o Te Henua estará en la mano de la nación chilena como amigo del lugar. Escrito está en la mano del Consejo del Territorio, el bienestar y desarrollo, según nuestras investiduras impuestas por mandato Rapa Nui”.

A esta acta se añade la proclamación de Policarpo Toro en los siguientes términos.

### *Proclamación*

“Yo, Policarpo Toro, amigo marino de la nación chilena (Chile), Capitán de un barco con mástil Angamos, llevo el dicho del Consejo con poder en el territorio de Te Pito o Te Henua en mi mano en este escrito importante donde dice: que lo que nos ha dado el Consejo de jefes del Territorio de Te Pito o Te Henua para la nación chilena es el acuerdo escrito en el documento en este día. Esperarán la ratificación de la nación chilena para coordinar y desarrollar el acuerdo escrito aquí”.

Rapa Nui conteo lunar  
Septiembre año extranjero 1888

Ambos documentos, en idiomas *rapanui* y castellano, son firmados por las autoridades *rapanui* arriba señaladas\*.

Chile asume la tuición de Pascua y su primera preocupación para atender a los *rapanui* es arrendar la isla a empresas productivas que exploten los recursos de la isla y, así, dar trabajo a la población.

Los arriendos se hacen, primero, a la empresa francesa Merlet y Compañía (1895-1903) y, luego, a la firma inglesa Williamson Balfour

---

\* (Acta de cesión de la Isla 1888: Transcripción de actas en castellano y *rapanui*. Réplicas en la Sala Isla de Pascua del Museo Nacional de Historia Natural y en la Sala Medina de la Biblioteca Nacional. Documento original en posesión de Grant McCall, Escuela de Sociología de la Universidad de New South Wales, Australia).

(1903-1953), que llega a tener más de 60.000 cabezas de ganado lanar y bovino.

Esta protección a la isla no queda exenta de problemas en una época de guerras mundiales y crisis económicas. Así, más pronto de lo esperado, las quejas de los empresarios contra los *rapanui* llegan a Santiago donde expresan que los isleños son flojos y remisos en el trabajo. Por su parte, también llegan las quejas de los nativos contra los empresarios, haciendo presente que son tratados como esclavos.

Ambas quejas, verdaderas, contienen elementos de absoluta y recíproca incompreensión.

Por una parte, en el continente se desconoce el modo de ser polinésico y los *rapanui* tampoco entienden el *trabajo* en la dimensión continental y europea.

El diccionario *rapanui* señala al término *trabajo* con las palabras *ohipa* (cerco de piedras) y *anga* (construir), como derivados del construir un cerco o muro de piedras, conceptos que están lejos de significar el esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza que, a fines del siglo XIX todavía en plena revolución industrial, implica diez y más horas de labor, sanciones y castigos; ambientes poco amigables para el ser humano.

Es obvio que la cultura *rapanui* manifiesta diferencias importantes con respecto a las modalidades de vida del continente, sin embargo, el *rapanui* jamás le hace el quite al esfuerzo cuando son requeridas sus habilidades. Una muestra inobjetable la constituye la cantera de los *moai*, en las paredes y faldas interiores y exteriores del volcán *Rano Raraku*, donde se reflejan una actividad intensa y habilidades escultóricas sobresalientes.

### 3. RAPANUI MIRA A CHILE

Los *rapanui* necesitan del continente pero no quieren ni deben dejar de ser lo que son. Quieren reconstruir su identidad e insertarse en la modernidad. Para lograr esto miran hacia Chile, que tiene el compromiso de protegerlos y desarrollarlos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSEN, JOHAN: 'Myths and Legends of the Polynesians'. Ed. Dover. New York. 1995.
- CAMPBELL, RAMÓN: 'Mito y Realidad de Rapanui'. Ed. Andrés Bello, Santiago, 1999.
- CASTEX, LOUIS: 'Los Secretos de la Isla de Pascua'. Ed. Joaquín Almeyda, Buenos Aires 1973.
- CONGRESS, 1984: 'First International Congress Easter Island & East Polynesia'. Ed. U. de Chile. Santiago. 1988.
- CONGRESS, 1998: 'Easter Island and East Polynesian Prehistory'. Ed. Universidad de Chile, Santiago. 1999.

- CONTE, JESÚS: 'Isla de Pascua, Horizontes Sombríos y Luminosos'. Ed. H.O.R. Santiago. 1994.
- DE ESTELLA, B.: 'Los Misterios de Isla de Pascua'. Ed. Cervantes. Santiago. 1920.
- ENGLERT, SEBASTIÁN: 'Leyendas de Isla de Pascua'. Ed. Universitaria. Santiago. 1980.
- 'Tierra de Hotu Matu'a'. Ed. Universitaria. Santiago. 1993.
- FISCHER, HERMAN: 'Sombras sobre Rapa Nui'. Ed. LOM. Santiago. 2001.
- HEYERDAHL, THOR: 'Aku-Aku, El Secreto de Isla de Pascua'. Ed. Juventud. Barcelona. 1968.
- 'Easter Island. The Mystery Solved'. Ed. Random House. N.Y. 1989.
- 'Tras los pasos de Adán'. Ed. BSA. Barcelona. 2000.
- JUMEAU, MICHEL: Bibliographie de L'Île de Paques. Ed. Société des Océanistes. Paris. 1997.
- METRAUX, ALFRED: 'La Isla de Pascua'. Ed. FCE. México. 1950.
- OLLIVIER, PACOMIO: 'Lettres sur L'Île-de-Paques et les débuts de la mission'. Annales de la Propagation de la Foi. 1866 et 1867.
- ROUTLEDGE, KATH: 'The Mystery of Easter Island'. Ed. S.F. London. 1920.
- THOMSON, WILL: 'Te Pito Te Henua o Isla de Pascua', estudios sobre Isla de Pascua. Anales de la U. de Chile Santiago. 1980.
- VIAUD, JULIEN: 'Isla de Pascua'. LOM Ediciones. Santiago. Chile. 1998.

## DERECHO PENAL: ¿UNA TENSION PERMANENTE?

Tatiana Vargas Pinto\*

SUMARIO: I. Aspectos generales II. Tensiones o conflictos fundamentales 1. Principales interrogantes en torno a posibles tensiones 2. Conflictos tradicionales y nuevos III. Posibles relaciones entre las distintas tensiones. IV. Armonía en contradicciones 1. Expansión/*ultima ratio*: principio de mínima intervención 2. Antinomia de los fines de la pena 3. Dogmática abstracta y dogmática realista.

### I. ASPECTOS GENERALES

Hace un tiempo que se reclama la reacción penal como respuesta ante la naturaleza de los riesgos que hoy nos afectan. Así, aumenta la demanda penal y aparece el conflicto entre la expansión del Derecho penal y la necesidad de que éste se reserve como *ultima ratio*. Semejante problema no es el único “choque” que se produce dentro de este ámbito. Otros se advierten. Sin embargo, toda exposición y análisis requiere fijar la perspectiva que se adopta para ello, pues nunca es neutra.

Hoy han proliferado doctrinas funcionalistas que se oponen a la idea de fin, como aquella meta a la que se ha de tender. Si se acepta qué función apunta al “ser” y fin al “debe ser”<sup>1</sup>, no vemos por qué ambos han de ser contradictorios o excluyentes. Admitir que el fin señala directrices a seguir –como problema filosófico– no implica rechazar la existencia de una función. Los efectos de un determinado sistema normativo en el contexto social son fundamentales para la adecuada y efectiva aplicación del Derecho<sup>2</sup>. Sin embargo, este necesario reconocimiento tiene que estar correctamente orientado. En este sentido, conservamos una perspectiva filosófica<sup>3</sup>, en orden a reconocer una misión al Derecho penal. Este de-

---

\*Profesora de Derecho penal. Doctora en Derecho, Universidad de los Andes.

<sup>1</sup>Así, Ferrajoli, Luigi, “Derecho penal mínimo”, trad. R. Bergalli, en J. Bustos Ramírez (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, ConoSur, Santiago, 1995, 26-28.

<sup>2</sup>Este derecho es, en general, un orden afflictivo de represión del delito, no siempre efectivo.

<sup>3</sup>El desarrollo filosófico es apto para brindar criterios de solución por su razonamiento lógico y profundo. Merkel, Reinhart, “La filosofía, ¿“convidado de piedra” en el debate del Derecho penal?”, trad. P. Sánchez-Ostiz, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Co-

recho procura, básicamente, mantener la paz y tranquilidad necesarias para la convivencia social –de manera de hacer posible la vida entre los hombres–<sup>4</sup>, a través de la tutela de bienes o valores básicos para dicha convivencia (bienes jurídico-penales<sup>5</sup>). Tradicionalmente, se le ha atribuido la misión de evitar la proliferación de delitos<sup>6</sup>, sin pretender lo imposible, esto es, eliminarlos. Actualmente, el contenido de esta misión se ha ampliado. Ella comprende no sólo la prevención de delitos, sino también la de reacciones informales (autotutela) y la disminución de la violencia estatal<sup>7</sup>. Concepción global que incluye tanto la disminución de

---

mares, Granada, 2000, 181-212, afirma que la actividad de los dogmáticos se basa en lo que llama: “dar forma” al Derecho penal por la filosofía.

<sup>4</sup>El consenso es general en cuanto a la búsqueda de convivencia pacífica por el Derecho penal. Se discute la forma en que se pretende realizar. Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, trad. (7ª edic.) J. Bofill y E. Aimone, Astrea, Buenos Aires, 1994, vol. I, 333, hablan de paz jurídica y le asignan a este derecho la “tarea de defensa represiva frente a las perturbaciones especialmente graves a la paz”.

<sup>5</sup>El bien jurídico-penal no es un tema pacífico. Hoy se cuestiona particularmente su función limitadora. Vid., Mir Puig, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, 160 y ss; Carnevali, Raúl, “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes supraindividuales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, 1 (2000), 135-153. Cfr. Schünemann, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios, 7 (1996), Bogotá, 31-39. En otro sentido, Jakobs, Günther, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. (2ª edic.) J. Cuello y J. Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1995, 45 y ss. Identifica el bien jurídico con el respeto por la vigencia de la norma: “también el discurso del bien jurídico es un discurso metafórico sobre la vigencia de la norma”. El mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo, Civitas, Madrid, 1996, 46; *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, 18-23, 33 y 34. En esta última obra, le reconoce al bien jurídico una justificación parcial.

Sin entrar en discusiones, entendemos que dicho bien corresponde a intereses fundamentales de la vida en comunidad, vinculados con el individuo como persona que vive y se desarrolla en sociedad y que, generalmente, se reconocen constitucionalmente. Vid., Moccia, Sergio, “Reflexiones sobre los aspectos problemáticos de la normativa italiana en materia de criminalidad económica”, trad. R. Carnevali, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, 1 (2000), 549-561.

<sup>6</sup>Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1889, 99, precisan que misión y función se han utilizado como equivalentes. Destacan que la palabra función puede ser considerada desde dos puntos de vista: jurídico (“consecuencia querida” de una cosa, que equivale a misión) y sociológico (suma de “consecuencias objetivas” de una cosa). En este último sentido, se distingue del término misión.

<sup>7</sup>Ferrajoli, *op. cit.*, 39 y 40, destaca que el Derecho penal debe pretender disminuir en general la violencia social, como fin global. En similar sentido, Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, 181 y ss. Algunos hablan de una doble finalidad del Derecho penal, preventiva y garantística. Así, Mera Figueroa, Jorge, *Derechos humanos en el Derecho penal chileno*, ConoSur, Santiago, 1998, 15-18, subraya que el perseguir simultáneamente fines contrapuestos se expresa en una tensión que “debe ser asumida equilibradamente por la política criminal del Estado”, considerando ambos aspectos: preventivos y garantísticos.

posibles reacciones privadas ante ilícitos penales como la de los excesos de poder de quien ostenta el monopolio de su ejercicio. De este modo, se incorporan límites a la acción del Estado. La amplitud de este fin podría deberse a la comprensión de que detrás de las construcciones penales está la idea de protección –sin distinción de sujetos– de bienes fundamentales para la paz social. El Derecho penal debe proteger a la persona no sólo de los abusos cometidos por otras, sino también de los provenientes del Estado. En síntesis, esta misión se puede resumir en: disminuir al mínimo la violencia en general<sup>8</sup>. En esta forma se hablará indistintamente de misión o fines del Derecho penal.

De hecho, es posible observar que semejante idea se ha plasmado en gran parte de la reforma del proceso penal. Así, hay normas que concretan un conjunto de garantías, tanto para la víctima de un delito, como para el imputado<sup>9</sup> y normas que pretenden mayor eficacia en la disminución del delito. El interés preventivo también es un tema que se destaca desde el mensaje del nuevo Código Procesal Penal<sup>10</sup> y que se manifiesta, sobre todo, en la incorporación de principios como el de publicidad y el de oportunidad.

## II. TENSIONES O CONFLICTOS FUNDAMENTALES

Se habla de tensión, en el sentido ordinario del término, como dos ideas o conceptos que chocan y que generan un estado de oposición. En este sentido, la presencia de conflictos entre diversas ideas o tendencias contrapuestas se ha podido observar, incluso, en la propia denominación de esta rama del derecho<sup>11</sup>. En general, toda elaboración que rodea a este conjunto de normas se vincula con alguna tensión. Por este motivo, es relevante constatarlas y procurar, en lo posible, su conciliación o armonía<sup>12</sup>. Las dudas y controversias que se pueden presentar son múltiples –tanto en la parte general como en la especial–. Por ello, se expondrán a continuación sólo aquellas que sean más evidentes.

---

<sup>8</sup>Violencia no entendida sólo en sentido físico, sino como ataque a bienes fundamentales.

<sup>9</sup>Además de la creación de un Juzgado de Garantía que vele por el resguardo de los derechos del imputado, se destaca la objetividad que debe tener el ministerio público en su investigación, así como la especial preocupación por la víctima del delito (art. 6 C).

<sup>10</sup>Mensaje de S. E. Presidente de la República: “También el proceso penal está llamado a desempeñar un importante efecto preventivo general, que normalmente se atribuye a la etapa de ejecución de la pena”.

<sup>11</sup>Como se sabe, ella no ha sido pacífica: de Derecho criminal pasó a llamarse Derecho penal, en cuanto se le dio más énfasis a su especial forma de reacción, la pena.

<sup>12</sup>Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., 14 y 281 y ss., habla del ritmo dialéctico del Derecho penal y destaca la importancia de no negar la existencia de tensiones.

## 1. PRINCIPALES INTERROGANTES EN TORNO A POSIBLES TENSIONES

i) Un primer conflicto relevante se vincula con la protección de bienes jurídicos fundamentales y el respeto de las libertades individuales, que se representa por el clásico binomio libertad/seguridad. Básicamente, es un problema de límites, relacionado con la dignidad humana. ¿Hasta qué punto es lícito limitar o privar de libertad en orden a resguardar bienes jurídicos fundamentales? Aunque ambas necesidades se deben respetar, considerar preferentemente una u otra no es indiferente, pues parecen requerir medidas y soluciones contrapuestas<sup>13</sup>. Quizás, también cabría preguntarse, en un momento en el que es justamente la libertad uno de los valores más exigidos y reclamados<sup>14</sup>, ¿por qué escoger la libertad como bien jurídico a limitar para dar seguridad?

ii) Otro conflicto clásico en Derecho penal es el que se refiere a las finalidades de la pena y que suele conocerse con el nombre de “antinomia de los fines de la pena”. Este dilema ha adoptado diversas formas, según las distintas finalidades invocadas y cuáles de ellas se consideren primar<sup>15</sup>.

iii) Una “nueva” tensión que se ha presentado, ahora de corte político-criminal, se relaciona con la cada vez mayor demanda de incriminación y punición de conductas versus el principio de mínima intervención. Hoy el fenómeno que más ha llamado la atención en materia penal es su constante crecimiento, tanto por la incorporación de nuevos tipos como por el aumento de penas; la disminución de condiciones de incriminación<sup>16</sup>; la flexibilización de reglas de imputación; el empleo de técnicas especiales

---

<sup>13</sup>Carnevali, Raúl, “¿Es adecuada la actual política criminal estatal?”, en *Gaceta Jurídica*, 242 (2000), 7 y ss., se preocupa de la forma en que se brinda tutela a bienes jurídicos, por la prevención de determinados comportamientos, sin que signifique instaurar a un Estado policial que desprece las libertades individuales.

<sup>14</sup>Es posible observar –al menos en Chile– que hoy la libertad es uno de los valores más reclamados. Así, en temas tan comunes como la censura cinematográfica y la manifestación de expresiones y opiniones. La misma sociedad que la “sobrevalorar” busca limitarla cada vez más con el fin de brindar mayor seguridad social. Aquí cabe la advertencia de Staechelin, Gregor, “¿Es compatible la “prohibición de infraprotección” con una concepción liberal del Derecho penal?”, trad. D. Felip i Saborit, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, 293, en orden a no convertir el Derecho penal en “juguete de los intereses económicos o de un paternalismo social bienintencionado”.

<sup>15</sup>Como se sabe, se distinguen entre teorías absolutas, de corte retribucionista, y teorías relativas, de carácter preventivo. Estas últimas, a su vez, pueden ser generales (positivas y negativas) o especiales. Además de numerosas teorías eclécticas que pretenden combinar las distintas finalidades.

<sup>16</sup>Ello implica reducir presupuestos necesarios para asignar conductas punibles a los sujetos. Así, se facilita la comisión de delitos, ya por la supresión de requisitos en los tipos penales, ya por el empleo de términos más generales o vagos, entre otros.

de tipificación –como la de peligro abstracto–; aumento de elementos normativos; de conceptos jurídicos indeterminados; de tipos abiertos; etc<sup>17</sup>. Hassemer<sup>18</sup> caracteriza este fenómeno como una “elefantiasis” del Derecho penal. Se presentan espacios cada vez más reducidos de libertad, así como espacios de “riesgo permitido” disminuidos, para brindar mayor seguridad. Tendencia típica de nuestra sociedad actual –caracterizada como “sociedad del riesgo”<sup>19</sup>– orientada, principalmente, por esta necesidad de brindar seguridad a los ciudadanos a través de una protección “más adecuada” de bienes fundamentales. Así, se puede presentar un choque entre esta creciente tendencia expansiva y el respeto por libertades individuales<sup>20</sup>.

iv) Desde una perspectiva dogmática, se han enfrentado concepciones que pretenden afrontar los problemas jurídicos mediante la construcción de sistemas y aquellas que buscan el mero enfoque práctico del caso, dejando de lado las estructuras sistémicas. ¿Son el sistema y el problema realmente antagónicos? ¿Se debe dejar de lado toda la sistemática jurídica para poder considerar eficazmente el caso concreto o viceversa?

## 2. CONFLICTOS TRADICIONALES Y NUEVOS

Muchos y variados son los problemas que actualmente se discuten en Chile en torno al Derecho penal. Uno de ellos es la inseguridad ciudadana<sup>21</sup>. Se

---

<sup>17</sup>Problemas que surgen producto de la “aceleración” de las condiciones de vida de la sociedad actual (postindustrial). Lo que sucede es que la respuesta del derecho ha sido tardía, aun en países en los que esos problemas se evidencian desde hace algunas décadas. Vid., Schultz, Lorenz, “De la aceleración de las condiciones de vida”, trad. R. Ragués i Vallés, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, 454-456.

<sup>18</sup>Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. L. Arroyo Zapatero y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1987, 123. En España destacan este fenómeno expansivo particularmente Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Civitas, 2ª edic., Madrid, 2001; Mendoza Burgo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

<sup>19</sup>Denominación introducida por el sociólogo Beck, Ulrich, *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt del M., 1986.

<sup>20</sup>La tensión libertad/seguridad se ha representado como oposición entre la protección del individuo y la de la sociedad. Expresa esta tensión Lewis, citado por Silva Sánchez, Jesús-María, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 8 (2001), 182, nota 26, en la crítica que hace a la “*Jacob Wetterling Act*” en la legislación de crímenes sexuales violentos particularmente contra niños. En el centro del debate acerca de las leyes de esta clase descansa una tensión fundamental entre el deseo de proteger la sociedad –especialmente niños– de presuntos o actuales reincidentes y la obligación constitucional de proteger los derechos y libertades básicos de todos los miembros de la sociedad, particularmente los derechos y libertades de aquellos a quienes la sociedad desprecia (“*At the core of the debate over sex offender laws lies a fundamental tension between the desire to protect society –especially children– from perceived or actual recidivist and the constitutional obligation to protect the basic rights and liberties of all members of society, particularly the rights and liberties of those whom society despites*”).

<sup>21</sup>Es así que hablar de inseguridad ciudadana se ha convertido en un tópico muy recurrido.

percibe en la comunidad una sensación generalizada de que las normas penales no son realmente efectivas para la represión y disminución de delitos y que tienden a proteger más al victimario que a la víctima. Esta insatisfacción social se observa desde la descripción de la conducta en el tipo hasta la efectiva ejecución de la pena. Esto ha llevado a dudar no sólo de la efectiva aplicación de este derecho, sino también de su existencia misma<sup>22</sup>.

La seguridad de bienes jurídico-penales frente a riesgos propios de la sociedad actual es un tema que preocupa en nuestro país, aunque recientemente. Se habla de un sistema penal que no funciona, criminalidad que no sólo se mantiene, sino que aumenta. Sensación de peligro constante de los ciudadanos, quienes no ven satisfechas sus necesidades de resguardo y protección. A pesar del descontento social general, esta situación se ha traducido en una mayor demanda penal, por incorporación de nuevos tipos; ampliación de márgenes penales; flexibilización de las reglas de imputación; etc. De hecho, se observa cómo muchas autoridades han iniciado distintos proyectos de ley que buscan sancionar con mayor dureza incluso conductas abstractamente peligrosas. Así, la reforma a la ley de control de armas; la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes o las modificaciones introducidas a la ley de tránsito (18.290). Para comprender adecuadamente esta demanda y determinar si es justificada o no, conviene preguntarse si ¿tiene real fundamento esta sensación de inseguridad?

Antes de responder a esta cuestión<sup>23</sup>, conviene desvelar cuál es el conflicto inmerso. Al relacionar esta tendencia expansiva con las características propias del Derecho penal –particularmente con su carácter de *ultima ratio*– se ve cómo ambos puntos de vista llegan a conclusiones opuestas, que se manifiestan también en una tensión: expansión / *ultima ratio*. En el fondo, este binomio no es nuevo. Ello, no sólo porque hace un par de décadas que se discute en otros países, sino también porque no es más que la moderna expresión del tradicional conflicto entre libertad y seguridad<sup>24</sup>. Tensión que ha ido evolucionando junto con las exigencias sociales y que ahora se expresa en un desequilibrio que tiende a preferir la seguridad a través de la expansión de este derecho<sup>25</sup>. Sea cual sea la

---

<sup>22</sup>Así, los abolicionistas plantean su eliminación y la adopción de vías alternativas de solución para esos problemas sociales (delitos). Tesis que toma como punto de partida la negación del delito como realidad ontológica. Hulsman, Louk, “La criminología crítica y el concepto de delito”, en J. Bustos Ramírez (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, ConoSur, Santiago, 1995, *passim*; Larrauri, Elena, “Criminología crítica: abolicionismo y garantismo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. L, 1997, *passim*.

<sup>23</sup>Vid., *infra* IV. 1.

<sup>24</sup>Cómo hacer que el respeto a la libertad no implique desprotección de bienes jurídicos, ni viceversa.

<sup>25</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.*, 118 y ss., expone el conflicto que entre quienes son partidarios de este “Derecho penal de seguridad” y quienes lo critican (“Derecho penal del riesgo”).

conclusión a la que se llegue, no ha de olvidarse que también la seguridad es fundamental para el desarrollo social y su conservación determina el ejercicio efectivo de libertad<sup>26</sup>.

Otra tensión clásica en materia penal es aquella relativa a los fines de la pena. Como se sabe, las diversas teorías acerca de ellos llegan a resultados diversos. De allí que la aceptación de una u otra genere posiciones encontradas. El abandono de las teorías retributivas por las relativas (preventivas) no solucionó el problema, pues los conflictos se trasladaron a éstas (preventivas generales y preventivas especiales). Aunque ellas, a su vez, han sido confrontadas con criterios retributivos, típico de las teorías eclécticas o de la unión. Así, esas doctrinas se desarrollaron para intentar superar las críticas formuladas a las anteriores, pero también para lograr cierto equilibrio entre ellas<sup>27</sup>. En general, la doctrina se ha inclinado por ellas, al buscar conciliar los distintos fines que se le han atribuido a la pena<sup>28</sup>. Se ha optado mayoritariamente por considerar en forma preeminente criterios preventivos generales<sup>29</sup>. Una opinión distinta mantiene Lesch<sup>30</sup>, para quien esas tesis son demasiado ambiguas. Afirma un giro retribucionista, pero no una retribución inútil. Por el contrario, habla de una retribución funcional al sistema social.

---

<sup>26</sup>Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 192.

<sup>27</sup>Típico ejemplo de ello es la conocida teoría de Roxin. En este sentido, se destaca el análisis que realiza Pérez Manzano, Mercedes, "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena", en J. M. Silva Sánchez (edit.), *Política criminal y nuevo Derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, *passim*. Ella misma, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, *passim*.

<sup>28</sup>Interesante es la propuesta de Bottke, Wilfried, "La actual discusión sobre las finalidades de la pena", trad. G. Benlloch, en J. M. Silva Sánchez (edit.), *Política criminal y nuevo Derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, *passim*, acerca de la "prevención de asociación". Asimismo, Hassemer, Winfried, "Prevención en el Derecho penal", trad. J. Bustos Ramírez, en J. Bustos Ramírez (edit.), *Prevención y teoría de la pena*, ConoSur, Santiago, 1995, *passim*.

<sup>29</sup>Se critica la preferencia de criterios preventivos como propia del nuevo Derecho penal del riesgo, quizás porque la desconectan de otros fines de la pena. Vid., Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 22 y ss.

<sup>30</sup>Lesch, Heiko, *La función de la pena*, trad. J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Dykinson, Madrid, 1999, 42 y ss. Siguiendo a Jakobs, entiende que la pena tiene un "contenido simbólico-comunicador". Sin embargo, Lesch va más lejos aún. Rechaza la denominación de esta teoría como preventiva general. Opina que no tiene un fin preventivo, considerándola una "teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad". Sin embargo, Lesch reconoce que este sentido de la pena sólo cabe en una sociedad "intacta", sin mayores problemas de seguridad social. La inseguridad exige redefinir el Derecho penal según fines preventivos.

Independientemente de que en la práctica se den resultados diversos, muchos conflictos dependen de la interpretación de dichas finalidades. Los distintos fines que se le han asignado a la pena se pueden hacer contradictorios conforme a la interpretación que se les brinde<sup>31</sup>. Así, una pena concebida como justa retribución<sup>32</sup> por el delito cometido puede ser, a su vez, entendida de manera preventivo-general<sup>33</sup> y especial; comprendiendo que con ella se logra, además, una adecuada intimidación de la comunidad y del delincuente en particular. Asimismo, la consideración de fines preventivos especiales no tiene por qué afectar la prevención general, si se comprende que, por las circunstancias especiales del delincuente, es necesario aplicar una pena mayor (siempre proporcionada, respetando la culpabilidad y la dignidad de la persona), una menor o, simplemente, no se requiere de pena alguna. Ahora bien, mayor dificultad puede presentar la posibilidad de considerar la culpabilidad<sup>34</sup> sólo como límite máximo de punición, pudiendo determinar una pena por debajo de su medida por necesidades preventivo-especiales<sup>35</sup>.

La culpabilidad como límite máximo no es lo relevante para proteger a los particulares de abusos y excesos contrarios a la dignidad humana. La consideración de fines preventivo-especiales pretende, justamente, resguardar a la persona en este sentido. El merecimiento se está respetando, no se afecta. Además, este principio debe interpretarse en conjunto con otros principios penales –como el de legalidad, *in dubio pro reo*, entre otros– como garantía para evitar excesos y la instrumentalización del hombre para otros fines. En el fondo, la culpabilidad es un principio más que pretende salvaguardar la dignidad humana.

---

<sup>31</sup>En similar sentido, para el riesgo permitido, Paredes Castañón, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, 140, nota 176. Se refiere a la contraposición entre seguridad y limitación. Señala que ambos conceptos son contrarios y no contradictorios, ya que no existe entre ellos incompatibilidad lógica alguna. No se pueden contradecir, al responder a una misma lógica o sentido. Pero en la práctica pueden entrar en conflicto sus contenidos prescriptivos. Es aquí donde una interpretación coherente puede salvar la situación.

<sup>32</sup>Entendida como mal que se aplica en reacción a otro mal, para el restablecimiento del imperio del derecho.

<sup>33</sup>El carácter intimidatorio de las normas penales produce en sí mismo un efecto preventivo general positivo. Así, Silva Sánchez, Jesús-María, "Eficiencia y Derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, 1996, 105. Una pena adecuada a la culpabilidad también cumple fines preventivos generales, positivos y negativos. Vid., Schünemann, Bernd, "Sobre la crítica a la teoría sobre la prevención general positiva", trad. P. Sánchez-Ostiz, en JM. Silva Sánchez (edit.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch, *passim*.

<sup>34</sup>Sin entrar en la discusión que se ha generado en torno a la culpabilidad, como fundamento y fin de la pena.

<sup>35</sup>Vid., Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general*, trad. (2ª edic.) D. Luzón y otros, Civitas, Madrid, 1997, t. I, 100 y ss.

También se hace presente un conflicto vinculado con dos corrientes de pensamiento diversas, la sistemática y la problemática. Se trata de un problema dogmático que afecta la concepción misma del Derecho penal y el análisis de sus distintas categorías y estructuras. Determinar qué se entiende por dogmática jurídica no es fácil y excede con creces el objeto de esta exposición<sup>36</sup>. Lo cierto es que este derecho no soluciona problemas aritméticos, que admitan una única respuesta<sup>37</sup>, sino problemas sociales reales, a los que el derecho debe proporcionar una solución justa según el caso y el sentido propio de cada rama del derecho<sup>38</sup>.

Los principales enfoques que se le han dado a la dogmática penal (pensamiento sistemático y pensamiento problemático) contraponen ciencia jurídica a ciencia social, lo abstracto y lo real<sup>39</sup>. Un modo de pensar estructurado –según enunciados sistemáticamente organizados– se opone a un modelo que toma el problema como punto de partida y que se desvincula del sistema<sup>40</sup>. Por ahora, se dirá que –aunque en principio se enfrente la metodología del sistema jurídico a la consideración del problema– esto no tiene por qué suceder. Superada la absoluta contradicción entre sistema y problema, este conflicto se mantiene, pero se representa como una tensión entre sistema cerrado (alejado de la realidad y que sigue una metodología científica) y sistema abierto (que se conecta con el caso concreto, sin abandonar las bondades del sistema)<sup>41</sup>. La representación de

---

<sup>36</sup>Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., 49. Reconoce que ésta se ha entendido como aquella actividad de conocimiento de la ley de la cual resultan enunciados descriptivos, aunque admite que en la actualidad sus funciones verdaderas son de carácter valorativo y se expresan en enunciados prescriptivos. Para los efectos de esta tensión, es interesante la caracterización que realiza. Destaca tanto su dimensión creadora de conceptos como su integración dentro de un sistema para la solución de problemas jurídicos.

<sup>37</sup>Vid., Alchourrón, Carlos y Buljgin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, 3ª reimp., Buenos Aires, 1998, 112 y 113.

<sup>38</sup>Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, 1979, 113-115 –citando a Esser–, indica que la solución justa es aquella razonable y aceptable para el caso concreto, conforme a la naturaleza del problema y, al mismo tiempo, al derecho.

<sup>39</sup>Ambas ideas se observan desde el positivismo jurídico, que sólo acogía un pensamiento sistemático, lógico-deductivo. Algunos proponen el abandono absoluto de este tipo de pensamiento, pues no se conforma con la realidad y puede llevar a soluciones impracticables o injustas. Otros relacionan este problema con la eficacia –que contraponen con el llamado “principalismo”–. En este sentido, los distintos conceptos dogmáticos se encuentran limitados por principios anteriores al sistema; mientras que otros no aceptan más límites que los que impone el sistema. V. gr., Ragués, Ramón, “Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2 (2001), 24 y ss.

<sup>40</sup>Autores que suelen oponer ambas formas de pensamiento, particularmente los partidarios del pensamiento tópico (basado en el problema, a partir del cual buscan argumentos), estiman que el sistema impide una vinculación al problema o que la consideración del problema impide un razonamiento lógico-deductivo. Así, Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1964, 74.

<sup>41</sup>Kaufmann, Arthur, “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho”, en A. Kaufmann y H. Winfried (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid,

este conflicto como sistema cerrado/sistema abierto destaca la necesidad de mantener estructuras sistemáticas, sin abandonar la consideración del caso concreto. La oposición radica en la existencia o no de retroalimentación entre sistema y realidad. Así, un sistema puede ser cerrado, si se aleja del problema, o abierto, en caso contrario.

### III. POSIBLES RELACIONES ENTRE LAS DISTINTAS TENSIONES

A estas alturas, se formula un nuevo interrogante: ¿existe alguna relación o base común entre las distintas tensiones o tendencias contrapuestas? Por un lado, se puede ver que el moderno conflicto entre expansión y *ultima ratio* o entre Derecho penal máximo y Derecho penal mínimo no es más que la actual expresión de la tradicional tensión entre seguridad y libertad. Por otro lado, cabría entender que la dogmática jurídico-penal es la base a través de la cual se comprenden y estructuran las distintas cuestiones y categorías tanto del delito como de la pena. De manera que ésta debe guiar la labor del juez en la comprensión, determinación y aplicación del Derecho penal. Asimismo, debe servir al legislador, aportando ideas, conceptos y criterios al momento de determinar qué bienes jurídicos proteger y cómo hacerlo.

Hay que recordar que la forma de hacer dogmática no es irrelevante, tiene influencia directa en cómo se concibe y organiza este derecho. En este sentido, la dogmática jurídica repercute en la selección y concepción de los fines del Derecho penal<sup>42</sup>. De otro lado, sus fines inciden también en la forma de legislar y en cómo el juez ha de realizar su labor. Silva Sánchez<sup>43</sup> plasma estas ideas –cuando traslada la polémica de los fines del Derecho penal a la discusión acerca de la naturaleza de la dogmática jurídica– de la siguiente manera: “En suma, los fines del Derecho penal condicionan inmediatamente la estructura y contenido de las normas jurídico-penales y, mediatamente, la configuración de las categorías del delito y su respectivo contenido”.

### IV. ARMONÍA EN CONTRADICCIONES

Buscar soluciones o tratar de armonizar tensiones no es fácil. Hay tantas posibles respuestas como formas de enfocarlas. En esta exposición se propone sólo un modo de hacerlo, sin pretender agotar el tema. Al respecto,

---

1992, 125-128, pretende conciliar lo sistemático de la analítica –que busca claridad, orden, seguridad– con la flexibilidad del problema propio de la hermenéutica.

<sup>42</sup>Concebidos de manera global, como expresión básica de la misión del Derecho penal.

<sup>43</sup>Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., 374.

se plantea tomar como punto de partida la realidad práctica, el problema real, desde una perspectiva jurídico-filosófica.

## 1. EXPANSIÓN/ULTIMA RATIO: PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Los problemas que se presentan han de ser analizados dentro del contexto y de la época en que se originan. Ciertamente, vivimos en una sociedad en constante cambio. Avances y nuevas técnicas han proporcionado grandes satisfacciones a la comunidad en general, pero han significado también mayores riesgos de bienes jurídicos fundamentales<sup>44</sup>. En este sentido se demanda la intervención penal, a pesar del descontento que genera su aplicación. Cabe replantearse si esta demanda es real. Por un lado, no se puede decir que la inseguridad social se corresponda con los peligros existentes<sup>45</sup>. Por otro, también favorece esa expansión la falta de capacidad del complejo sistema punitivo –Derecho penal y Derecho procesal penal– para dar una respuesta eficiente a los problemas que realmente lo requieran. Lo que sucede es que existe una confianza desmedida en la reacción penal y se busca dar solución a todos los problemas. Ello impide que se resuelvan aquellos conflictos propiamente penales que efectivamente lo necesitan, al no existir otro medio adecuado para el efecto. Ante esta situación, se exige mayor intervención penal, que genera no sólo un círculo vicioso, sino el colapso del sistema.

¿Es el Derecho penal la herramienta adecuada para dar respuesta a los conflictos de esta moderna sociedad postindustrial?<sup>46</sup> Este interrogante, por ahora, puede sólo dejarse planteado. Simplemente, es posible afirmar –en palabras de Herzog<sup>47</sup>– que pretender controlar todas las situaciones

---

<sup>44</sup>En este sentido, Silva Sánchez, *Expansión...*, cit., 25 y ss., sintetiza y sistematiza las razones de este fenómeno expansivo.

<sup>45</sup>Silva Sánchez destaca que esa “sensación general de inseguridad” se determina por varios factores, como la mayor dificultad de la comunidad para adaptarse a los cambios sociales; la influencia de los medios de comunicación; la configuración de los miembros de esta sociedad, como individuos aislados y “sujetos pasivos”, etc. Otras causas relacionadas con esta percepción del riesgo se vinculan con factores demográficos, razones sociales relacionadas con la familia y la pérdida de tradición e incluso factores religiosos. Vid., García-Huidobro, Joaquín, “El derecho ante la sociedad de riesgos”, en *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 63 (2002), t. II, 15-17. Particularmente interesante resulta la influencia de los medios de comunicación social. Cfr., Cervini, Raúl, “Incidencia de las *mass media* en la expansión del control penal en Latinoamérica”, en *RCP*, t. XL, 2 (1990-1993), 16 y ss.

<sup>46</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.*, 46, indica que esta ampliación del Derecho penal no se preocupa por constatar si esa respuesta guarda efectivamente relación con el principio de necesidad, ni si ella constituye la solución adecuada al caso concreto, o si se trata de una intervención legítima del Derecho penal.

<sup>47</sup>Herzog, Félix, “Límites al control penal de los riesgos sociales”, trad. E. Larrauri, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, vol. 46, 317-327. Además indica “...el contenido del Derecho penal debe ser precisado no sobre la base de relaciones políticas de

actuales de riesgo es, al menos, incompatible con la tradición liberal de este derecho, lo daña en su autoridad social y, sobre todo, puede vulnerar principios penales fundamentales, como el de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, etc.

Este descontento ciudadano y la consecuente tendencia expansiva del Derecho penal hace ya algunas décadas que se ha desarrollado en otros países, como Alemania y España. Ilustrativo es un informe elaborado en Estados Unidos el año 1996 por la Comisión Nacional de Justicia Criminal<sup>48</sup>, que reflejó este sentimiento de la población. El informe, apoyado por datos empíricos, demostró que, si bien la población penal (durante los años 1980-1996) se triplicó, las tasas delictivas permanecieron estables y el temor de la población aumentaba<sup>49</sup>. En Chile, informes y encuestas de esta clase han incidido en normas de procedimiento. Varias modificaciones legales se han introducido a partir de semejantes demandas. Por ejemplo, del aumento de facultades policiales en relación con el control de identidad (artículos 85 y 89 del Código Procesal Penal)<sup>50</sup>.

Semejante tendencia (expansiva) choca con principios y garantías penales<sup>51</sup>. Contradice características que definen y determinan al Derecho penal, representadas, básicamente, en el principio de mínima intervención<sup>52</sup>. Esta tensión ha sido enfocada y resuelta en doctrina desde diver-

---

fuerza, situaciones de opinión pública, compromisos de coaliciones y campañas electorales. Ello tiene asimismo consecuencias fatales para la certeza, estabilidad y limitación del Derecho penal". De igual forma, Albrecht, Peter-Alexis, "El Derecho penal en la intervención de la política populista", trad. R. Robles, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, 480, destaca tal intervención y que esta instrumentalización no sólo tiene un valor político, sino también uno comercial. Agrega que la criminalidad se utiliza como "objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación".

<sup>48</sup>Síntesis del libro "La verdadera guerra contra el delito", en Fundación Paz Ciudadana, *Conceptos para la prevención y contención del delito*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 1997, Informe N° 1.

<sup>49</sup>En ese estudio se pudo determinar que la solución no pasaba por el aumento de recursos si éstos no eran bien focalizados, es decir, si no llegan donde deben. Particularmente interesantes son las propuestas 7 y 8.

<sup>50</sup>Modificaciones introducidas por la Ley 19.789 de 30 de enero de 2002. En sentido crítico vid., Horowitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, t. I, 593.

<sup>51</sup>Tensión que se expresa en el Código Penal español de 1995 (exposición de motivos) como "antinomía entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja". Además indica: "dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser". Mendoza Buergo, *op. cit.*, 47, señala: "La tensión o antinomia entre el principio de intervención mínima y el recurso a la pena criminal como *ultima ratio* por una parte, y las tendencias expansivas que pretenden atender a las crecientes necesidades de tutela por otra".

<sup>52</sup>Principio que comprende tanto su carácter de *ultima ratio* como el de subsidiario y fragmentario.

dos puntos de vista. Algunos estiman que esta expansión es necesaria y legítima<sup>53</sup>, otros creen que el Derecho penal no es una herramienta útil, por lo que debe abolirse. Un importante grupo de autores considera que esta expansión, si bien no se justifica, tampoco implica tal abolición. Así, mientras algunos prefieren hablar de un Derecho penal mínimo<sup>54</sup>, otros prefieren concepciones eclécticas<sup>55</sup>.

El Derecho penal es necesario en cuanto el hombre sea hombre, pues siempre van a existir conductas ilícitas que atenten gravemente contra bienes o valores fundamentales de la sociedad. Creer otra cosa es una utopía<sup>56</sup>. En este contexto, se observa en Chile la existencia de una serie de leyes y proyectos legislativos tendientes a solucionar todo nuevo problema a través de este derecho. En este sentido se pronunció Baratta<sup>57</sup> respecto de la situación nacional. Habla de una “tecnología del temor”, caracterizada no sólo por la influencia del temor de la población y la aniquilación del adversario, sino también por la pretensión de legitimar o legalizar las distintas formas de represión<sup>58</sup>.

De otro lado, se observa que la mayor parte de la doctrina nacional fue partidaria de la reforma procesal penal. El actual proceso penal pretende proteger las garantías de la víctima y del inculpado de un delito, en sus distintas fases, aún acreditada su calidad de autor. Sin embargo, las excesivas demandas sociales de criminalización parecen no tener en cuenta esa consideración global de garantías. Así ocurre si ellas se fundan en el castigo “a toda costa”, lo que se favorece con la tradicional separación entre Derecho procesal penal y Derecho penal material, a pesar de su directa conexión.

Si el derecho no tiene capacidad para aplicarse, es difícil argumentar a su favor (su justificación). Pero la misma sociedad que lo reprueba re-

---

<sup>53</sup>Se refiere específicamente a quienes abogan por el llamado “Derecho penal moderno”, como Schünemann, Tiedemann, Gracia Martín, entre otros.

<sup>54</sup>Fundamentalmente las opiniones de autores considerados dentro de la llamada escuela de Frankfurt.

<sup>55</sup>En este sentido, Zaffaroni tiende a deslegitimar este derecho, pero reconoce la imposibilidad de su abolición y acepta un Derecho penal mínimo. Vid., debate entre Zaffaroni y Nino al respecto, particularmente: Nino, Carlos, “La huida frente a las penas”, en *Fichas para el trabajo universitario*, INECIP, Buenos Aires, 7-23.

<sup>56</sup>Ello se manifiesta en el proyecto alternativo del Código Penal alemán (*Alternativ Entwurf*) de 1966 que considera la pena como “una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres”.

<sup>57</sup>Baratta, Alessandro, “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal”, en J. Bustos Ramírez (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, trad. X. Nogués, ConoSur, Santiago, 1995, 77-92.

<sup>58</sup>Así, numerosos proyectos en tramitación, como en materia ambiental –proyecto del año 1998 (boletín del DO. 2177-12)–. Otros proyectos han logrado concretarse recientemente, como en el caso del acoso sexual. Sin contar con las mencionadas modificaciones introducidas al control de armas, el tráfico de estupefacientes o los riesgos en la circulación (V. gr., art. 115 A Ley 18.290).

clama mayor represión penal, más centros carcelarios, etc. Se produce el interesante fenómeno que Müller-Tuckfeld caracteriza como “*more of the same*”, para en el caso del derecho ambiental alemán. Se muestra en la práctica que el efectivo endurecimiento de las penas y ampliación de tipos sólo logra aumentar y agravar más el problema, en vez de solucionarlo<sup>59</sup>. De esta forma, la represión penal no tiene más que un efecto simbólico<sup>60</sup>, que tranquiliza la población –sin lograr solucionar problemas– pero a un gran costo, el sufrimiento de las personas. Si lo relevante es que efectivamente se persigan y castiguen conductas que, por su gravedad, así lo requieren, es necesario sacar del sistema penal –no sólo formalmente (del proceso)– aquellas conductas que puedan ser debidamente protegidas por otros medios de represión distintos de los penales. Ejemplo de este criterio son algunas modificaciones introducidas por la ley 19.465, pero sólo en cuanto deroga los artículos 216-219 del Código Penal, relativos a la anticipación y prolongación indebida de funciones de los funcionarios públicos. Se estimó que estos comportamientos ya gozaban de protección suficiente a través del Derecho administrativo. Sin embargo, esta misma ley muestra un contrasentido, pues amplía innecesariamente el delito de cohecho, anticipando la penalidad a la simple solicitud, aceptación u oferta de un beneficio para realizar o no determinada conducta.

No rechazamos todo tipo de expansión. El derecho debe adecuarse a la realidad, a los cambios sociales, pero siempre respetando la naturaleza de las cosas (hechos y derecho) y sus características propias. La adecuada aplicación del derecho no exige enfrentar criterios garantistas con criterios de eficiencia. Las garantías son requisito de eficiencia y viceversa. Ambas deben ir unidas, de la misma forma en que no puede haber verdadera libertad sin seguridad. La seguridad, correctamente entendida –interpretada según principios y garantías penales–, es una condición fundamental para la convivencia social, que hace posible el ejercicio de la libertad. Ellas sólo se oponen si se buscan aisladamente y sin considerar los derechos, principios y garantías propios de un Estado democrático de derecho.

Adaptarse a la realidad y respetar las características inherentes a esta rama del derecho no implica una vuelta atrás, al llamado “Derecho penal clásico”, como se suele denominar al derecho liberal propio de la Ilustración<sup>61</sup>. La realidad actual es distinta y el Derecho penal debe evolucionar dentro de este contexto. Se debe responder a los problemas

---

<sup>59</sup>Müller-Tuckfeld, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, trad. E. Iñigo, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, 518-520.

<sup>60</sup>Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. F. Muñoz y M. Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 213, hace hincapié en el costo de este poder simbólico, el “sufrimiento de las personas: limitando su libertad y sancionando sus comportamientos”. Cfr., Corcoy Bidasolo, *op. cit.*, 202.

<sup>61</sup>Así, Albrecht, *op. cit.*, 471-487.

actuales con recursos penales sólo en cuanto sea necesario para una convivencia pacífica, con atención a la misión global de esta rama del derecho. Tampoco se trata de exigir la excesiva disminución del Derecho penal. Jescheck<sup>62</sup> estima que ello debilitaría las garantías procesales de los inculpados<sup>63</sup>, así como la prevención general o, mejor dicho, el fin general del Derecho penal. No sólo es criticable un Derecho penal máximo e ineficiente, sino también lo son las excesivas “tendencias radicales en pro de la desincriminación”. Este derecho también evoluciona: se han de aceptar nuevos tipos y abandonar otros. Así se admite si se comienza por el examen del problema para luego determinar si la sanción penal es la solución más adecuada.

## 2. ANTINOMIA DE LOS FINES DE LA PENA

Como se trata de un problema de fines, la misión del Derecho penal cobra un interés especial. Esta rama del derecho ha sido, por largo tiempo, estudiada a partir de la pena y a través de su análisis se ha desarrollado la teoría del delito<sup>64</sup>. La pena es sólo una forma de reacción ante la realización de un comportamiento injusto y culpable. Si bien caracteriza este derecho, éste es más que la pena<sup>65</sup>. Se ha precisado que lo relevante es buscar los fines del Derecho penal<sup>66</sup>, sin perjuicio de que la necesidad de legitimación surja desde el carácter aflictivo de la sanción penal. De modo que el enfoque finalista es determinante a la hora de intentar resolver las tensiones o “antinomias” que se generan en este ámbito. Por ello, la búsqueda de paz social se debe tener particularmente presente, básicamente, mediante la protección de bienes fundamentales para la vida en sociedad. Igualmente, la aplicación de este derecho permite la confirmación inmediata de normas penales, cuya vigencia –como diría Jakobs<sup>67</sup>– se ha visto comunicativamente cuestionada.

Sin embargo, conviene recordar que esta misión tradicional se ha prestado para distintas interpretaciones, no siempre felices<sup>68</sup>. Para no desvirtuar el Derecho penal, se reitera que el modo correcto de concebirla

---

<sup>62</sup>Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz, Bosch, Barcelona, vol. 2, 1981, 1053.

<sup>63</sup>Por las garantías que implica un proceso penal.

<sup>64</sup>Vid., Bustos Ramírez, Juan, “Introducción”, en J. Bustos Ramírez (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, ConoSur, Santiago, 1995, 21-23.

<sup>65</sup>El Derecho penal cumple también con sus fines cuando no impone una pena. Así, cuando no hay acción o el sujeto no ha realizado el tipo, o éste está justificado por el derecho o porque simplemente no es culpable.

<sup>66</sup>En este sentido, Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., 180 y ss. Afirma que la legitimación del Derecho penal no depende sólo de la pena.

<sup>67</sup>Así, Jakobs, *¿Qué protege...*, cit., 57-62.

<sup>68</sup>Kaufmann, Armin, “La misión del Derecho penal”, trad. S. Mir Puig, en AA.VV., *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, 118-130.

es desde esta perspectiva global. Ella incluye el respeto de las garantías y límites impuestos por la dignidad humana, dentro de un Estado de derecho, que impide el exceso de violencia del aparato estatal<sup>69</sup>. Así –con Ferrajoli<sup>70</sup>–, concebimos dicho fin, como: “minimización de la violencia en la sociedad”. De manera que se logre la máxima utilidad posible para la mayoría no desviada, con el mínimo sufrimiento necesario. Considerar que el Derecho penal protege bienes fundamentales para todos y respecto de todos<sup>71</sup>, aporta criterios de solución a la discutida “antinomía de los fines de la pena”.

En realidad, las distintas tensiones que se generan respecto de los fines de la pena, desde una perspectiva amplia, se pueden resumir en una sola: aquella que se produce entre utilidad o eficiencia y garantía. Criterios utilitaristas (para la seguridad social, prevención) y criterios garantistas (que permiten incorporar límites a la acción del Estado, derivados de la dignidad humana y de principios relacionados) suelen concebirse de manera antagónica.

Pero una perspectiva global permite descubrir que las medidas preventivas deben aplicarse junto con otras, que respeten principios y características propias de este derecho. La sola prevención –en razón de eficacia– puede traducirse en un aumento injustificado y desproporcionado de incriminación de conductas. Una lucha eficiente contra la delincuencia no debe llevar a la renuncia de garantías propias del Estado de Derecho. Es cierto que se debe buscar la eficiente aplicación del Derecho, pero esto no se puede lograr sin considerar tanto la realidad en que se aplica como la misión y características de este derecho. En este sentido Silva Sánchez intenta aproximar todos los fines del Derecho penal (lograr así el anhelado fin: “máxima prevención con máximas garantías”), cuando propone como solución sucesivas síntesis entre ellos, según los distintos momentos históricos.

Particularmente interesante resulta la inclusión de principios limitadores de la acción del Estado. Principios materiales (como el de proporcionalidad; igualdad; lesividad; *non bis in idem*; mínima intervención; etc.) y formales (como legalidad; presunción de inocencia; derecho de defensa, derecho a guardar silencio, etc.)<sup>72</sup>. La preocupación garantista ha sido una constante en las últimas modificaciones introducidas en materia procesal penal. Lo que ocurre es que en ocasiones las modificaciones se interpretan en sentido inverso. Se tiende a olvidar las garantías a la hora de buscar

---

<sup>69</sup>Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., 241.

<sup>70</sup>Ferrajoli, *op. cit.*, 26-34. En este mismo sentido, Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., 211 y ss.

<sup>71</sup>En palabras de Kaufmann, “La misión...”, cit, 118, “proteger los bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad”.

<sup>72</sup>Silva Sánchez, *Aproximación...*, cit., 281 y ss.

culpables, no sólo por la influencia de los medios de comunicación, sino también por la posición que asume la opinión pública<sup>73</sup>.

Tanto la eficaz aplicación del Derecho penal como el respeto por garantías fundamentales se reflejan en normas e instituciones del nuevo proceso penal. La preocupación por las garantías se destaca desde la separación que se realiza entre las funciones de investigar y juzgar. Hay normas que protegen al imputado –como las que aseguran su adecuada defensa, el control judicial de sus garantías, el carácter excepcional de las medidas precautorias (artículos 8, 10, 122 y ss. Código Procesal Penal)– y normas que velan por la víctima (artículo 6 Código Procesal Penal). Por otro lado, los criterios de eficiencia también se plasman en normas y principios que se recogen especialmente. Junto con introducir principios como los de oralidad y oportunidad, admite instituciones como el procedimiento simplificado (artículo 388 y ss. Código Procesal Penal) y la posibilidad de acceder a salidas alternativas, como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios (artículos 237 y ss. Código Procesal Penal).

La exigencia de eficacia del derecho por la comunidad suele ser mal vista por alguna doctrina, aquella que contrapone eficiencia a garantía. A pesar de ello, la introducción de garantías y principios propios del Estado de Derecho, inherentes a la condición humana, es también una exigencia de eficiencia<sup>74</sup>. El Derecho penal no puede ser útil o necesario sin el adecuado respeto de los derechos y garantías fundamentales, pues lo que pretende es, justamente, proteger valores o bienes jurídicos fundamentales para todos, sin distinción alguna. Así, se debe comprender la eficacia en relación con su misión. Conforme a lo dicho, una adecuada conciliación práctica de ambos criterios (eficiencia y garantía) puede tener perfecta acogida en nuestro sistema penal; particularmente en la actividad judicial, a la hora de determinar una pena exacta para el caso concreto<sup>75</sup>.

La oportunidad precisa (aunque no única) para considerar e interpretar dicho fin –a pesar de la acertada afirmación de Silva Sánchez en orden a ubicar ese fin global en la conminación legal abstracta– es a la hora de imponer una pena determinada por el juez, particularmente conforme el artículo 69 de nuestro Código Penal. De esta manera, cabe admitir que

---

<sup>73</sup>Así se destaca que la comunidad suele identificarse con la víctima del delito, antes que con eventuales víctimas de un sistema penal injusto. Vid., Silva Sánchez, *La expansión...* cit., 52-60.

<sup>74</sup>Silva Sánchez, “Eficiencia...”, cit., 97, observa que es central para la eficiencia: cómo incluir garantías en el cálculo costo-beneficio. Específicamente, alude a los principios de libertad, dignidad y proporcionalidad.

<sup>75</sup>Mendoza Buergo, *op. cit.*, 167-174. “Si queremos que el Derecho penal sea un instrumento de protección de las condiciones básicas de la convivencia humana en sociedad su utilización debe mantenerse dentro de las fronteras que hagan del mismo un medio de control respetado, tomado en serio y eficaz hasta donde sea posible para proteger lo que de verdad puede y debe ser tutelado por él...”.

nuestro sistema penal es compatible con la doctrina alemana conocida como “teoría del espacio de juego” (*Spielraumtheorie*)<sup>76</sup>. El juez, al examinar el concreto conflicto y confrontarlo a la conducta descrita en la ley, debe proceder, primero, a seleccionar un grado de penalidad<sup>77</sup>. Precisa tal grado según la culpabilidad del agente. En Chile, el juez puede moverse libremente dentro de ese margen de penalidad<sup>78</sup>. Ese margen es lo que se puede considerar en nuestro sistema como el “espacio de juego”.

Dentro de esa extensión, luego de seleccionar el grado de penalidad, el juez debe determinar la cuantía exacta de la pena, conforme al citado artículo 69. La consideración adecuada de los factores contenidos en él (circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito) sólo se explica si el juez los aprecia conforme a criterios finalistas<sup>79</sup>. Es, justamente, el momento apropiado para hacerlo, sin perjuicio de que también lo haga en la etapa anterior, al seleccionar el grado de penalidad. Con ello, se logran introducir principios y garantías individuales –por la consideración amplia de los criterios preventivos<sup>80</sup>, tanto del delito, de las reacciones informales, como de la propia violencia del aparato estatal<sup>81</sup>– típicas de un Estado de Derecho y que impiden la acción punitiva estatal arbitraria e injusta.

Esta interpretación se puede notar en varios fallos de nuestros tribunales, aunque no se señale explícitamente. Así, se observa particularmente en algunos delitos sexuales y de tráfico ilícito de estupefacientes. Cabe citar, por ejemplo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua (2002), que aumenta la pena establecida en primera instancia, utilizando el

---

<sup>76</sup>Según esta teoría, se determina primero un marco penal adecuado a la culpabilidad y dentro de ese marco, el juez puede moverse y seleccionar una pena conforme criterios preventivos. Ese marco penal sería el espacio de juego del juez, sin poder desbordar ese espacio por encima ni por debajo de los límites establecidos por la culpabilidad. Vid., Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, 3ª edic., Barcelona, 1989, 396; Maurach, Gössel y Zipf, *op. cit.*, §62 N<sup>os</sup> 20 y ss. - §63 N<sup>os</sup> 12 y ss.

<sup>77</sup>La ley señala penas compuestas, que pueden incluir varias penas divisibles o una / unas divisibles y una indivisible (sólo el presidio perpetuo), que van de un mínimo a un máximo. Cfr. art. 57 del CP.

<sup>78</sup>Conforme a los arts. 65-68 del CP., especialmente el art. 68.

<sup>79</sup>Finalista en el sentido de criterios que digan relación con la misión global del Derecho penal.

<sup>80</sup>Cfr. Schönemann, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, trad. J. M. Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, 172 y ss. Además de considerar la culpabilidad como límite de la pena, estima que su medida corresponde, tanto a la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos, como a la “intensidad de la energía criminal”. La culpabilidad sólo impide considerar circunstancias imprevisibles. Precisa que deben eliminarse “sutilezas de la personalidad del autor” que conducen a una medición irracional de la pena, al tratarse de “impresiones individuales imponderables”.

<sup>81</sup>De esta forma, se deben considerar también criterios preventivos especiales, particularmente la resocialización –como principio garantístico– siempre que sea necesario y posible (con voluntad del autor).

artículo 69. En ella se puede ver que junto con criterios preventivos, considera principios garantísticos, como el de proporcionalidad que impide un aumento injustificado e irracional. Señala: “Lo cierto es que pudiéndose regular la pena en toda su extensión, la magnitud del mal causado con el ilícito, tomando en consideración la escasa edad de la víctima y la sensación de inseguridad que le ha debido producir el ser atacada en su propia casa, el Tribunal, aplicando la regla contenida en el artículo 69 del Código Penal no impondrá la sanción en su mínimo, regulándola en cambio en reclusión menor en su grado medio”. Se introducen criterios de prevención particularmente al considerar la especial gravedad del hecho, así como la sensación de inseguridad, pero que se limitan a la “magnitud del mal causado”<sup>82</sup>. En suma, dicho artículo brinda una oportunidad privilegiada para que el juez considere los criterios finalistas preventivos globales, que puede ser la solución a muchos otros problemas, sin cuya consideración no se resolverían<sup>83</sup>.

### 3. DOGMÁTICA ABSTRACTA / DOGMÁTICA REALISTA

El principal conflicto surge de la interrogante acerca de la posibilidad de hacer compatible la rigidez del sistema con la flexibilidad y variabilidad del problema. Aceptada la necesidad de mantener el sistema jurídico, este conflicto dice relación con la forma de enfocar el problema dentro del sistema. Así, se suele distinguir genéricamente entre una dogmática cerrada y una abierta. En general, es Roxin<sup>84</sup> quien ha marcado la pauta para solucionar estos conflictos, a través de una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático. Es necesario tanto el orden, claridad, seguridad y certidumbre que proporciona el sistema –que evita arbitrariedades– como la flexibilidad que aporta la consideración del problema. Se trata, justamente, de la aceptación de un sistema abierto.

A pesar de este acercamiento del sistema al problema, la cuestión no está resuelta. Muchos critican concepciones que continúan utilizando un

---

<sup>82</sup>C. de Ap. de Rancagua, 2 abril de 2002, en LexisNexis 24370. En similar sentido, C. de Ap. de Rancagua, 27 abril de 2001, en LexisNexis 24015.

<sup>83</sup>V. gr., ello puede servir para zanjar objeciones respecto a una posible infracción del principio *non bis in idem* por el art. 69 del CP., cuando el juez deba considerar nuevamente factores ya tomados en cuenta (circunstancias modificatorias de responsabilidad penal), al determinar el grado de penalidad.

<sup>84</sup>Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. F. Muñoz, Bosch, Barcelona, 1972, 24-28, 33 y ss. Silva Sánchez, *Aproximación...cit.*, 76-78, Schünemann, Bernd, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, trad. J. M. Silva Sánchez, en B. Schünemann (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, 31-80. Bergalli, Roberto, “Aspectos sociológico-jurídicos”, en J. Bustos Ramírez (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, ConoSur, Santiago, 1995, 73-76, afirma que la dogmática debe compenetrarse con el saber sociológico para satisfacer necesidades derivadas de los veloces cambios sociales.

método lógico-deductivo. Sin embargo, este razonamiento no se debe confundir con operaciones mecánicas, que sí llevan a sistemas cerrados. El razonamiento deductivo se caracteriza, más bien, por el hecho de que determinadas premisas implican lógicamente determinadas conclusiones<sup>85</sup>. Las críticas van dirigidas, más que a esta forma de razonar, a operaciones mecánicas de subsunción que impiden tomar realmente el problema como tal e incorporar consideraciones valorativas<sup>86</sup>. Con ello, soluciones coherentemente estructuradas pueden, en el hecho, no tener aplicación práctica o llevar a conclusiones absurdas o injustas<sup>87</sup>.

La “ciencia penal” es distinta de las ciencias empíricas. Aquélla no puede pretender extraer sus postulados de la mera deducción abstracta, ni puede limitarse a la subsunción de comportamientos a tipos penales. Esta ciencia humana se caracteriza por la comprensión, tanto de la realidad como de los supuestos descritos por el legislador. De este modo, es perfectamente posible aceptar la hermenéutica jurídica<sup>88</sup>, como filosofía de la comprensión, dentro de la dogmática jurídico-penal. La interpretación hermenéutica del texto se confronta al problema. Se funda en la práctica, pero sin dejar de lado el concepto ni el sistema, si no se quiere convertir en una “hermenéutica ciega”. En este sentido se comprende un sistema abierto. Sistema que, en palabras de Moccia, “sea capaz de adaptarse a las concretas contingencias de la tutela penal, teniendo efectivamente presente la realidad en que va a operar”<sup>89</sup>. Así, se tiende a relegar la dogmática abstracta, para centrarse en una de corte realista, que comience el problema, para luego enfrentarlo al sistema. Semejante comprensión debe respetar garantías y límites penales, según el fin global de este derecho<sup>90</sup>. Pero semejante respeto no implica, como señala Méndez Rodríguez,

---

<sup>85</sup>El razonamiento lógico deductivo es distinto de la operación de subsunción. Alchourrón, *op. cit.*, 131 y ss., destaca que lo importante del razonamiento deductivo es que “la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión”.

<sup>86</sup>Quizás, para clarificar la idea de subsunción mecánica sirva la distinción de Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez, Ariel, 2ª edic., Barcelona, 1980, 205 y ss., entre “concepto” y “tipo”. En el concepto (como definición) aparece la subsunción como constatación de la presencia de “todas las notas distintivas” de la definición. El tipo, en cambio, es una descripción que requiere de un juicio.

<sup>87</sup>Así, se podría hacer responsable de un hecho punible a una persona porque su conducta coincide con el tipo, sin que le sea realmente atribuible, como una actuación en legítima defensa o la intervención de factores ajenos a la producción del resultado, como el cruce imprudente de un peatón.

<sup>88</sup>Ningún intérprete se aproxima al texto sin ideas o conceptos preconcebidos (“pre-comprensiones” o prejuicios). Vid., Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. F. Muñoz y L. Arroyo, Bosch, Barcelona, 1984, 184 y ss. Respecto de la jurisprudencia, Larenz, *op. cit.*, 196 y ss.

<sup>89</sup>Moccia, *op. cit.*, 126.

<sup>90</sup>Se destaca la advertencia de Schönemann, *op. cit.*, 48 y ss., acerca del peligro de modernas tendencias eclécticas en la dogmática jurídica penal, que pueden llevar a que ésta carezca de consecuencias y no sea considerada por el juez ni por el legislador.

“permanecer anclados a un sistema de garantías inflexible, inadecuado al desarrollo social”<sup>91</sup>.

Rechazar meras abstracciones jurídicas y abrirse al problema no exige olvidarse del sistema jurídico y su metodología, ni viceversa. Ambos (realidad y derecho) se deben tomar en cuenta. Aquí también se manifiesta un problema interpretativo. De hecho, ello influye incluso la separación que se mantiene entre Derecho penal material y Derecho penal formal. Sin embargo, si lo que se pretende es disminuir la delincuencia en nuestro país, esta división no tiene que presentarse. Nuevamente cobra interés una “concepción integral” de eficacia, que incluya el respeto por garantías. En este sentido, es necesario el ajuste del Derecho penal material a la realidad social, sin que ello signifique una ampliación excesiva, contraria a sus características, principios y garantías. No es suficiente la mera modificación del proceso penal. Quizás, como varios lo han planteado<sup>92</sup>, convendría unificar ambas ramas del derecho, puesto que el Derecho penal sólo es realmente operativo a través del proceso. De este modo se lograrían incorporar elementos prácticos, reales, a la teoría y viceversa, lo más acorde posible con un sistema abierto de Derecho penal.

---

<sup>91</sup>Méndez Rodríguez, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 87.

<sup>92</sup>Ragués, *op. cit.* 1, 2 y 29, reivindica su carácter de disciplina práctica. Recomienda incorporar al derecho procesal los conceptos del delito. Hassemmer, *Persona...*, *cit.* 63, 202-207, al tratar los costos del “moderno Derecho penal”, destaca la “íntima relación funcional” entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. Considera que sólo es posible un Derecho procesal penal con todas las garantías del Estado de Derecho si existe un Derecho penal material inspirado en iguales principios.



## DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO COMO INEXISTENCIA

*Gabriel Bocksang Hola\**

SUMARIO: I. Exordio y cuestión remota: los supuestos límites de la pretendida omnipotencia. II. La primera cuestión próxima: ¿es que las circunstancias históricas del texto primitivo determinan la naturaleza de la nulidad de derecho público? III. La segunda cuestión próxima: ¿es que el tenor literal de la disposición constitucional determina la naturaleza de la nulidad de derecho público? IV. La tercera cuestión próxima: ¿es que la nulidad de derecho público como inexistencia es contradictoria con el ordenamiento jurídico chileno? V. Corolario: ¿es que a partir de la naturaleza puede determinarse la operatividad?

### I. EXORDIO Y CUESTIÓN REMOTA: LOS SUPUESTOS LÍMITES DE LA PRETENDIDA OMNIPOTENCIA

Al nacer la Constitución de 1833, fundamento de la estabilidad política chilena durante el siglo diecinueve<sup>1</sup>, sus redactores probablemente jamás presagiaron las discrepancias que una de sus disposiciones –el artículo 160– ocasionaría un siglo y medio después, una vez trasplantada y reproducida con mínimas alteraciones en el artículo 7º de la Constitución de 1980. Esta breve norma, llamada también *regla de oro del derecho público chileno*, jalonó el orden institucional de la República, imposibilitando el

---

\*Profesor de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup>Fundamento, es cierto, pero no exclusivo; otros factores pueden haber contribuido poderosamente a la consolidación de la República de manera tan prematura en comparación a los regímenes políticos de otras naciones de Latinoamérica. Ya en 1815 –en plena revolución latinoamericana– Bolívar escribió: “El reino de Chile está llamado por la naturaleza de su situación, por las costumbres inocentes y virtuosas de sus moradores, por el ejemplo de sus vecinos, los fieros republicanos del Arauco, a gozar de las bendiciones que derraman las justas y dulces leyes de una república. Si alguna permanece largo tiempo en América, me inclino a pensar que será la chilena. Jamás se ha extinguido allí el espíritu de libertad; los vicios de la Europa y del Asia llegarán tarde o nunca a corromper las costumbres de aquel extremo del universo. Su territorio es limitado; estará siempre fuera del contacto inficionado del resto de los hombres; no alterará sus leyes, usos y prácticas; preservará su uniformidad en opiniones políticas y religiosas; en una palabra: Chile puede ser libre”. (En J. Eyzaguirre, *Fisonomía histórica de Chile*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. Decimoquinta edición, 1996, 109-110).

floreCIMIENTO de potestades tácitas en los órganos públicos –o *magistraturas*, siguiendo el lenguaje utilizado por la decimonónica Constitución– y determinando un principio que, progresivamente, vendría en denominarse de *legalidad*, y luego, de *juridicidad*, esto es, la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado<sup>2</sup>. Empero, la impresión de un Estado infalible, al que raramente le serían aplicables las razones políticas de la aparición original de la disposición, parece disolver los intentos por comprender la naturaleza de la nulidad de derecho público y la justificación de su existencia.

Esta justificación no se origina por el solo hecho de que la nulidad configure uno de los elementos centrales en el ordenamiento positivo chileno, tal como si fuera un espontáneo artificio del constituyente; allende por lejos cualquier caracterización caprichosa sobre ella y sus atributos, su última razón de ser es bastante más elevada y profunda: la protección de los derechos de los particulares, amenazados y desdeñados en innumerables ocasiones, y resucitados como reacción frente a los vientos de las atrocidades. Y qué es un término tal como los *derechos de los particulares*? Grandilocuencia, palabrería, desbocado delirio, dirían algunos! Y su protección, una ilusión, una graciosa concesión del Estado omnipotente?

Ni la descripción novelesca de un monstruo voraz, ni la ficción de una máquina destructora e inmisericorde, son necesarias para ilustrar una tal idea; basta un par de botones de muestra para saber que, hasta hace muy poco, lo que hoy parece la peor de las metáforas era, concretamente, la peor de las pesadillas. Señalaba Samuel von Pufendorf en 1682: *Cui conjunctum est, ut idem summum imperium legibus humanis et civilibus; ut talibus sit superius, iisdemque adeo directe non obstringatur. Istae enim leges a summo imperio tam in origine, quam in duratione dependent. Inde fieri non potest, ut per istas idem obligetur; cum alias idem seipso superius foret*<sup>3</sup>. Ochenta años ms tarde, en 1762, Jean-Jacques Rousseau denomi-

---

<sup>2</sup>Vid. E. Soto Kloss, *Derecho Administrativo, bases fundamentales. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996, 24 y ss. No cabe duda que dentro del Estado de Derecho, y de un ordenamiento regido por la Constitución, el concepto de *legalidad* pasa a ser insuficiente, por más que por vía analógica la Carta Fundamental sea llamada *ley fundamental*; la *juridicidad*, por el contrario, permite subsumir en su extensión no sólo a la Constitución y las leyes, sino que a todas las *normas dictadas conforme a la Constitución*, incorporando actos administrativos, resoluciones judiciales, dictámenes de Contraloría, por nombrar los casos más evidentes.

<sup>3</sup>S. Von Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo. Liber secundus*, cap. IX., 130. Hemos empleado la reproducción fotográfica de la edición de 1682, Oxford University Press, New York, 1927. (“A lo cual está vinculado que la misma autoridad suprema sea superior a las leyes humanas y civiles, y así no sea directamente obligada por las mismas. Pues esas leyes dependen de la autoridad suprema tanto en el origen como en la duración. Por lo tanto, no puede admitirse que sea obligada por dichas leyes, ya que dicha autoridad suprema sería superior a sí misma”. Traducción nuestra). Resulta curioso que, en el mismo capítulo, Pufendorf intente atenuar el drástico carácter de dicha afirmación señalando que ciertas naciones “han circunscrito el ejercicio de su imperio [autoridad] dentro de ciertos límites”, pero sólo a “ciertas leyes” acerca de la administración.

naría *Des bornes du pouvoir souverain*<sup>4</sup> al capítulo IV del libro II de su *Du contrat social*, comprendiendo que, existiendo el poder soberano, sólo cabría ponerle límites, si bien de un modo más garantista que el del autor alemán: *Tous les services qu'un citoyen peut rendre à l'État, il les lui doit sitôt que le souverain les demande; mais le souverain de son côté ne peut charger les sujets d'aucune chaîne inutile à la communauté; il ne peut même pas le vouloir: car sous la loi de raison rien ne se fait sans cause, non plus que sous la loi de nature*<sup>5</sup>. Pero los límites, más amplios o más ceñidos, siguen siendo límites; y todo límite presupone que, naturalmente, existe un ente cuya extensión es mayor, y que se ve por ellos restringida.

En consecuencia, el punto de partida es la propia naturaleza del Estado. ¿Es éste un ente tal que, por sí mismo, exista de manera ilimitada y que, en un acto de juiciosa condescendencia, se imponga a sí ciertos bordes tras los cuales permite a los particulares desenvolverse en las actividades que les permita expresamente, tal como un gigante contemplaría desde lo alto a un grupo de hormigas, diminutos puntos negros movedizos, en sus faenas cotidianas? ¿O la construcción debería efectuarse bajo un presupuesto diferente? Porque, curiosamente, es posible imaginar a un *homo sapiens sapiens*<sup>6</sup> subsistiendo sin un ente colectivo superior, pero, ¿un Estado sin hombres? ¿Qué farsa sería esa? ¿Quién, entonces, es principal frente al otro? ¿Quién debe servir al otro? ¿Quién, si de otro depende, podría siquiera plantear la idea de un límite, que, comoquiera que pueda ser razonablemente establecido, presupone un ámbito natural mayor? ¿Quién negaría, por lo demás, que todo límite puede llegar a perforarse, traspasarse y destruirse?

Pufendorf y Rousseau<sup>7</sup> –ellos dos tan sólo ilustrativamente, pues no es este texto un compendio de teoría política– claramente propugnaron una idea *límitrofe* de la operatividad de los actos del Estado, comenzando de un supuesto errado: un Estado que naturalmente es *incontenido*, pero al que, por ser *contenible*, se le impone un grupo de barreras, despreciando el reconocimiento de la dignidad del hombre extendida no sólo en *el Estado*, sino que *antes del Estado y más allá del Estado*.

El sistema chileno, por el contrario, al exigir la expresa disposición de un acto de rango a lo menos legal para determinar personas jurídicas estatales de derecho público, ha sepultado la idea de un Estado *limitado*, reemplazándola por aquella de un Estado *condicionado*, que existe sólo en la medida en que las

---

<sup>4</sup>Esto es, *De los límites del poder soberano*.

<sup>5</sup>J. J. Rousseau, *Du contrat social*. “Todos los servicios que un ciudadano puede prestar al Estado, le son debidos tan pronto como el soberano se los requiera; pero el soberano, por su parte, no puede cargar a los sujetos con ninguna cadena inútil a la comunidad; no puede ni siquiera quererlo, ya que bajo la ley de razón nada se hace sin causa, así como tampoco bajo la ley de la naturaleza”. (Traducción nuestra).

<sup>6</sup>La especie humana actual, no confundiéndola el *Homo sapiens* a secas, más arcaico, o el *Homo sapiens neanderthalensis*, si se le entiende al Neanderthal como subespecie y no como especie.

<sup>7</sup>Y ambos derivando de la concepción política de Thomas Hobbes.

personas naturales—libres e inteligentes—disponen su creación, consagrando una estructura que reconoce sus inherentes diferencias; en suma, el Estado existe no como un ente originalmente todopoderoso al que es menester amordazar para impedir sus excesos, sino como un ser al que es menester crear<sup>8</sup> expresamente<sup>9</sup> con el exclusivo propósito de servir a su creador<sup>10</sup>. Parafraseando lo anterior, en lugar de considerar en la República de Chile un proceso *negativo* de limitación de poderes, es indispensable asumir un proceso *positivo* de otorgamiento de poderes, esto es, un Estado cuya *condición de existencia* se resume en dos presupuestos: la preexistencia del hombre, y la expresa atribución de potestades para cumplir los fines que el hombre—ente principal—por sí mismo no pudiera lograr cabalmente para su más perfecta realización. *El hombre genera al Estado, y éste existe sólo para servir al hombre.*

Y así como los entes son, así operan: *operari sequitur esse*. Por lo tanto, si el Estado de Chile es condicionado en su existencia, ha de ser condicionado en su actuación; si se tratara de un límite, y no de una condición, en cuanto la actuación se aproximara a dicho límite se haría más viciosa, y en cuanto lo excediera, se haría nula. Por el contrario, la condición se cumple, o no se cumple: no podría jamás cumplirse a medias. Así, de la *condición de existencia* se desprende la *condición de operación*, consistente en la obediencia estricta a las normas del ordenamiento jurídico que se refieran a la constitución del acto de que se trate. Cumplida la condición, nace el acto a la vida del derecho; fallida, el acto no se constituye, fluyendo la inexistencia jurídica como efecto insoslayable.

De la pretendida omnipotencia del Estado se originó la concepción del derecho como supuesto *límite* a su actuación, la que presentaría todo tipo de matices y truculencias para amparar sus protervas desviaciones, fundándose en excusas artificiales para equivaler al hombre con el Estado, aun pisoteando la dignidad del primero en aras de la llamada *eficacia* del segundo, en impulsos de desenfrenado totalitarismo. Por el contrario, la existencia y operación condicionadas del Estado y sus órganos responden perfectamente a una visión del derecho que permite determinar con claridad cuál es el ente principal y el dependiente, cuál el servido y cuál el sirviente, cuál el digno y cuál el útil, cuál el trascendente y cuál el contingente. De toda esta concepción antropológica, jurídica y política, la inexistencia jurídica como efecto a la transgresión de las condiciones impuestas para

---

<sup>8</sup>Crear es empleado aquí sólo por analogía, pues en su sentido propio presupone la generación de algo a partir de la nada, por lo que la *creación* sólo le corresponde a Dios.

<sup>9</sup>En el caso del Estado de Chile, el Acta de Independencia de 1818: “...hemos tenido a bien, en ejercicio del poder extraordinario con que para este caso particular nos han autorizado los pueblos, declarar solemnemente, a nombre de ellos, en presencia del Altísimo, y hacer saber a la gran confederación del género humano, que el territorio continental de Chile y sus islas adyacentes, forman de hecho y por derecho, un Estado libre, independiente y soberano, y quedan para siempre separados de la Monarquía de España [y de cualquiera otra dominación]”.

<sup>10</sup>Ver nota 8.

la operación estatal no es sino un florecimiento necesario, pero para la mentalidad contemporánea, embadurnada de positivismo, es indispensable contar, además, con pruebas certeras a partir del ordenamiento jurídico, y en el caso del sistema chileno, provenientes de la Constitución Política de la República. Es preciso encontrarlas; vamos, pues, a ello.

## II. LA PRIMERA CUESTIÓN PRÓXIMA: ¿ES QUE LAS CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS DEL TEXTO PRIMITIVO DETERMINAN LA NATURALEZA DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO?

El origen de la disposición referida a la nulidad no parece estimular la aparición de ningún cuestionamiento en cuanto a su marco objetivo<sup>11</sup>. Podría resumirse de la siguiente manera: circunscrito por los debates referidos a la que sería la Constitución de 1833, Mariano Egaña decidió formular un proyecto propio, denominado *Voto particular*, el que fue presentado a la *Comisión* encargada de la redacción de dicho cuerpo normativo. Habiéndose conservado algunos borradores del propio *Voto*<sup>12</sup> –ya no del propio

---

<sup>11</sup>Éste ha sido formidablemente desarrollado por E. Soto Kloss, *op. cit.*, 114-145 y 163-171; anteriormente, en *La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833*, en REHJ 15 (1992-1993), 333, y *La nulidad de derecho público en el derecho chileno*, en GJ (125), 1990, 16, RDP 47/48 (1990), 11.

<sup>12</sup>La estructura de los borradores recopilados por Valentín Letelier en las Sesiones de los Cuerpos Legislativos (SCL), volumen XXI, podría ser concentrada de la siguiente forma:

- 1) Borrador completo, en 84-97.
- 2) Primer borrador incompleto, en 97-108.
- 3) Segundo borrador incompleto, en 108-114.
- 4) Tercer borrador incompleto, en 114-116. Se circunscribe al capítulo *Del gobierno i administración interior*.
- 5) Cuarto borrador incompleto, en 116-117. Carece de encabezamiento, pero versa sobre el capítulo *De la administración de justicia*.
- 6) Quinto borrador incompleto, en 117. Se extiende solamente a dos capítulos: *Disposiciones jenerales*, y *De la observancia i reforma de la Constitución*.
- 7) Sexto borrador incompleto, en 117-119. Se restringe al capítulo *De la administración de justicia*.
- 8) Séptimo borrador incompleto, en 119-121. Trata exclusivamente del capítulo *Del gobierno i administración interior*.
- 9) Octavo borrador incompleto, en 121-122. Sólo desarrolla los capítulos de *Disposiciones jenerales* y *De la observancia i reforma de la Constitución*.

La numeración de los borradores no indica necesariamente el orden de su composición; se trata simplemente del orden con que Valentín Letelier los expuso en las referidas SCL. Él mismo explica en la nota introductoria a los borradores: “Los tres proyectos de reforma de la Constitución que siguen son en sustancia uno solo con modificaciones. El primero es presumiblemente el que don Mariano Egaña redactó para proponerlo a la Comisión; el segundo es el mismo primero con borraduras en el texto y anotaciones marginales escritas con letra de los escribientes de don Juan Egaña; i el tercero es el mismo segundo hechas las correcciones i agregaciones indicadas en éste”. Nótese que todo el orden está dispuesto sobre la base de una *presumible* secuencia. Cuál es la más verosímil, es materia de apreciación; un esclarecimiento

proyecto de la *Comisión* que habría de remitirse para su aprobación por la *Gran Convención*— es posible contemplar una interesante metamorfosis en la estructura de la frase. Soto Kloss parece sugerir que el orden lógico es el siguiente: primer borrador incompleto –segundo borrador incompleto– *Voto*<sup>13</sup>. Sin embargo, el análisis de los textos parece configurar un orden antagónico: segundo borrador incompleto –primer borrador incompleto– *Voto*. Veamos por qué.

1. El segundo borrador incompleto se expresa del modo siguiente: *Ninguna majistratura, ni reunion de ciudadanos, ni individuo particular puede atribuirse aun a pretesto de circunstancias extraordinarias o imprevistas, autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitucion o la lei. Todo acto en contrario es de pleno derecho nulo*<sup>14</sup>.
2. Por su parte, la transcripción del primer borrador incompleto señala: *(Ninguna persona o reunión de personas puede atribuirse ni aun) Ninguna majistratura (ni reunión de ciudadanos ni), individuo particular (puede atribuirse) o reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias extraordinarias (o imprevistas) autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la lei. Todo acto en contrario es (de pleno derecho) nulo*<sup>15</sup>. Resulta evidente que para delimitar el sentido del borrador es necesario determinar qué significan los paréntesis; de ello se encarga el propio Valentín Letelier, en una nota a pie, manifestando que los paréntesis equivalen a tarjas o borraduras, es decir, su contenido fue eliminado en el proceso creador<sup>16</sup>. El texto, ya purificado de las

---

del galimatías textual se intentará en este párrafo, llamando la atención al lector sobre la clara inutilidad de varios de los borradores para dicho propósito.

<sup>13</sup>E. Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Tomo II*. cit. 133.

<sup>14</sup>SCL, tomo XXI, 110.

<sup>15</sup>SCL, tomo XXI, 100.

<sup>16</sup>Señala dicha nota: “Las palabras o frases que se colocan entre paréntesis i con letra cursiva, aparecen tarjadas o borradas en el orijinal”. Soto Kloss estimó que los paréntesis representaban las “anotaciones marginales escritas con letra de los escribientes de don Juan Egaña”, de acuerdo a lo expuesto en la nota número uno en el texto de las SCL (ver nota 12 del presente texto), en relación a la nota 47 en la misma página 133 de su *Derecho Administrativo, Tomo II*, pero lo cierto es que la oración completa indica “...borraduras en el testo y anotaciones marginales escritas con letra de los escribientes de don Juan Egaña”, es decir, no sólo *anotaciones marginales*, sino que también *borraduras*, que según la segunda nota de los SCL en dichos borradores, están *entre paréntesis i letra cursiva* (en el presente texto no se denota la cursiva, pues toda la cita de los artículos proyectados está en cursiva), con lo que queda claro que, habiendo paréntesis, se trata de una *borradura*, y no de una *anotación marginal*. De esta confusión, nos parece, proviene el hecho de que el profesor Soto Kloss haya desarrollado un orden invertido de concepción de los borradores incompletos –en relación a aquél propuesto por este trabajo– y que parece erróneo no sólo en relación a las explicaciones del propio Valentín Letelier, sino de la propia evolución literal del texto expuesta en el presente párrafo.

enmiendas, vendría a ser: *Ninguna magistratura, individuo particular o reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la ley. Todo acto en contrario es nulo.*

3. El texto definitivo del *Voto*, finalmente, señaló: *Ninguna magistratura, individuo particular o reunión de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, autoridad o derechos que no le estén confiados por la Constitución o la ley. Todo acto en contrario es nulo*<sup>17</sup>. De esto parece emerger la idea de que el segundo borrador incompleto, cuya redacción contiene la expresión *de pleno derecho*, fue el más antiguo, pues el primer borrador incompleto –transcrito en el numeral precedente– concuerda letra a letra, deducidas las enmiendas, con el texto del *Voto* presentado a la *Comisión*<sup>18</sup>.
4. Para concluir, falta indicar la redacción que finalmente fue aprobada como texto definitivo, el artículo 160 de la Constitución de 1833, que reproduce, con un par de variaciones, aquélla del *Voto*: *Ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.* Esta disposición fue mantenida inalterada por la Constitución de 1925 –pasando a constituir, empero, el artículo 4º– y la de 1980 la conservó, como es sabido, de manera bastante ceñida<sup>19</sup>.

A partir de las observaciones anteriores, sólo puede obtenerse *objetivamente* un resultado cierto: en algún momento, la redacción del precepto incluyó la expresión *de pleno derecho*, pero el texto final terminó suprimiéndola, en una evolución –o involución, dependiendo de cómo se desee enfocar la mutación– que deviene bastante nítida en su curso a partir de los fragmentos remanentes. Ahora bien, ¿cuál fue la razón de tal eliminación? ¿Es que se subentendió que la nulidad operaría *ipso iure*, o es que se descartó dicho efecto, requiriéndose sentencia judicial para que la nulidad se constituyese? Es precisamente este aspecto *subjetivo* el que queda inmerso en las tinieblas, pues no hay indicación alguna en los borradores que señale algo más que el mero cercenamiento de dicha expresión; tal impenetrabilidad no hizo más que, elaborada una visión a favor de la nulidad *ab initio* en base al texto<sup>20</sup>, propiciar una respuesta de igual intensidad en sentido contrario

---

<sup>17</sup>SCL, tomo XXI, 71.

<sup>18</sup>Y el borrador completo que se conserva del *Voto* debe haber precedido inmediatamente a éste último, pues ambos son idénticos. Vid. SCL, tomo XXI, 85.

<sup>19</sup>Vid., por cierto, el artículo séptimo de la Carta Fundamental hogaño vigente.

<sup>20</sup>E. Soto Kloss, *ibid.*, 114-145 y 163-171; *La nulidad de derecho público: su actualidad*, en RDUCV 18 (1997), 347, y en particular, 352.

basándose en una relación entre el artículo 158<sup>21</sup> y el 160 ya comentado<sup>22</sup>; existiendo una clara vinculación entre ambos, señalando el uno, empero, *de pleno derecho*, y el otro no. De su sola yuxtaposición –y confrontación– no es posible desprender conclusión definitiva alguna: pudiera ser que, existiendo una disfonía entre ambos, el artículo 160 no debiese operar *ipso iure*, pero bien es sabida la fragilidad del argumento *a contrario* en el intento de discernir situaciones neutras, pues *lógicamente* la balanza podría inclinarse a un lado como al otro; del mismo modo, respecto de la posibilidad de que la diferencia en la inclusión de la fórmula *de pleno derecho* sea más bien un principio de construcción *a pari* –en que el artículo 158 se haga concordante con el artículo 160 en cuanto a que ambos operasen *ipso iure*, asumiéndose subentendida la operatividad por haber estado presente la construcción *de pleno derecho* en la génesis de la disposición–, ella es tan discutible como la aplicación del argumento *a contrario*. Por ello, siendo a nuestro juicio completamente permeables e insatisfactorios los argumentos *a pari* y *a contrario*, a fin de esclarecer la operatividad de la nulidad de derecho público no queda otra opción que explorar por vías diversas la génesis del precepto en la propia concepción de Mariano Egaña y la Constitución de 1833, transfundido a aquélla de 1980. Vamos a ello.

### III. LA SEGUNDA CUESTIÓN PRÓXIMA: ¿ES QUE EL TENOR LITERAL DE LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL DETERMINA LA NATURALEZA DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO?

La vivisección funcional del inciso tercero del artículo séptimo ha sido, como se ha señalado, meticulosamente ejecutada<sup>23</sup>. *Todo* determina la *integridad*

---

<sup>21</sup>El artículo 158 de la Constitución de 1833 señalaba que “Toda resolución que acordare el Presidente de la República, el Senado o la Cámara de Diputados a presencia o requisición de un ejército, de un jeneral al frente de fuerza armada o de alguna reunión de pueblo, que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, *es nula de derecho, i no puede producir efecto alguno*”.

<sup>22</sup>Pierry Arrau, *Nulidad en el derecho administrativo*, RDUCV 15 (1993-1994), 79. Respecto a la posibilidad del efecto *ipso iure*, comenta el autor: “Entonces E. Soto Kloss parte de la Constitución Política de 1833, señalando que con la historia de las actas, en forma muy documentada, que allí comienza, en la historia del derecho chileno, la nulidad de derecho público. Esto es algo que yo, si bien no he estudiado detenidamente las actas para ver si llego a la conclusión [a] que él llega –en el sentido que esa nulidad es una nulidad de pleno derecho– tiendo a discutir, porque en realidad en la misma Constitución de 1833, en otro artículo, en el 158, se hablaba de los actos del Presidente de la República, a requisición de ejército, general al mando, reunión del pueblo, y señalaba a continuación que esos actos eran nulos de nulidad de pleno derecho, lo que me hace a mí pensar que si hablaba de nulidad de pleno derecho en el artículo 158, frente a requisición del pueblo y de los militares en armas, cuando en el artículo 160 se hablaba de que el acto es nulo, obviamente no sería nulidad de pleno derecho, o sea, me da la impresión de que podría la propia teoría de Soto Kloss revertirse en su contra en ese punto”.

<sup>23</sup>E. Soto Kloss, *La nulidad de derecho público: su actualidad*, en RDUCV 18 (1997), 347.

de la aplicación del precepto, sin exclusión ni privilegio alguno; *acto* alude a la propia actividad jurídica de los órganos del Estado, excluyendo su extensión a actuaciones materiales u omisiones; *en contravención* se dirige a la determinación de la vulneración o infracción, en el mismo sentido que el *Voto* original de Egaña –*en contrario*, señalaba en aquel texto–; a este artículo extiende el alcance de la transgresión a todo acto contrario al *principio de juridicidad*, substancia viva que infunde al artículo séptimo, y con él irradia a toda la Constitución; y, finalmente, un par de vocablos –*es* y *nulo*– encierra la mayor parte de lo que literalmente pueda extraerse acerca de la naturaleza de la nulidad, y, por lo tanto, requerirá algunas ulteriores explicaciones.

1. *Es: ¿una peculiaridad sintáctica?* Se ha sostenido que la expresión *es* dentro de la oración que determina la nulidad reflejaría el carácter operativo de ésta, entendiéndose que la forma en presente de indicativo no daría espacio sino a comprender que el efecto se produce en el momento mismo de la contravención a la juridicidad<sup>24</sup>; sintéticamente, si la nulidad requiriese de una resolución judicial para operar, la forma verbal empleada sería futura<sup>25</sup>. Sin embargo, el mero tiempo empleado en el atributo predicativo *es nulo* no parece ser de un peso suficiente para resolver la opacidad de la norma: disposiciones análogas en presente se encuentran en el Código Civil<sup>26</sup>, pro-

---

<sup>24</sup>E. Soto Kloss, *ibíd.*

<sup>25</sup>Es decir, “Todo acto en contravención a este artículo será *nulo*...”, construcción que no se verifica en el texto, trátase de la Constitución de 1980, o bien de sus dos antecesoras. Respecto de la opinión de Soto Kloss, téngase presente que para este autor no cabe considerar solamente el sentido gramatical de la forma en presente, sino que es imperativo conjugarlo tanto con la finalidad histórico-política de la institución, desprendidas del *Voto* de Mariano Egaña, como con el hecho de que los sujetos vinculados no se hallan equidistantes a la manera civilista, todo lo cual reverbera y circunscribe el tenor literal del término *es*.

<sup>26</sup>El artículo 1681 se inicia con una forma de presente: “*Es nulo* todo acto o contrato a que falta...”, estableciendo con posterioridad las dos formas de nulidad en actos patrimoniales de derecho privado: nulidad absoluta y nulidad relativa, debiendo ambas ser declaradas para operar. No son, por lo tanto, *ipso iure*. De igual manera, el artículo 149 (“*Es nula* cualquiera disposición que contravenga las disposiciones de este párrafo”), el artículo 377 (“Los actos del tutor o curador anteriores al discernimiento, *son nulos*...”), el artículo 1006 (“El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente *es nulo*...”), el artículo 1007 (“El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, *es nulo* en todas sus partes”), el artículo 1107 (“El legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, *es nulo*...”), el artículo 1138 (“*Son nulas* las donaciones revocables de personas que no pueden testar...”), el artículo 1392 (“*Es nula* asimismo la donación hecha al curador del donante...”), el artículo 1462 (“Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, *es nula* por el vicio del objeto”), el artículo 1478 (“*Son nulas* las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”), el artículo 1578 (“El pago hecho al acreedor *es nulo* en los casos siguientes...”), el artículo 1796 (“*Es nulo* el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad”), el artículo 1721 (“No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario *es nula*”), el artículo 1811 (“*Es nula* la venta de todos los bienes presentes o futuros

miscuamente mezcladas con normas en forma futura<sup>27</sup>, y de ellas se puede desprender racionalmente, primero, que ninguno de los artículos citados en tiempo presente<sup>28</sup> parece operar *ipso iure*, y, ¡vaya sorpresa!, de las normas en tiempo futuro sí hay un par que parece ser sancionadas *ab initio*. Esto conforma, empero, una mera ilustración, pues tan erróneo como sostener *a priori* que la forma presente implica una operatividad de pleno derecho sería calificar como una imposibilidad de dicha operación la general presencia en el Código Civil de nulidades tradicionales del derecho privado expuestas en dicha forma. Así, el solo aspecto temporal del verbo resulta insuficiente en sí

---

o de unos y otros...”), el artículo 1842 (“*Es nulo* todo pacto en que se exima al vendedor del saneamiento de evicción...”), el artículo 2057 (“Esta disposición no se aplicará a las sociedades que *son nulas* por lo ilícito de la causa u objeto...”), el artículo 2067 (“Si la persona a quien se ha cometido fallece antes de cumplir su encargo, o por otra causa cualquiera no lo cumple, la sociedad *es nula*”), el artículo 2270 (“*Es nulo* el contrato, si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya existencia pende la duración de la renta...”), el artículo 2441 (“El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago (...) Toda estipulación en contrario *es nula*”), el artículo 2453 (“*Es nula* en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados...”), el artículo 2454 (“*Es nula* en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo...”), el artículo 2455 (“*Es nula*, asimismo, la transacción, si, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio...”), el artículo 2467 (“*Son nulos* todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión...”).

<sup>27</sup>En el Código Civil, es el caso del artículo 465 (“Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, *serán nulos*...”), el artículo 966 (“*Será nula* la disposición a favor de un incapaz...”), el artículo 1003 (“*Serán nulas* todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por *dos o más* personas a un tiempo...”), precepto que incluso podría encerrar una inexistencia, pues el testamento se define como “un acto más o menos solemne en que *una* persona dispone...”, con lo que se verificaría una situación parangonable a aquélla del matrimonio entre personas del mismo sexo, que se sanciona con la inexistencia –de acuerdo a la mayoría de la doctrina civilista– en razón de su colisión con la definición del artículo 102, con lo que el 1003 podría involucrar una inexistencia en forma futura), el artículo 1204 (“(...) Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legítimo y el que le debe la legítima, *serán nulas y de ningún valor*”, que concordado con el artículo 1463 puede dar lugar a otra hipótesis de inexistencia en forma futura, pues éste prescribe que “el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva *no puede ser objeto de una donación o contrato*...”, y si no puede ser objeto, no hay objeto, y no habiéndolo, no hay acto), el artículo 1759 (“Todo acto en contravención a este artículo *será nulo relativamente*...”), el artículo 1401 (“La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos centavos, y *será nula* en el exceso”), el artículo 1998 (“Si se ha convenido en dar a un tercero la facultad de fijar el precio, y muere éste antes de procederse a la ejecución de la obra, *será nulo* el contrato...”), el artículo 2127 (“Si se constituyen dos o más mandatarios, y el mandante no ha dividido la gestión, podrán dividirla entre sí los mandatarios; pero si se les ha prohibido obrar separadamente, lo que hicieren de este modo *será nulo*”); por el contrario, el artículo 1026 no sirve para ilustrar este problema, pues la forma futura indicativa no se encuentra aislada, sino que coordinada con la forma futura subjuntiva que encabeza la disposición –no hay posibilidad de emplear indiferentemente una forma presente o futura, sino que sólo podría emplearse la futura en ese caso– (“Con todo, cuando se *omitiere* [futuro subjuntivo] (...) *no será* por eso nulo el testamento... [futuro indicativo]”).

<sup>28</sup>Lectores advertidos podrán haber notado la exclusión en la nómina de una disposición muy relevante del Código Civil; ella emergerá más adelante, habiéndose postergado su aparición en función de estrictos fines de claridad.

para resolver la molesta neutralidad de la norma.<sup>29</sup> Conocida con precisión la consecuencia –la operatividad–, podría ser asida, al menos en forma aproximada, la causa –la inexistencia–; mas, no dilucidándose categóricamente aquélla a partir de la forma es, mal podría determinarse ésta<sup>30</sup>. Y por ello es que, tanto para la inexistencia como para la operatividad, toda elucubración referida a la discordia en los tiempos verbales del inciso tercero del artículo séptimo es, a nuestro juicio, igualmente estéril<sup>31</sup>.

2. *Nulo*: ¿qué se entiende por tal? Ninguna de las tres constituciones precisó en su texto qué sentido habría de tener la bisilábica parquedad de la expresión *nulo*, y, sin embargo, debiese ser considerada como el motor fundamental de su propia individualización; de nada serviría elucubrar sobre el resto de la frase si en el propio núcleo de la disposición se obtuviera un resultado en sentido inverso. Determinarla, ante la insuficiencia de los demás términos, constituye el último recurso a fin de ilustrar el sentido literal de la norma; no determinarla implicaría buscar elementos ajenos a la literalidad, renunciándose definitivamente a ésta. Hasta el momento, en la doctrina de la nulidad de derecho público como inexistencia, se ha considerado que el término *nulo* representa a dicha carencia de entidad jurídica cuando dicho vocablo es formulado sin más ni más, tal como está en el texto en vigencia<sup>32</sup>; empero, sin explicaciones adicionales, dicha conclusión podría

---

<sup>29</sup>Es natural que *visceralmente* una nulidad *ipso iure* parezca estar más de acuerdo con una forma en presente, pero ya se ha visto que no sucede así en nuestra legislación; esta situación sugiere que lo fundamental en dichas elaboraciones no es el tiempo empleado en sí, sino que la función *imperativa* que ellos desempeñan en las oraciones: *es nulo, será nulo* en verdad son invocaciones vinculantes e inexcluyentes destinadas a determinar la existencia de una irregularidad que ha de ser evitada por el sujeto que pretenda perpetrarla, y sancionarla, sea cual sea su operatividad, cuya determinación no puede llegar a ser suficiente por conjeturas cimentadas exclusivamente sobre el tiempo utilizado.

<sup>30</sup>Y atención: pues aunque pudiera acotarse de manera tan nítida su sentido que no cupiera duda acerca de la operatividad *ipso iure* a partir de la forma verbal, no necesariamente la operatividad revelaría la naturaleza de la nulidad de derecho público; puede darse perfectamente el caso de que una *anulabilidad* –entiéndase, nulidad en el sentido del artículo 1681 del Código Civil– opere *ab initio*, mas mantuviese la posibilidad de saneamiento. En otras palabras, el carácter de *ipso iure* no es privativo de la inexistencia jurídica, pudiendo también provenir de la anulabilidad, con tal de que ésta lo dispusiera –tal como aducen conspicuos autores como José Clemente Fabres y Alfredo Barros Errázuriz respecto de la nulidad absoluta en el Código Civil–; lo que sí es insoslayable es que la inexistencia opere, siempre y sin excepciones, *ipso iure*.

<sup>31</sup>“Todo acto en contravención a este artículo es *nulo*, y *originará* las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. Así se exhiben, yuxtapuestas, una forma en presente y otra en futuro. Como se ha visto, la forma verbal empleada no es un argumento decisivo para la determinación de la operatividad de la nulidad de derecho público, siendo extensiva dicha insuficiencia a la determinación de la operatividad de todas las responsabilidades y sanciones que puedan desprenderse del mismo inciso; lo que sí resulta capital es que, tanto en la forma presente como en la futura, el precepto es imperativo, como ya se ha señalado.

<sup>32</sup>“Que sea *nulo* significa que *no es* y *no es* acto, pues eso es lo que dispone el Art. 7° inciso 3° en su frase primera. Y *sí* no es acto, quiere decir pura y simplemente que no existe

ser fruto de una cierta precipitación, pues en caso de no ser apuntalada sería susceptible de ser atacada con otras expresiones –vigentes– que no involucran una nulidad *ipso iure*, a pesar de expresarse en términos de *nulidad*, sin complementos, descripciones, ni atributos<sup>33</sup>. El cuestionamiento fundamental, en consecuencia, que habrá de ser resuelto, es el significado de dicho término que el constituyente de 1833 hubo de tener en cuenta ante la redacción del precepto; la base para dicho esclarecimiento no habrá de pesquisarse en la norma misma del artículo 160, sino que en dos substratos radicales: uno, antecedente, y el otro, consecuente. Aquél está conformado por la noción originaria de nulidad, de la cual provengan las visiones adoptadas por el derecho republicano, *pues de la ignorancia de la raíz brotaría la ignorancia de los sarmientos, entre ellos la nulidad de derecho público en el derecho chileno*; mientras que éste lo está por la concepción de nulidad que advirtieron tanto la Carta de 1833 como las Constituciones que la antecedieron, *pues si su sentido fue tan obvio –cualquiera que él haya sido– que se decidió suprimir la frase “de pleno derecho”, ello significa que la obviedad habrá de hallarse en ella y los restantes Códigos Políticos, que habrán de compartir una obviedad tan refulgente*. Y, en caso de existir confluencia entre una y otra, se derivaría una identidad en la institución escrutada. Vamos, pues, a ello.

- a) *El antecedente: la noción originaria de nulidad*. Durante casi un siglo y medio, el panorama correspondiente a la nulidad ha sido dominado por la organización de ésta en el derecho privado, el que procede fundamentalmente del Código Civil; de hecho, y muy previsiblemente, la única clasificación que no ha padecido mayores embestidas ha sido aquella cuya exégesis requiere el mínimo esfuerzo intelectual, correspondiente a la simple lectura del Código de Andrés Bello: la del binomio *nulidad absoluta/nulidad relativa*. A éste complementaria, la irrupción de la doctrina de la *inexistencia jurídica* en el derecho privado inició una serie de discusiones acerca de su procedencia, precisamente porque una tal posición no aparecía de manera explícita en el texto del mentado Código; hoy, empero, acogéndose la *inexistencia jurídica*, bien podría hablarse de un trinomio *inexistencia/nulidad absoluta/nulidad*

---

acto, y si no es acto ni existe como tal, quiere decir que es inexistente; de allí que la nulidad que consagra la Constitución como efecto de la contravención de ella en que se incurra en la dictación de los actos de los órganos estatales se diga que es “inexistencia””. E. SOTO KLOSS, *ibid.*, 353.

<sup>33</sup>Remítase a la mayoría de las ejemplificaciones del Código Civil que fueron enumeradas en las notas 26 y 27; en dichos casos las sanciones varían entre la nulidad absoluta y la relativa –salvo las excepciones de inexistencia que fueron debidamente apuntadas– y cuyos efectos bien conocemos: no operan *ipso iure*, salvo que se considere la posición respecto de la nulidad absoluta aludida en la nota 30.

*relativa*. Pero cabe preguntarse si esta división es inherente al derecho, de tal forma que no haya de ser debatida en su aplicación. Temporalmente, el rastro más arcaico acerca de la nulidad que pueda ser sondeado, y que a la vez proporcione elementos inequívocamente vinculados con nuestras propias instituciones, lo confiere –como en tantas otras oportunidades– el derecho romano. Precisamente el vocablo *nulidad* se ha generado –lo que no es en modo alguno sorprendente– a partir de la nulidad romana, cuyo sentido natural y obvio en sus diversas acepciones<sup>34</sup> gira en torno a una idea común: la nada, es decir, la *inexistencia*. Como bien se ha observado, la terminología romana no fue uniforme, pero por lo mismo resulta aún más elocuente: se habla de un negocio *inutilis*, *iniustus*, *inanis*, *vitiosus*; o bien que la parte *nihil agit* o *nihil agitur*, o bien que el negocio es *nullius momenti*<sup>35</sup>. En efecto, la categoría de la *anulabilidad* –en la que caen tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa, pues el acto se reputa válido a menos que dicha *susceptibilidad de anulación* sea ejercida mediante la acción correspondiente– no existió originalmente en el derecho romano: para el *ius civile*, el negocio jurídico era perfecto o, sencillamente, no era en absoluto<sup>36</sup>. La consecuencia, logiquísima, de la inexistencia, es que el

---

<sup>34</sup>Una breve inspección al *Diccionario Latín/Español* de Sopena, Barcelona, 1985, nos lleva a un resultado bastante esclarecedor. A modo de síntesis: “Nullus, a, um. Ninguno, nadie//Nada//Que no existe, muerto, aniquilado//En ninguna parte”.

<sup>35</sup>Tal como lo expresa B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*. Giuffrè, Milano, cuarta edición, 1965, 218.

<sup>36</sup>Vid., v. gr., F. Samper Polo, *Derecho romano*. Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 2003, 397-398. También E. Volterra, *Instituciones de derecho privado romano*. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1986, reimpr. 1991, 187-189; F. Serafini, *Instituciones de Derecho Romano*. Espasa. Barcelona. 1906, 237-241, quien en 241 señala que “legalmente el acto nulo no existe”; L. A. Peña Guzmán, *Derecho Romano*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1962, 373-386; A. D’Ors, *Derecho Privado Romano*. EUNSA. Pamplona. 1977, 333-334 –sobre la ineficacia del testamento–, 366-369 –sobre la ineficacia de los legados–, 479-481 –sobre la ineficacia de la estipulación–; M. Kaser, *Derecho Romano Privado*. REUS. Madrid. 1968, 55-57. Respecto del derecho público, la inteligencia del término *nulidad* era, sin más, la misma: inexistencia. Vid. al respecto, R. von Ihering, *El espíritu del derecho romano*. Abreviatura de Fernando Vela. Marcial Pons. Madrid. 1997, 295-298. Resulta muy ilustrativo constatar, en esta última obra, que los romanos también experimentaron una tensión al pretender determinar las consecuencias de los actos públicos contrarios a derecho, optando por una solución derivada del hecho de que el poder político estaba concebido de una manera muy diferente a nuestra juridicidad y a la noción de Estado de Derecho. Cfr. R. von Ihering, *op. cit.*, 167-172. Por ejemplo, medítense sobre el siguiente extracto: “Los romanos sabían que un Estado poderoso exige caracteres viriles, y ni el temor de un posible abuso ni el exceso de libertad les impedía dotar a sus magistrados de facultades omnímodas. El pueblo no hubiera soportado a su frente la debilidad y la impotencia; gustaba de ver en sus funcionarios modos de ejecutar imperiosos y reales que reflejasen la majestad y el poderío del Estado”. Volviendo a las 295-298, de aquello es fácil colegir que la solución romana fue la de acorralar la nulidad, restringiéndola al incumplimiento de requisitos formales, y sancionando las infracciones de fondo bajo la concepción de *vicio*. Tampoco es sorprendente que uno de los más egregios defensores del

acto no produzca efectos: *quod nullum est nullum producit effectum*.<sup>37</sup> Inflexible, por ello Paulo<sup>38</sup> pudo señalar la célebre construcción *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*, de alcances generales<sup>39</sup>.

La distorsión sobre el significado auténtico de *nulidad* se originó a través de la influencia del *ius honorarium*, que particularmente en este sentido desfiguró la institución creada por el *ius civile*; mientras para éste el acto existe o no existe, aquél, principalmente por vía pretoriana, determinó que ciertos actos que eran válidos podían, empero, ser afectados en su eficacia en razón de la aplicación de una *exceptio*, una *denegatio actionis*, o bien una *restitutio in integrum*<sup>40</sup>. Quepa realzar enfáticamente que lo que podía ser alterado en sus efectos naturales no era alguno de los actos *inexistentes* –es decir, *nulos* según el *ius civile*– sino que alguno de los actos *existentes*. Insoslayablemente se desprende lo anterior que la vía del *ius honorarium* era impotente para dar validez a un acto que no existía, el que en modo alguno podría haberse constituido, por motivos de la más asequible lógica, pues al no tener valor alguno ni siquiera existiría un germen de valor que pudiera extraer al acto del pozo de su *nulidad*, de su *no-entidad*. Lo que sí facultaba la vía del *ius honorarium* era que el pretor, respecto de un acto que previamente *sí existía*, impidiera a ciertos sujetos la obtención de los efectos de dicho acto a través del juicio correspondiente; de esto se aprecia claramente que la *nulidad* como inexistencia del *ius civile* no fue perturbada en modo alguno con la introducción de este mecanismo posterior.

En efecto, esta dualidad *nulidad-anulabilidad*, si bien no con la terminología actual, fue transmitida al derecho justinianeo y a la tradición romanística posterior, la que desembocó en la configuración de las

---

sistema republicano, Cicerón, se haya manifestado inflexiblemente contrario a cualquier otro efecto que no fuese el de la nulidad: “Cuando Cicerón fue llamado por un decreto del pueblo quiso hacer retractar esta consagración, alegando ante el colegio de los pontífices la nulidad de los actos de Clodius. (...) En consecuencia, todos sus actos como tribuno tenían el vicio de nulidad”. De la misma forma, el texto siguiente, mas respecto de actos legislativos: “Hay otro caso: el de las leyes inconstitucionales que destruyeron un principio fundamental de la constitución romana o la violentaban en un caso particular. Según Cicerón, una ley de esa clase no debía surtir ningún efecto...”. Más allá de la visión tendente a la *libertad* en el derecho público romano, totalmente contrapuesta a la nuestra, fundada sobre la *juridicidad*, resulta extraordinaria la corroboración de que para el derecho público romano, *nulidad* era *inexistencia*, tal como para el derecho privado.

<sup>37</sup>B. Biondi, *op. cit.*, 219. De acuerdo a las acepciones de nulidad ya descritas, esta máxima puede ser traducida, literalmente, como *lo que nada es, ningún efecto produce*.

<sup>38</sup>Digesta Iustiniani, 50.17.29.

<sup>39</sup>Vid. M. F. C. de Savigny, *Sistema del derecho romano actual, Tomo III*. Analecta Editorial. Pamplona. 2004, 360. También señala, a más de dicha regla general, reglas especiales para testamentos y legados.

<sup>40</sup>Vid. B. Biondi, *op. et loc. cit.*, y E. Volterra, *op. cit.*, en particular 219-220.

instituciones modernas<sup>41</sup>; y, si bien debió ser sometida a fricciones derivadas de los derechos locales<sup>42</sup>, terminó por imponerse, incluso atendiendo al surgimiento, bastante tardío, de la nueva bipolaridad adicional: la división de la *anulabilidad* entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa<sup>43</sup>. En suma, incluso con posterioridad a la codificación napoleónica, subsistía la divergencia fundamental entre los actos que no existían y aquellos que, existiendo, eran susceptibles de ser anulados; y, en estos últimos, se configuró la divergencia secundaria entre *absolutos* y *relativos*, dependiendo de quiénes detentan la titularidad para solicitar la mentada anulación. Y así, el sentido propio de lo *nulo* proseguía siendo lo *inexistente*, tal como en Roma con muchos siglos de anticipación.

- b) *El consecuente: la noción de nulidad en la Constitución de 1833, y las que a ella antecedieron.* Puesto que ha sido determinable la noción elemental de nulidad, no cabe sino alzarla en un paralelismo con la posición adoptada por los constituyentes de los albores de la República de Chile; si, inquiriendo cómo fue la iniciativa de la irrupción de la inexistencia –bien de los mentados constituyentes, o bien sólo de los comentaristas posteriores–, llegárase a circunscribir su proveniencia a partir de las Cartas correspondientes, se generaría una identidad con el apartado anterior, lo que devendría en el esclarecimiento final del problema. Vamos, pues, jalonadamente, a ello.
- i. *Constitución de 1833:* a más de los artículos 158 y 160, que ya han sido examinados, se refieren a la nulidad los artículos 38 n° 1<sup>44</sup> y

---

<sup>41</sup>Vid. B. Biondi, *op. et loc. cit.*, que a pie de página –nota 74– remite al artículo 1418 del Código Civil italiano, incitando al parangón con la anulabilidad, la rescisión y la resolución.

<sup>42</sup>Vid., por ejemplo, J. Lévy y A. Castaldo, *Histoire du droit civil*. Dalloz. Paris. 2002, 838-841.

<sup>43</sup>Tan tardío, que recién se vino a constituer durante el siglo XVIII, con la intervención de Bouhier y Dunod de Charnage, en la oposición de las *nullités absolues* y las *nullités respectives*. Vid. J. Lévy y A. Castaldo, *op. cit.*, 842-843. ¿Significó esta aparición la desaparición de la *nulidad* en su sentido natural? En modo alguno; por ejemplo, vid. J. A. Rogron, *Codes français expliqués*. Rignoux. Paris. 1836, 237: “Il existe réellement une différence entre la nullité et la rescision [entiéndase, anulabilidad]; il y a *nullité* lorsque l’acte est entaché d’un vice radical, de manière qu’il ne peut produire aucun effet. (...) Il y a *rescision* lorsque l’acte, valable en apparence, renferme cependant un vice qui peut le faire annuler si l’une des parties le demande. (...) Les *nullités* tiennent, en général, à l’ordre public, et ne peuvent alors être couvertes ni par ratification, ni par prescription”. Alude el texto a que el Código Civil francés es insuficiente en la especificación de las instituciones: “Malgré ces différences, qui existent dans les choses, le Code, fort souvent, n’en met aucune dans les mots, et emploie indifféremment les expressions de nullité et rescision”. Esta confusión, como bien es sabido, fue trasplantada a nuestro propio Código Civil.

<sup>44</sup>Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

39 n° 1<sup>45</sup>, pero de ninguno de ellos permite obtener consecuencias diáfanas referentes a la naturaleza de la nulidad.

- ii. *Constitución de 1828*: el Mensaje del Presidente Pinto que encabeza el texto señala en un fragmento “...en fin, el Poder Supremo de la Nación, el que reúne en sí la plenitud de la soberanía, está tan lejos de la nulidad a que lo condenan en otras partes las aspiraciones del Gobierno, como de la omnipotencia parlamentaria...”, dando a entender claramente que existe un antagonismo feroz entre la nulidad y la omnipotencia; es, en otras palabras, el todo –la omnipotencia– frente a la nada –la nulidad–, constituyendo un fino indicio de que el sentido de nulidad para el lenguaje de la época es el de inexistencia.
- iii. *Constitución de 1823*: se refieren a la nulidad tres disposiciones; una en las normas de la Cámara Nacional –el artículo 74<sup>46</sup>– y dos en las normas referidas al Poder Judicial –los artículos 137<sup>47</sup> y 146, atribución segunda<sup>48</sup>, y de ninguno se desprende una concepción genérica, salvo en cuanto el artículo 137 se refiere a “*declarar la nulidad*”, pero como es sabido, tanto la inexistencia como la nulidad –entiéndase bien estrechamente esta alusión a la “nulidad”, restringiéndose a la típica concepción de anulabilidad, que comprende tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa del derecho civil, por lo que no incluye al concepto de nulidad que está en trance de esclarecerse– son susceptibles de una declaración, sea para reconocer –la primera– o bien para constituir –la segunda–, pero en el caso de la primera está claro que el no-acto es inexistente desde el momento mismo en que se pretendió constituirlo, y sólo por un

---

1.- Calificar las elecciones de sus miembros; conocer sobre los reclamos de nulidad que ocurran cerca de ellas, i admitir su dimisión...”

<sup>45</sup>“Son atribuciones de la Cámara de Senadores:

1.- Calificar las elecciones de sus miembros; conocer en los reclamos de nulidad que se interpusieren acerca de ellas, i admitir su dimisión...”

<sup>46</sup>“La Cámara Nacional es nula de hecho:...”

<sup>47</sup>“Ningún pleito tiene más recursos que primera instancia y apelación. El recurso de nulidad sólo será admisible faltándose a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios, determinadas literalmente por la ley: reteniendo y conociendo en estos casos el Tribunal que declara la nulidad sobre el negocio principal”. Como puede apreciarse, el recurso de nulidad de la Constitución de 1823 es el antecedente del recurso de casación en la forma de nuestra actual legislación.

<sup>48</sup>“Sus atribuciones son:

(...)

2.a Conocer de las nulidades de sentencias de Cortes de Apelaciones, en el único caso y forma que establece la Constitución”.

asunto de explicitud y repugnancia a la autotutela será objeto de una declaración<sup>49</sup>.

- iv. *Constitución de 1822*: aluden a la nulidad dos preceptos; uno, el artículo 122, referido al juramento del Director Supremo al asumir sus funciones<sup>50</sup>, y el otro, el artículo 166, a las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia<sup>51</sup>. Este último –tal como el artículo 137 de la Constitución de 1823– nada permiten desprender, pero el 122, en los términos en que está expuesto, alude directamente a la idea de la inexistencia con operatividad ipso iure: “*sea nulo y jamás obedecido cuanto hiciere en contrario*”. El carácter drástico y categórico de la fórmula no permite sino desprender dicha consecuencia; el acto no podrá ser obedecido jamás, sencillamente porque jamás existió<sup>52</sup>.
- v. *Constitución de 1818*: se trata de la Carta Fundamental más antigua en que se hallan menciones a la nulidad. Ningún artículo se refiere a ella, pero sí el mensaje introductorio de O’Higgins, explicando por qué fue una comisión la encargada de la elaboración del proyecto

---

<sup>49</sup>Esto está bien claro, tanto en derecho público como en derecho privado. Vid. V. Vial del Río, *Teoría General del Acto Jurídico*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. Tercera edición. 1998, 169: “Para que un acto sea inexistente no se requiere una sentencia judicial que así lo declare. La inexistencia se produce de pleno derecho: opera ipso-jure. Lo anterior no obsta a que el juez reconozca o constate la inexistencia de un acto o contrato sobre el cual se ha planteado una controversia. Pero, es obvio que el acto es inexistente antes de la constatación judicial. En cambio, la anulación de un acto jurídico no puede hacerse sino en virtud de una sentencia judicial”. En el mismo sentido, pero en el ámbito de la propia nulidad de derecho público, E. Soto Kloss, *ibid.*, 351: “Hay una falacia en esa pretendida afirmación cual es afirmar una antinomia, porque el que sea de pleno derecho no excluye per se tal declaración judicial; se olvida que no cabe la autotutela en nuestro Derecho (salvo expresa excepción) y, por ende, ni la autoridad ni el particular pueden declarar por sí o ante sí nulo un determinado acto si ello significa una controversia de Derecho, pues ello corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia (art. 73 [actual artículo 76, tras la reforma de 2005] de la Constitución Política). Y se requiere acudir al juez para que éste declare con la fuerza de cosa juzgada si es nulo o no tal acto cuya validez se controvierte, pero si se acoge la pretensión anulatoria, el juez sólo *reconoce* un hecho anterior...”

<sup>50</sup>“Antes de tomar posesión de su destino, jurará en la Sala del Senado ante el Congreso, en la forma siguiente: Yo N., nombrado para Director Supremo del Estado de Chile, juro por Dios, por los Santos Evangelios y por mi honor, que guardaré y haré guardar la Constitución y leyes del Estado: que procuraré la mayor felicidad de la Nación: que defenderé su libertad política, y la igualdad, la libertad, seguridad y propiedad de sus individuos: y que quiero desde ahora sea nulo y jamás obedecido cuanto hiciere en contrario. Dios me ayude si lo cumplo, y si no me lo demande”.

<sup>51</sup>“Sus atribuciones [del Tribunal Supremo de Justicia] son:

(...)

2.a [Conocer] De las [causas] de nulidad de las sentencias dadas en última instancia, al solo efecto de reponer y devolver”.

<sup>52</sup>Además de ser un formidable capitel para la columna de la imprescriptibilidad: *jamás* excluye las posibilidades de convalidación, ratificación o saneamiento.

constitucional, en lugar de un Congreso Nacional, en los siguientes términos: “*Un Congreso Nacional no puede componerse sino de los diputados de todos los pueblos, y por ahora sería un delirio mandar a aquellos pueblos que eligiesen sus diputados, cuando aún se halla la provincia de Penco, que tiene la mitad de la población de Chile, bajo el influjo de los enemigos. La nulidad sería el carácter más notable de aquel cuerpo constituyente, que se formase sobre un cimiento de agravios inferidos a la mitad de la Nación*”. ¿Qué sentido adquiere, en este caso, la nulidad? Ciertamente sugiere una situación irrevocable, *ab initio*, pero faltaría una expresión algo más firme para obrar con certeza en el marco de una inexistencia. Pues bien, algo más adelante, el mensaje señala: “*Si la pluralidad de los votos de los chilenos libres lo quisiese, este proyecto se guardará como una Constitución provisoria; y si aquella pluralidad fuera contraria, no tendrá la Constitución valor alguno. Jamás se dirá de Chile, que al formar las bases de su Gobierno, rompió los justos límites de la equidad; que puso sus cimientos sobre la injusticia; ni que se procuró constituir sobre los agravios de una mitad de sus habitantes*”.

Y allí, en la armonía entre el vocablo *nulidad*, la expresión *jamás obedecido*, y la fórmula *no tendrá valor alguno*, florece la dimensión del término en toda su magnitud, prefigurada por las disposiciones de las Constituciones anteriormente escritas: lo que es nulo, no existe; si no existe, no puede ser jamás obedecido, porque lo que no existe no impera jamás, y jamás puede llegar a vincular a sujetos de derecho; y si no existe, y no puede ser jamás obedecido, y no impera, y no vincula, no puede sino carecer de todo valor<sup>53</sup>. La nulidad, en consecuencia, equivale a la inexistencia en los términos que antecedieron a la formulación del *Voto particular* de Egaña y la aprobación de la Carta Fundamental de 1833, y que, mediando aquella de 1925, transfunde conjuntamente con la mimesis del citado artículo 160 la noción de la nulidad-inexistencia hasta la propia Constitución de 1980. Es el brillante recorrido republicano que ha correspondido al concepto de inexistencia desde el año de la Victoria de Maipú hasta nuestros días. En verdad, entonces, en conformidad a su tenor literal, todo acto en contravención a este artículo –nuestro actual artículo séptimo– es *nulo*, y sobre esta última palabra es que bascula la teoría de la nulidad de derecho público.

---

<sup>53</sup>Incluyendo, por cierto, el valor de ser saneado por la vía de la prescripción, pues un acto existente, por más protervo que fuera, podría enderezar su retorcida entidad. Vid., en particular, G. Bocksang Hola, *De la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público*, en *Ius Publicum* n° 14 (2005), 87, y en particular, 91.

Y, tratándose de *nulidad*, ¿de qué otra forma podría ser? Ya que, efectivamente, hemos conseguido la concordancia entre su sentido originario y la visión que sobre ella tuvieron los primeros constituyentes. Así, el reconocimiento de la nulidad de derecho público como inexistencia no es para nada una creación *ex nihilo*, proveniente de la imaginación delirante de un grupo de catedráticos, sino que, por el contrario, con el derecho romano como origen remoto, fue recogida y enarbolada entre los estandartes de la Independencia, hasta consolidarse, conjuntamente con el orden institucional de la República, en la Constitución de 1833<sup>54</sup>.

#### IV. LA TERCERA CUESTIÓN PRÓXIMA: ¿ES QUE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO COMO INEXISTENCIA ES CONTRADICTORIA CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO?

A pesar de su evidencia, desarrollada en los párrafos anteriores, podría bien sostenerse que resulta un injerto incómodo que se pretende imponer por la fuerza más de ciento setenta años después de su formulación original. ¿No es que la regla basal en materia de nulidades está dada por el artículo 1681 del Código Civil? ¿Es, en consecuencia, la regla del artículo séptimo de la Constitución una incrustación artificiosa dentro de un marco absolutamente disímil, un tejido propenso a ser rechazado por el ordenamiento jurídico? Será menester, entonces, sondear su congruencia tanto respecto del derecho público como del derecho privado. Vamos a ello.

1. *En el marco del derecho público: la vinculación directa de la Constitución.* Desde un punto de vista jerárquico, el precepto referente a la nulidad de derecho público no puede ser excepcional, pues no existen normas superiores a él, ni en cuanto a una norma que prevalezca sobre la Constitución, ni en cuanto a una que prevalezca, dentro de ella misma, sobre una base de la institucionalidad; no cabe desprender en este aspecto, por lo tanto, contradicción alguna.

2. *En el marco del derecho privado: el pretendido antagonismo con el Código Civil.* No obstante que, aun en caso de irrumpir dicho antagonismo, ambas esferas puedan operar sin interferencias, resulta interesante revisar la armonía que entre ellas pueda existir a fin de verificar, sencillamente, su coherencia. Para ello es indispensable, en primer lugar, identificar la disposición genérica acerca de la nulidad, y, seguidamente, culminar con una

---

<sup>54</sup>Tal como fue reconocido durante la vigencia misma de dicha Constitución; vid., v. gr., J. Huneus Zegers, *Constitución ante el Congreso*, en *Obras de don Jorge Huneus*, tomo II. Imprenta Cervantes. Santiago de Chile. Segunda edición. 1891, 381-384.

inspección sobre cualquier norma específica que pudiera originar alguna fricción.

- a) *¿Cuál es la disposición genérica sobre la nulidad?* Señala el archisabido artículo 1681 del Código Civil: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”. De conocimiento elemental es que esta nulidad opera previa declaración, esto es, no se produce de pleno derecho<sup>55</sup>, y representa el caso más ínculto de *anulabilidad* en nuestro sistema; tratándose de una disposición de amplios alcances, bien puede sostenerse que, si bien su localización en el Código Civil no está en las normas comunísimas<sup>56</sup>, ella sí rige al espectro completo del derecho privado.

El Código Civil chileno, sin embargo, contiene una norma que, a nuestro juicio, fue concebida como la matriz de las nulidades, e inclusive –con un singular matiz– de la *anulabilidad* del Título XX del Libro Cuarto. A fin de iniciar correctamente el análisis, es preciso recordar que la redacción del Código incorpora materias generales concernientes a la ley; ellas, no obstante su ubicación, rigen elementos de derecho público, siguiendo un uso común en la codificación civil decimonónica. Mas no por ello los aspectos fundamentales de los actos legislativos pertenecen al derecho privado: sin más ni más, son preceptos esenciales de funciones públicas, sometidos, por razones históricas, a un impropio ostracismo.

Pues bien, entre los efectos de la ley se halla erguido el artículo 10, que señala que “los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”. *¿Cuál es, entonces, el efecto de los actos prohibidos por la ley y que, sin embargo, son ejecutados? Ellos son nulos y de ningún valor; no es que tengan una presunción de valor, un valor imperfecto, sino que derechamente no tienen valor alguno, esto es, son inexistentes, pues sólo lo inexistente puede carecer completamente de valor: lo existente al menos tiene el valor de existir, por más defectuoso, avieso o deforme que sea. Ello concuerda plenamente con la noción originaria de nulidad, anteriormente pormenorizada*<sup>57</sup>.

El desocupado lector estará en estos momentos reflexionando, posiblemente, acerca de una pretendida contradicción entre el artículo 10 y el 1681, puesto que una inexistencia, *ipso iure* e imprescriptible, es inconciliable con una anulabilidad, que requiere declaración judicial

---

<sup>55</sup>Salvo el caso de la nulidad absoluta, de acuerdo a ciertas opiniones, algunas de ellas aludidas en la nota 30.

<sup>56</sup>Entiéndase por tales aquéllas del Título Preliminar.

<sup>57</sup>Vid. supra III. 2. a).

para constituirse y puede sanearse cumpliéndose ciertas condiciones. No existe contradicción alguna. Esta disposición fue concebida<sup>58</sup> para imponerse sobre la ley en general: tanto las leyes correspondientes al derecho público como aquellas que rigen al derecho privado. Que *los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor* no representaba ninguna sorpresa para la visión del Código Civil: hacía más de dos décadas que estaba vigente la Constitución de 1833, la que, tal como hemos visto extensamente, adoptó igual posición frente a una disposición de igual naturaleza prohibitiva: *todo acto en contravención a este artículo es nulo*.

Sin embargo, extrapolar al derecho privado y sus aspectos patrimoniales la inexistencia establecida por el Código Civil en la expresión *son nulos y de ningún valor* sería un error de dimensiones colosales: el alcance de los artículos 1681 y siguientes es claro y una antítesis sería probablemente inapropiada<sup>59</sup>. Pero ellos sí se coordinan con el mismo artículo décimo, pues éste, al imponer una norma general correspondiente a la ley<sup>60</sup>, debe regir no solamente a las demás leyes referidas al derecho público, como ya se ha visto, *sino también a las leyes que reglan las relaciones del orden privado*, y en particular, al mismo Código Civil: así, la segunda parte del artículo 10 señala *salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención*. Y, en efecto, primero, *se designa expresamente*, con un título completo para ello, el vigésimo del Libro Cuarto; segundo, hay *otro efecto que el de nulidad*, esto es, *otro efecto que el de inexistencia*, tal como se ha explicado –a pesar de la equívocidad que el término presentó, particularmente en la codificación francesa<sup>61</sup>–, y es el de poder reclamar la extinción del acto con posterioridad a su nacimiento, esto es, la *anulabilidad*; y, tercero, *para el caso de contravención*, pues evidentemente debe existir una vulneración al ordenamiento para que se produzcan los efectos correspondientes<sup>62</sup>. En síntesis, al derecho público, la inexistencia; al derecho

---

<sup>58</sup>Entre las demás restantes acerca de la ley contenidas en el Título Preliminar. Adviértase la manifiesta impropiedad de que el Código Civil, una ley simple y cuyo objeto debieran ser las relaciones entre particulares, regule estas materias, más propias del ámbito constitucional que otra cosa; pero es menester, mientras no se efectúe una modificación que remedie esta situación, atender a sus raíces históricas y comprender que es en razón de ellas que las disposiciones se hallan incluidas allí.

<sup>59</sup>Exceptuando los casos de inexistencia jurídica, fundados en disposiciones específicas del Código Civil que a ella aluden a través de variadas expresiones.

<sup>60</sup>Vid. nota 58.

<sup>61</sup>Vid. nota 43.

<sup>62</sup>Inquisitivos lectores se sorprenderán al verificar una posible oposición de lo señalado respecto al artículo 10 y el último inciso del artículo 1682, que preceptúa que “cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa*, y da derecho a la rescisión del contrato”, con lo que se estaría consolidando una nueva regla general, opuesta a la supuesta regla general del artículo 10. Sin embargo, no hay contraposición; el artículo 1682 señala que cualquiera otra especie de *vicio* produce la nulidad relativa, y para que exista un *vicio*, es necesario que

privado, la anulabilidad, que es otro efecto, expresamente designado, para el caso de contravención. Y así el ordenamiento encuentra, en la coordinación de los artículos décimo del Código Civil y séptimo de la Constitución, la armonía que parecía inexistente<sup>63</sup> entre las instituciones del derecho privado y los fulminantes términos empleados por el constituyente al establecer la nulidad de derecho público en las Bases de la Institucionalidad de la República.

- b) ¿Y es que alguna disposición específica del Código Civil pueda perturbar lo analizado en términos generales? Este precepto remanente es el artículo 1462 del Código Civil. Éste señala: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”. En concordancia con el artículo 1682 del mismo cuerpo<sup>64</sup>, queda bastante claro que el artículo séptimo de la Constitución viene a impactar contra el 1462 del Código de Bello, pues una nulidad de derecho público es el efecto que se origina de una contravención al derecho público chileno; de acuerdo al Código Civil, el acto, adoleciendo de un objeto ilícito, sería sancionado con la nulidad absoluta, y por lo tanto, operaría sólo previa declaración constitutiva de un tribunal. ¿Es posible salvar al artículo de inferior jerarquía, en vista de esta oposición?

La respuesta no puede ser sino negativa. Nada en el ordenamiento permite que una disposición de una ley simple –como es el Código Civil, por más que muchos lo olviden– prevalezca sobre una disposición constitucional; ello por una simplísima conjunción de dos bases de la institucionalidad, la *vinculación directa de la Constitución* y la *supremacía constitucional*<sup>65</sup>. Es cierto que no sólo los órganos estatales pueden contravenir al derecho público chileno –de hecho, el ejemplo propuesto por el Código Civil en el artículo 1462 es el de particulares infringiendo las normas correspondientes–, por lo que podría asumirse que los actos jurídicos privados no se verían afectados por la Carta Fundamental; sin embargo, una interpretación tal permite llegar a resultados manifiestamente contrarios a la razón. Por ejemplo, si dos personas quisieran atribuirse potestad de conocer, juzgar y ejecutar lo

---

exista una *substancia* en que éste opere o se constituya, de manera que el inciso referido no se aplica a actos *inexistentes* – una substancia que no existe, no puede tener accidentes, y como el vicio es un accidente, no puede atribuirse a algo que no existe.

<sup>63</sup>¡Vaya paradoja!

<sup>64</sup>“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son *nulidades absolutas*”.

<sup>65</sup>Artículos sexto y séptimo de la Carta Fundamental.

juzgado respecto de cierto tipo de juicios –de alimentos, por ejemplo–, podrían celebrar un contrato en que se la confirieran, y en diez años éste se encontraría totalmente saneado. Igual situación se produciría si dos personas celebrasen un contrato, decidiendo someterlo, en caso de incumplimiento, al conocimiento del Tribunal Constitucional. ¿Sería este caso uno de objeto ilícito según el artículo 1462, y, en consecuencia, viciado de nulidad absoluta? Siguiendo al Código Civil, y a quienes pretenden aplicarlo en estas materias, se sanearía en diez años. Grotesca perversión.

Entonces, ¿es que puede subsumirse este tipo de vulneraciones, obra de particulares, en el ámbito del artículo séptimo de la Constitución? Resulta gratamente sorprendente que sí es posible, mas es necesaria una explicación algo más elaborada. Durante su vigencia, el artículo séptimo de la Carta Fundamental ha gozado de interesantísimos análisis acerca de sus incisos primero y tercero, y el famoso inciso segundo, de concepción tan inveterada como aquél referido a la nulidad, ha pasado a un tristísimo segundo plano<sup>66</sup>. Generalmente se le abrevia con máximas tales como “los órganos del Estado sólo pueden hacer lo que expresamente se les autoriza por ley”. ¿Resulta correcto? Sí, evidentemente, y también didáctico; pero, a nuestro juicio, bastante incompleto.

A formularse, entonces, la siguiente pregunta: ¿por qué es que el Constituyente habría osado despilfarrar tinta al enumerar *ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas*, en lugar de señalar escuetamente *ninguna magistratura*, pues tal vocablo incorpora a todo órgano del Estado, sea unipersonal o colegiado? Pues bien, su continuación, es decir, *ninguna persona ni grupo de personas*, se refiere precisamente al caso en que sean los particulares quienes se atribuyan potestades públicas –o autoridades *de facto*– sin que éstas encuentren sustrato expreso en la Constitución o las leyes; verificándose dicha atribución ilícita –incluyendo todo caso que pudiera recaer en la redacción del mentado artículo 1462 del Código Civil–, ella recibiría el mismo efecto que si un órgano estatal hubiera perpetrado la infracción, pues el inciso tercero del artículo séptimo establece la nulidad de derecho público para todos los casos previstos en sus incisos precedentes, *incluyendo el caso en que particulares se atribuyan potestades públicas*<sup>67</sup>. A partir de esto debe inferirse que el artículo 1462 del Código de Bello ya no

---

<sup>66</sup>Salvo el caso de E. Soto Kloss, *ibid*, 114-145, pero que no se empeña específicamente sobre la apreciación que haremos presente.

<sup>67</sup>Y, de hecho, dadas las condiciones políticas de la América meridional de la primera mitad del siglo XIX, resulta casi insulso cuestionar que este fin también era perseguido por el constituyente de 1833. De hecho, el peligro a la institucionalidad, más que proceder desde dentro de la organización estatal, acechaba con vigor desde fuera de ella, llámese asonada, golpe de estado, restauración, revolución, o como se quiera.

existe, bien por vía de nulidad, bien por vía de derogación<sup>68</sup>. Y por ello es impensable sugerir siquiera una oposición entre ambas disposiciones.

---

<sup>68</sup>Salvo que se interpretara al artículo 1462 de una diversa manera. Si se aspirare a mantener la aplicación del 1462 para “interpretar” (téngase muy en cuenta las comillas) el artículo 7° de nuestra actual Constitución, no puede sino arribarse a sostener la inexistencia del precepto; considerando que el artículo 160 de la Constitución de 1833 era anterior al Código Civil, podría entenderse que el artículo 1462 jamás nació. ¿Y cómo es posible que Andrés Bello haya podido ignorar una mácula de tal calibre? Una penetración en la historia de la génesis del Código Civil permite advertir claramente la razón de la desarticulación, que, tal como se ha señalado en el texto principal, puede llevar a los absurdos más espantosos.

En el proyecto de 1841-1845 –artículo 3°, Título XIX, Libro IV– la solución era clarísima: “...i no puede sanearse ni por el lapso del tiempo ni por la ratificación de las partes”; luego, en el proyecto de 1853, la situación se modificó, pues el artículo 1866 preceptuaba “...i no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por el lapso de tiempo. No podrá, sin embargo, alegarse contra una posesion pacífica que haya durado treinta años”, mientras, por su parte, el artículo 15 establecía que “los individuos *no pueden* estipular cosas contrarias a las buenas costumbres, ni a las leyes que reglan la organización política i judicial de Chile, ni a las prohibiciones de las leyes”. (Las cursivas son nuestras). ¿Qué se desprende en cuanto a la posición de Andrés Bello en torno a la nulidad? Que demarca una clara diferencia entre las nulidades de derecho privado y aquéllas correspondientes al derecho público: las primeras, imprecidentes tras un lapso de treinta años; las segundas, jamás imprecidentes, pues *no se puede estipular* algo en contrario.

El proyecto inédito, previo a la redacción definitiva, vino a anticipar la solución que ésta daría, siguiendo con otras palabras la división establecida en el proyecto de 1853. El mentado artículo 15 de aquel proyecto fue substituido por el 10 del proyecto inédito, que impera que “los actos que prohíbe la lei, son nulos i de ningun valor para producir efectos civiles, a menos que en ella misma se exprese lo contrario”; y, como contrapartida, se presenta el nuevo artículo 1866 en lugar de su antecesor del año 1853, estableciendo que “...no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años”, dando, en consecuencia, idéntica solución ante diversa redacción. La nulidad de derecho público quedó, por ello, igualmente protegida. Curiosamente, es en este mismo proyecto en donde emerge el precepto del que ha derivado todo este comentario; su artículo 1642 señala que “hai un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”. Se sabe que al texto definitivo pasó con el número 1462 en el articulado.

Preservándose los antedichos espectros de ambas nulidades –de derecho público y de derecho privado–, bien cabe preguntarse cuál es la razón de ser del 1462. Hay dos alternativas:

a) Sostener que el “objeto ilícito” del artículo 1462 remite a aquél del 1682. Confrontado con el artículo 7° de la Constitución, el artículo 1462 sencillamente no existe.

b) Sostener que el “objeto ilícito” del artículo 1462 remite a las instituciones de derecho público, y no a la nulidad patrimonial del artículo 1681, y entendiéndose, por lo tanto, que remite dentro del Código Civil al artículo 10, tal como se ha explicado en este trabajo; y amparado el artículo décimo por su predecesor, el artículo 15 del proyecto de 1853; el “objeto ilícito” sería, por lo tanto, equivalente a “los actos que prohíbe la ley”, del artículo 10 del Código Civil, el que, como hemos señalado, se liga férreamente al artículo 7° de la Constitución Política de la República. Bajo esta perspectiva, el artículo comentado sí tendría sentido y existencia, sirviendo de enlace entre el Código Civil y la Constitución en materia de actividad de los sujetos correspondientes. Así, una misma situación –la inexistencia– sería abordada desde dos puntos de vista: el general del artículo 10, en los *efectos de la ley*, es decir, desde la atalaya del ordenamiento jurídico; y el particular del artículo 1462, en los *actos y declaraciones de voluntad*, es decir, desde la precariedad del acto –o pretendido acto– de que se trate. Si se pretende salvar a este artículo, esta es la posición que cabría adoptar.

V. COROLARIO:  
¿ES QUE A PARTIR DE LA NATURALEZA PUEDE  
DETERMINARSE LA OPERATIVIDAD?

1. Un Estado que reconoce la primacía de la persona humana<sup>69</sup> no puede sino establecer la inexistencia como consecuencia a la vulneración del ordenamiento en el derecho público –cuestión remota–.
2. El sistema jurídico de Chile reconoce explícitamente esta situación, no por las circunstancias históricas de la disposición –primera cuestión próxima–, sino que por el mismísimo tenor literal del artículo séptimo, comprendido adecuadamente su significado –segunda cuestión próxima–.
3. La presencia de la anulabilidad en el marco del derecho privado no interfiere con la institución de la nulidad en el ámbito del derecho público; a cada una su fundamento, su finalidad y su operación, dentro de las esferas que les son propias –tercera cuestión próxima–.
4. Como consecuencia de los tres puntos anteriores se colige que la naturaleza ínsita de la nulidad de derecho público es la inexistencia.
5. Y si la nulidad del acto significa que éste jamás es, también significa que jamás produce efecto alguno<sup>70</sup>, porque un efecto siempre proviene de un ser que lo ha originado, y si la causa –el acto– no existe, tampoco existe la consecuencia –el efecto–.
6. Y si el acto no existe desde el mismísimo momento de su pretendida constitución, y desde idéntico instante no hay ningún efecto que emerja a partir de él<sup>71</sup>, la nulidad opera desde el inicio, es decir, *ab initio*.
7. Y si la nulidad opera desde el inicio, es imposible que se constituya previa resolución judicial; ésta –la resolución– será siempre posterior a la vulneración del ordenamiento jurídico y operará después del inicio, esto es, *post initium*. Y dicha operatividad, como es evidente, es incompatible con la operatividad *ab initio*.
8. Por lo tanto, si el derecho reacciona independientemente a toda declaración ulterior, es menester que la nulidad sea simultánea a la sola contravención al derecho, es decir, la nulidad de derecho público opera *ipso iure*.

---

<sup>69</sup>Constitución Política de la República, principalmente artículo 1° incisos 1°, 4° y 5°, y artículo 5° inciso 2°.

<sup>70</sup>Como acto; si bien desprovisto de existencia jurídica, tendrá existencia fáctica, y como tal, podrá producir efectos.

<sup>71</sup>Como acto jurídico público; vid. nota anterior.

9. Como consecuencia de todo lo anterior, de la naturaleza de la nulidad de derecho público como inexistencia jurídica se determina ineludiblemente su operatividad *ab initio e ipso iure*; y si una resolución judicial llega a pronunciarse sobre ella, sólo lo hará en cuanto *declarativamente* reconozca una situación *preexistente*, y jamás en forma constitutiva.

## LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO: EL ART. 3º DE LA LEY N° 19.880 DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

*Beatriz Riveros de Gatica\**

SUMARIO: Introducción. I. Noción de presunción de legalidad. II. La presunción de legalidad en la Constitución de 1980. III. Consecuencias de la aplicación de la pretendida presunción de legalidad.

Bien sabemos que la Administración Pública, para cumplir su finalidad de procurar el bien común (art. 1º inc. 4º), tiene a su haber una vía jurídica unilateral y otra bilateral (contratación administrativa). La primera, que es la que aquí nos importa, está constituida por la potestad expresamente atribuida de dictar actos administrativos, los cuales son producto de un procedimiento que, por disposición explícita de la Constitución, debe ser *justo y racional*.

En materia administrativa hasta hace aproximadamente tres años no se contaba con una ley general de bases<sup>1</sup> que regulara los procedimientos administrativos dando cumplimiento a lo prescrito por el antiguo art. 60 N° 18 de la Constitución (actual 63 N° 18<sup>2</sup>), no obstante existían numerosos de ellos contenidos en diversas leyes y decretos<sup>3</sup>.

---

\*Ayudante de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup>Aun cuando la ley en comento no cumple con las características propias de lo que en Derecho se conoce como una "ley de bases", tanto más si consideramos que el propio artículo 1º consagra su carácter de *supletoria*, algo claramente impropio de una ley de bases. Vid. para mayor profundidad E. Soto Kloss, *La Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, ¿"aleluya" o "miserere"?*, en Ley N° 19.880, Sobre Procedimientos Administrativos. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Santiago de Chile. 2003, 75-106; J.L. Lara Arroyo, *Procedimientos administrativos sancionadores y supletoriedad de la Ley N° 19.880*, idem., 51-62.

<sup>2</sup>Ley N° 20.050 (26.8.2005) que reformó la Constitución, entre otros puntos, cambiando su numeración.

<sup>3</sup>Como prueba de ello, vid. el *Índice onomástico de Procedimientos Administrativos*, elaborado por José Luis Lara A. en *Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos* (Conferencias Santo Tomás de Aquino 2003), Santiago. 2004, 147-221, donde se enumeran más de 1.500. Cabe señalar que no es nuestro tema aquí el estudio de la constitucionalidad o no de los procedimientos administrativos establecidos por cuerpos jurídicos distintos de ley, como son los decretos supremos.

La publicación de la Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos (29.5.2003), que originalmente tenía por objeto agilizar la actuación de la Administración Pública, proponiendo la regulación de los plazos y del silencio administrativo<sup>4</sup>, vino, en cierto modo, a cubrir esta carencia de la que adolecía nuestro Derecho Administrativo; sin embargo, antes de alegrarnos o enorgullecernos de este avance debemos hurgar un poco en su articulado teniendo enfrente nuestra Carta Fundamental.

Si así lo hacemos, inevitable es detenerse en el artículo 3° titulado *Concepto de acto administrativo*, el cual, tras dar una noción formal de éste<sup>5</sup>, en su inciso final lo dota de una serie de efectos de los que gozaría: presunción de legalidad, imperio, exigibilidad, ejecutoriedad de oficio, insuspenibilidad e impugnación. Todos y cada uno de ellos merece un comentario y análisis particular; nosotros lo haremos aquí respecto del primer atributo, esto es, *la presunción de legalidad*.

¿Se ajusta ella a nuestra Constitución? ¿Es verdaderamente justo presumir legales los actos de la Administración? ¿O, más bien, atenta contra principios y derechos elementales que informan los fines del Estado y protegen a las personas?

## I. NOCIÓN DE PRESUNCIÓN (DE LEGALIDAD)

Según la Real Academia Española<sup>6</sup> *presunción* es la acción o efecto de *presumir*, es decir, de sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello.

Jurídicamente, 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.

Así es como en nuestra realidad jurídica existen una serie de presunciones, tanto de origen legal como constitucional<sup>7</sup>, sin nombrar la presunción judicial como medio de prueba en materia procesal, todas las

---

<sup>4</sup>Vid. *Mensaje de Su Excelencia el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece plazos para el procedimiento administrativo y regula el silencio administrativo*, en Boletín n° 2594-06, ingresado con fecha 04.10.2000, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl)

<sup>5</sup>Vid. E. Soto Kloss, *La noción de acto administrativo en el derecho chileno, una perspectiva sustancial*, en Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos (Conferencias Santo Tomás de Aquino). cit. 33.

<sup>6</sup>*Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. 22ª edición (Ed. El Mercurio). España. 2001. 1241.

<sup>7</sup> Sin olvidar la clasificación de presunciones que distingue entre aquellas *iuris et de iure* y las *iuris tantum*, de origen legal existe, v.gr., la presunción de derecho en cuanto al período en que se produjo la concepción (art. 76 inc. 2° del Código Civil), la presunción de dominio del art. 700 inc. 2° del mismo cuerpo legal, y la presunción de inocencia señalada en el art. 19 N° 3 de la Constitución.

cuales tienen como finalidad proteger derechos esenciales de la persona humana (inocencia, dominio, etc.).

Pero la presunción de legalidad, como privilegio de que gozarían los actos de la Administración, no tiene su origen precisamente en la protección o salvaguarda de los derechos y garantías de los gobernados, sino en el principio general de la *praesumptio pro se* que afectaba las decisiones del príncipe; en el *quod principi placuit leges habet vigorem*: lo que al príncipe place tiene vigor de ley, propio del absolutismo imperial romano y de las monarquías absolutas (francesas e inglesas), donde imperaba el “le roi ne peut mal faire” o “the king can do no wrong” (el rey no puede hacer el mal o el rey no se equivoca).

En fin, la referida presunción de legalidad se nos aparece históricamente como la concreción de una idea ajena al Derecho, de indiscutible origen político, nacida en un contexto claramente diverso, cronológica y culturalmente ajeno y radicalmente distinto al nuestro.

En el caso chileno, la presunción de legalidad tiene su raigambre en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, para evitar a los funcionarios de la Administración del Estado representar las órdenes que estimaren ilegales cuando esas órdenes derivan de un decreto o resolución tomado de razón por dicho organismo ya que éste se habría pronunciado sobre su conformidad a Derecho<sup>8</sup>.

La presunción de legalidad suele definirse –particularmente en el derecho comparado donde tiene pleno asidero– como aquella en virtud de la cual los actos administrativos se presumen adecuados al ordenamiento jurídico en tanto no se declare su invalidez<sup>9</sup>, noción la cual no tiene ningún sustento en nuestro ordenamiento como tendremos ocasión de demostrar.

En doctrina, usualmente se señalan como elementos sine qua non de la presunción (1) el hecho o circunstancia conocida que constituye la base, indicio o premisa de la presunción; (2) la actividad racional que se realiza a partir de este hecho conocido para unirlo al hecho desconocido, y (3) el hecho que se deduce a través del procedimiento lógico indicado y que viene a ser el hecho presumido.

Si entendemos así, como lo hace el derecho comparado, la presunción de legalidad, tenemos: (1) como hecho conocido que los actos adminis-

---

<sup>8</sup>Para mayor profundidad acerca del origen de esta presunción en Contraloría General de la República vid. Iván Aróstica Maldonado, *¿Qué queda de la presunción de legalidad?*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 88, 1991, Primera Parte, Sección Derecho, 1-7, espec. 3.

<sup>9</sup>Cfr. Eduardo García de Enterría - Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas (12ª ed.). Madrid. 2004, 585. En el derecho español la doctrina en cuanto a la presunción de legalidad es fecunda ya desde 1992 pues la Ley N° 30 relativa al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su art. 57.1 señala: “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”.

trativos emanan de órganos que ejercen función pública y que están –lo que también debiera presumirse– regularmente investidos, expresamente atribuidos de competencias por la ley y que actúan según el procedimiento que ésta les señala; (2) la actividad racional que, en este caso particular, realiza el legislador a partir del hecho conocido, y (3) como hecho presumido, que los actos de la Administración del Estado se presumen conforme al ordenamiento jurídico (la Constitución y las normas dictadas conforme a ella).

Algo hay en el ejercicio que acabamos de hacer que choca y repugna a nuestra inteligencia y a nuestros conocimientos de Derecho Público Chileno. Por eso, hacemos nuestra la interrogante que se plantea el profesor Aróstica Maldonado respecto a que si la aludida presunción se traduce en un evidente privilegio para la Administración del Estado (ente accidental) frente a los gobernados (personas naturales/entes sustanciales): *¿es posible admitirla en el derecho público chileno, que se inspira en el principio pro gobernado*<sup>10</sup> y en donde existen normas constitucionales bastante claras al efecto? Y en especial que la propia Constitución Política reconoce expresamente la primacía de la persona humana y, en consecuencia, la servicialidad del Estado (art. 1º incs. 1º a 3º y 4º).

## II. LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Los principios, valores, derechos y garantías que establece y reconoce nuestra Constitución Política de la República de 1980 a lo largo de su articulado –sobre todo en su *Bases de la Institucionalidad*–, que deben ser conocidos y aprehendidos por todos y más aún por quienes se dedican al área del Derecho Público, son fundamentos suficientes para considerarla el único y exclusivo parámetro al momento de analizar cualquier institución nueva que pretenda incorporarse al ordenamiento jurídico *chileno*.

Sin embargo, parece que esto fue penosamente obviado al momento de legislar sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, y digo penosamente porque las normas constitucionales son claras, pudiendo hacerse así las siguientes precisiones:

1. La Constitución Política, en su artículo 1º no demora en reconocer enfáticamente la dignidad e igualdad de todas las personas (hombres y mujeres) desde el momento de la concepción, para lo cual reconoce la esencialidad de la familia y de la existencia de los llamados cuerpos intermedios o asociaciones. Todo lo anterior enaltecido por el deber que le impone al Estado de configurarse y obrar para el servicio de la persona humana y de promover el bien común (inc. 4º). Persona humana dotada

---

<sup>10</sup>¿Qué queda de la presunción de legalidad? cit., 3.

de derechos que la propia Constitución ha reconocido y protegido, a la vez que le ha encargado al Estado *protegerlos, respetarlos y promover su ejercicio* (art. 5º inc. 2º).

2. Las bases de la legalidad o, más propiamente, juridicidad se encuentran en los arts. 6º y 7º de nuestra Constitución. El primero señala que los órganos del Estado deben *someter su acción* a ésta y a las normas *dictadas en su conformidad*, pues sus preceptos son obligatorios *per se*. El segundo precepto establece la nulidad/inexistencia (*nullus: nada, ninguno*) de los actos que contravengan la forma que establece la ley para dictarlos, o que hayan sido dictados por un órgano no investido regularmente o que haya actuado fuera de su competencia; nulidad que se produce desde el mismo instante en que se incurrió en la contravención y *ab initio*.

3. A lo largo de sus preceptos no existe, en la Constitución, *ninguno* que establezca la presunción de legalidad o juridicidad. Ni siquiera la ley, que goza de suficientes garantías –tégase presente que me refiero a la presunción de conocimiento que señala el art. 8º del Código Civil–, está amparada por ninguna “presunción de constitucionalidad”; más aún, existe el llamado recurso de inaplicabilidad que permite declarar inaplicable una ley a un caso particular cuando ésta no se ajuste a la Constitución y ahora, con la reforma constitucional (Ley 20.050), se viene a reforzar la idea de la inexistencia de presunción de constitucionalidad pues el propio Tribunal Constitucional puede declarar una ley como inconstitucional con efecto derogatorio<sup>11</sup>.

4. La Constitución *no habilita al legislador* para establecer en su acto jurídico público que le es propio, es decir, la ley, una presunción de legalidad, y recordemos que en Derecho Público sólo se puede hacer aquello que está *expresamente* permitido (arts. 6º y 7º).

5. En virtud del art. 7º los actos son válidos (frase redundante en cuanto a que si un acto administrativo existe, por adecuarse a la Constitución, será válido y eficaz<sup>12</sup>), y por tanto, existen como tales, única y exclusiva-

---

<sup>11</sup>Al respecto, el actual art. 93 en su N° 6 consagra como atribución del Tribunal Constitucional el resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución. El N° 7, en tanto, prescribe que por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, puede resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, tras lo cual el art. 94 señala que el precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoga el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

<sup>12</sup>Vid. E. Soto Kloss, *La validez de los actos administrativos en el derecho chileno*, en Apuntes de derecho Administrativo (Acto Administrativo), Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 2005 (texto de 1986) quien en su nota 1 señala: “Para evitar equívocos o malos entendimientos debo dejar constancia que al hablar aquí de *validez*

mente desde el momento que cumplen con los presupuestos que señala en su inc. 1º el citado artículo. Como señala el aforismo latino *bonum ex integra causa, malum a quolibet defecto*, omitiendo el acto cualquiera de estos presupuestos no existirá como tal, sino como “vía de hecho”, porque así lo ha dicho la Constitución, sin necesidad de recurrir a ninguna presunción.

6. Yendo más a fondo, a la luz del art. 7º, la presunción de legalidad (entendida como presunción de adecuarse al ordenamiento jurídico en sentido amplio y no sólo a la ley) de los actos administrativos que establece el art. 3º de la ley Nº 19.880, debiera ser entendida como una presunción de existencia, puesto que la Constitución no distingue entre validez o invalidez sino entre nulidad (inexistencia) y existencia. Pero si un acto contraviene el art. 7º *no existe* como tal y sobre lo que no existe no puede recaer una presunción (como tampoco una convalidación, saneamiento, ratificación o prescripción), pues faltaría el elemento esencial de ésta como es la “circunstancia” presumida, y se transformaría más bien en una ficción jurídica al modo de las personas jurídicas y, de más está decir, que el legislador por medio de una ley –menos una ley simple como es la ley de procedimientos administrativos– no puede atribuir existencia a algo que la Constitución, norma suprema y superior a la ley, ha dicho que no existe. Bastante absurda resulta la idea de la ficción de un acto administrativo, algo así como “hacer como que existe algo que no existe”.

7. Los actos de la Administración, como los del legislador o del Poder Judicial son válidos (existentes) no porque provengan de tales órganos, con lo cual echamos abajo el primer elemento de esta presunción, sino porque se adecuan a la Constitución (arts. 1º inc. 4º, 5º inc. 2º, 6º y 7º) y así ella lo ha explícitamente determinado.

8. El hecho de establecer una presunción de legalidad de los actos administrativos, claramente a favor de la Administración, conlleva a presumir también su indefectibilidad, su infalibilidad, a reconocerle a la usanza de las monarquías absolutas su imposibilidad de errar<sup>13</sup>, lo cual repugna

---

de los actos administrativos no se utiliza aquí el término según lo entienden los civilistas y que lo oponen a *eficacia* (requisitos de validez del acto jurídico y requisitos de eficacia), ya que en nuestro Derecho Público la validez de los actos estatales se da de muy distinto modo y ello en razón del contenido tan típico del art. 7º de la Constitución en que lo inválido es “nulo”, sin posibilidad de ratificarse o convalidarse”.

<sup>13</sup>Tan sólo recuérdense los distintos casos jurisprudenciales donde ha quedado de manifiesto que la Administración no es precisamente un ejemplo de impecabilidad. Vid. v. gr. *Oficina Nacional de Emergencia* (con ocasión del aluvión de Antofagasta), de la *Refinería de Petróleo de Concón* (desmalezamiento de terrenos pagados a precios excesivos y a través de licitaciones de dudosa transparencia), de la *Dirección General de Deportes y Recreación/Digeder*, de la *Central de Abastecimiento de los Servicios de Salud* (caso de las sábanas chinas),

al art. 19 N° 2 pues en Chile no existen personas ni grupos privilegiados, todos son iguales ante la ley y ni ésta ni autoridad alguna puede establecer discriminaciones arbitrarias.

Para aquella parte de la doctrina que sostenía que la inexistencia de una ley de bases de procedimientos administrativos era el mayor impedimento u obstáculo para amparar la presunción de legalidad, pues no existirían en un texto positivo las garantías suficientes para los gobernados, debo señalar que las garantías que puede entregar la existencia de una Ley de Procedimiento Administrativo, v.gr., gratuidad, celeridad, contradictoriedad, imparcialidad, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad del procedimiento no son bastantes para dar lugar a una presunción de esta naturaleza, pues el condicionante no es la existencia o no de una ley sino lo prescrito por la propia Ley Fundamental.

### III. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA PRETENDIDA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD

La presunción de legalidad que contiene la ley N° 19.880 emana de una ley simple que puede ser declarada inaplicable y, posteriormente, inconstitucional si se dan los supuestos que la Constitución requiere. Sin embargo, hay que hacerse cargo ahora de los perversos efectos que puede tener para cada uno de nosotros esta presunción, a fin de que se tome conciencia de la nueva realidad a la cual nos veremos enfrentados:

1. Existe una contradicción dentro de la propia ley: si es efectivo que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad (art. 3°), que sólo puede ser rebatida en un debido, justo y racional proceso, es decir, hasta que no se demuestre lo contrario ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, ¿cómo es posible que la Administración por sí y ante sí pueda invalidarlos, total o parcialmente, por estimarlos “contrarios a Derecho” según lo señala el art. 53 de la misma ley?

2. La presunción de legalidad del acto se une a su ejecutoriedad y obligatoriedad, de lo cual es claramente deducible que por presumirse legal un acto, la exigibilidad correrá tanto a favor respecto de actos lícitos como de actos manifiestamente ilegales o inconstitucionales, y obligará a someterse a los actos irregulares de la Administración. Esto porque se hizo caso

---

de la *Empresa Nacional del Carbón S.A./ENACAR*, de la *Empresa Portuaria de Chile/Valparaíso*, de la *Empresa Marítima del Estado S.A./Empremar*, de la *Corporación del Cobre CODELCO* (caso de las operaciones a futuro), del *Servicio Nacional de Aduanas*, de la *Empresa Sanitaria de Valparaíso S.A.* (caso del colector de Valparaíso/Viña-ESVAL), etc.

omiso del art. 6º de donde se desprende que sólo obligan y vinculan las decisiones estatales ajustadas a la “Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

3. En virtud de esta presunción, pro Administración y contra Persona, necesariamente recaerá el “onus probandi” sobre el afectado –generalmente un particular con pocos recursos con los cuales defenderse– quien deberá probar y demostrar fehacientemente la ilegalidad del acto administrativo con todo el desembolso que ello significa. Y, peor aún, ni siquiera podemos decir que la presunción de legalidad juega también a favor del particular pues el art. 53 de la misma ley derribó tal posibilidad al permitirle a ella misma invalidar un acto porque *ella misma* lo considera “contrario a Derecho”, por sí y ante sí.

4. Afortunadamente, esta presunción no toca ni puede afectar las facultades de los Tribunales de Justicia, quienes en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales de control de la Administración, ahora más que nunca debiendo estar atentos a las acciones que inicien los particulares, pueden declarar la nulidad de derecho público, dar lugar a recursos de protección e, incluso, recurrir al Tribunal Constitucional por inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Felizmente, en materia de Derecho las sentencias ejecutoriadas siguen siendo la última palabra.

## EL ADN EN LA DOCTRINA MÉDICO-LEGAL

*Oswaldo Romo Pizarro\**

SUMARIO: I. La investigación genética. II Derechos en la pericia por ADN. III. Toma de muestras, revisión y análisis. IV. Resultados básicos en este peritaje. V. Obligaciones y derechos en este peritaje. VI. Algunas conclusiones. Anexo.

### I. LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA

Atendida la complejidad del peritaje de ADN en el ser humano, el acceso a lo genético del mismo constituye, a diferencia con otras ciencias y tecnologías, enfrentar superiores márgenes de incertidumbre acerca de las consecuencias en su conocimiento y estudio, que aun en la actualidad algunas de ellas son imprevisibles conforme al nivel de conocimiento de la genética humana.

Todo ello nos hace concluir a este respecto que la norma jurídica no puede aspirar a dar respuestas definitivas o inatacables en su permanencia, como tampoco satisfactorias en la certeza del predicamento que resuelve. Como corolario, observamos la ausencia de certidumbre en estos casos debido a lo manifestado y de la posibilidad cierta de que los resultados que se obtengan trasciendan del objeto preciso en la investigación a un tercero vinculado, por lo que no queda otra posición que la de asumir el riesgo y entender hasta qué punto puede ser éste considerado en la investigación científica de esta naturaleza. Esto queda por lo demás adscrito al denominado “principio de responsabilidad” en este tipo de investigaciones, donde se reclama una norma de actuación a fin de no traspasar ciertos límites, tanto por investigadores como por los aplicadores de los resultados científicos que puedan obtenerse sobre la base de estos análisis y estudios del genoma de un ser humano.

En este caso, resulta evidente que el derecho por sí solo no puede garantizar en forma absoluta el posible daño de bienes jurídicos que atañen por estos motivos no sólo al individuo como persona, sino que también a la familia que éste integra, y ésta como pieza fundamental de

---

\*Profesor de Medicina Legal en las Universidades de Chile. Presidente Asociación Chilena de Derecho Sanitario. Presidente Asociación Iberoamericana de Derecho Sanitario.

la sociedad. De ahí que se señale por los autores que “hemos pasado del paradigma del riesgo aceptable al del riesgo aceptado”. Surge, entonces, la necesidad de apuntar hacia un límite del riesgo, de un riesgo –entonces– conocido que lo hace mensurable y previsible en su adopción; este es el llamado “principio de precaución” que debe regir estas materias en la previsión del riesgo y ante la incertidumbre del mismo en materias que aún el hombre no domina totalmente. Todo ello lleva a los especialistas a determinar medidas y más aún señalar sus características, a fin de que sean proporcionadas, no discriminatorias y especialmente coherentes en relación a los posibles beneficios y costos de la acción que sustentan; todo ello a la luz de los datos científicos que en la actualidad rigen y se aplican a este respecto en estas materias.

En la actualidad, dos son los tipos de pericias más comunes en los laboratorios de biología forense: la investigación biológica de paternidad y la criminalística biológica; es decir, el análisis de vestigios biológicos de interés criminal (manchas de sangre, esperma, saliva, pelos, etc.), existiendo además otras investigaciones como son, por ejemplo: la de restos cadavéricos e identificación de individuos por fragmentos corporales. Sin embargo, este tipo último de pericias encontrará dificultades propias de su gestión en algunos casos por la insuficiencia de muestras o por degradación de las mismas, lo que se observa con frecuencia en el ámbito médico legal, con lo cual se dificulta la obtención de resultados certeros según el método empleado de investigación (SLPS, RSLPS). Un problema no menor es la rigurosidad del método empleado y el tiempo de su análisis, lo que indudablemente presiona al perito para la obtención de los resultados pedidos. De esta manera se crea ante la judicatura y la comunidad la falsa idea de que el polimorfismo del ADN permite con seguridad y en todos los casos identificar a una persona ya sea como sospechosa o con una relación parental (padre o madre) a partir de muestras de sangre, esperma, saliva o pelos. En todos estos casos debe calcularse la probabilidad de coincidencias de las muestras empleadas (marcadores genéticos), valorando este tipo de prueba conjuntamente con otras, ponderándolas justamente antes de tomar una decisión final en base a dos condiciones o requisitos que dan seguridad probabilística en dichos análisis: los controles de calidad del laboratorio que realiza la identificación o gestión de ADN; y, además, la certificación mediante institutos internacionales, que darán prueba de idoneidad de quien realiza la pericia; todo ello, sin considerar la reglamentación pertinente, adecuada y procedente en el control de la cadena de custodia, indispensable en este tipo de peritajes tanto por la complejidad de su ejecución como por el valor que en la actualidad la judicatura entrega a sus resultados.

No existe, por tanto, la *identificación absoluta* tanto en materia de paternidad o bien de investigaciones criminalísticas; ahora bien, debemos preguntarnos entonces: ¿evalúan los tribunales correctamente el valor probabilístico de esta naturaleza?; ¿conocemos lo que debe considerarse

por este valor, sobre todo en relación a la determinación matemática del mismo considerando una población determinada? ¿existen los factores que configuran este verdadero teorema matemático (de Bayes) que conducirá al resultado final para obtener así certeza probabilística en el análisis pericial por ADN? La interpretación correcta de estos valores no es algo intuitivo y sería importante que los intervinientes en el proceso, comenzando por los jueces que intervienen en casos relacionados con este tipo de pericia, “adquiriesen un conocimiento básico de probabilística”, lo que enseñan autores avezados en estos conocimientos y respaldan resultados y determinaciones de la jurisprudencia de tribunales europeos, según hemos observado en el último tiempo.

Para Martínez Carreta, distinguido especialista español, la pericia en genética forense se desarrolla en dos etapas o bases fundamentales que dicen relación, primero, con el análisis efectuado en laboratorio; y segundo, con el análisis matemático estadístico o de valoración bioestadística de los resultados obtenidos en la etapa anterior. Es por tanto indispensable o a lo menos necesario conocer perfectamente los marcadores analizados (especificaciones y bandas) e investigar el estudio de frecuencia en la población general del entorno donde se distribuyen sus distintas formas alélicas; especialmente, en los casos de investigación de paternidad donde sabemos que para este fin en nuestra ley civil existe imprescriptibilidad (art. 195 del Cód. Civil). Esta prueba se basa en la comparación y por tanto probabilidades de los perfiles genéticos entre personas, esto es, considerando el conjunto de características hereditarias o patrón fenotípico para un amplio número de marcadores genéticos de uso forense que posee un individuo, detectable en cualquier muestra biológica que de él mismo proceda en la relación señalada. Debe recordarse a este respecto, en la investigación biológica de paternidad por este medio, la ley de Von Dungern y Hirszfeld, relativa a elementos de transmisión hereditaria como son los grupos sanguíneos, la que afirma: “ningún aglutinógeno debe aparecer en el hijo si no está presente en el padre o en la madre”; y así esta ley aplicada por analogía a la materia analizada se traducirá en que: “todo producto de carácter genético presente en el niño que no aparezca en uno de sus progenitores, deberá proceder forzosamente del otro”. Esto nos lleva en consecuencia a la conclusión lógica de que si el producto (niño) tiene marcadores genéticos iguales procedentes del padre y de la madre, no podrá determinarse en esa especie cuál de ellos originó su procedencia, toda vez que no habrá certeza científica respecto a ellos y cuál lo proporcionó al hijo, debiendo por tanto excluirse dichos marcadores en la investigación por ser marcadores coincidentes. Esto sería lo procedente en un peritaje de esta especie, so pena de no ser idóneo en lo contrario de esta decisión.

La investigación de la paternidad, como sabemos, parte de un supuesto donde todo el ADN o patrimonio genético que una persona posee procede en un cincuenta por ciento de la madre y el otro cincuenta por ciento del padre, por lo que el producto debe tener un alelo del padre y

otro de la madre; si el hijo tiene un alelo que no tiene el padre la paternidad se excluye con seguridad absoluta, mientras que si lo tiene se incluye en una “probabilidad estadística” determinada que será dada por el entorno poblacional de ese individuo (relación población y marcador genético).

Ya no es una novedad recurrir a las pruebas biológicas en los supuestos procesales de investigación mediante el análisis de identificación por ADN. Sabemos que es el polimorfismo del ADN “no codificante” el que ofrece ventajas en ella, dejando lo que se ha denominado en lenguaje común “la huella genética”, o más bien y propiamente “perfil del ADN genético”. Como en Biología, en general y en el estudio del ADN en especial, se generan nuevos descubrimientos y técnicas que van reduciendo los espacios en la determinación de indicios, los que, en definitiva, podrán identificar con gran precisión a un individuo; sin embargo, en la misma proporción de ese avance científico y tecnológico aumenta la complejidad de su estudio y determinación normativa del polimorfismo de ADN “no codificante”. Se afirma entonces que el ADN de cada persona es único, por lo que convenientemente analizado es capaz de diferenciar a un ser humano entre todos los demás, eso sí, que con cierto relativismo probabilístico. Precisamente por ser común a todas las células del cuerpo, estos indicios biológicos se incluyen en la sangre, semen, saliva, pelos, etc., por lo que en la posterior investigación y comparación con el sospechoso posibilitará la identificación parental o criminal que se busca por estos medios dentro del condicionamiento señalado.

## II DERECHOS EN LA PERICIA POR ADN

En leyes incidentes sobre peritajes de ADN se afirma el principio de que cuando una persona otorga su consentimiento para la toma de una muestra con este objetivo identificatorio, esa muestra sólo debe emplearse exclusivamente para los fines que la persona autorizó; en este sentido, se pone especial énfasis en los datos calificados como “sensibles”, como ocurre con los relativos al origen racial, salud o vida sexual del periciado, los que sólo podrán ser recabados y almacenados en algún tipo de soporte por razones de interés general o con autorización expresa del afectado por la pericia. Es conveniente entonces tener presente en estos procedimientos ciertos *derechos fundamentales* de las personas que pudieran verse afectados con la obtención de muestras para el peritaje médico-legal de ADN; esto es, sin perjuicio de las previsiones legales que existan o puedan crearse a este respecto para casos determinados de investigación, con la consiguiente obtención de muestras biológicas, cuando exista inocuidad para su extracción corporal, verbigracia, con el cabello o la saliva. Así observamos que están en juego el derecho a la libertad física y de movimiento; a la integridad física e intimidad; o por último, según la estimación de la doctrina, el derecho

a no declarar contra sí mismo o no confesarse culpable, de acuerdo a la presunción de inocencia existente en todo debido proceso.

El hecho de que algo pueda realizarse científicamente no implica que desde un punto de vista moral e incluso ético deba realizarse; es así que se observa que las iniciativas que dicen relación con la genética humana derivan generalmente en cuestiones de justicia social en la medida de aplicación de nuevas terapias y tecnologías. Deben cuidarse por tanto estos esfuerzos en garantizar estas gestiones en bien de la sociedad toda, para que en esta forma queden sometidos dichos elementos a un constante examen respecto de los fines a que van dirigidas estas iniciativas y sus respectivas aplicaciones; y así también, de los medios y formas que se utilicen para obtenerlas. En consecuencia, deben analizarse los criterios aplicables en estas intervenciones genéticas, los valores implicados en ellas y los métodos procedimentales necesarios que obren en beneficios de dichos objetivos.

Se advierte en todo caso que deben respetarse conductas éticas en la investigación clínica por medio de esta metodología científica, conforme a perspectivas diferentes con respecto al proceso de adquisición del mismo conocimiento y en relación a la utilización moral del ya adquirido. Esta es la opinión generalizada de los especialistas. Se agrega también que la actuación ética del investigador que busca este conocimiento deberá ser consecuente con dichas conductas éticas, considerando lo primordial de su investigación que es el ser humano, el que por naturaleza es cambiante y diferente uno de otro tanto en lo físico como en lo psíquico, como asimismo en su personalidad.

La recogida de indicios contenidos o incluidos en las muestras y su mantención estricta e idónea en la "cadena de custodia", cual es su vigilancia, cuidado y protección desde su obtención hasta la conclusión del análisis genómico, es cuestión fundamental para ejecutar de manera correcta y en condiciones ideales esta identificación; en caso contrario, podría ser suficiente causa de error la manipulación inidónea o poco escrupulosa, lo que puede ocurrir aún con las técnicas más avanzadas de laboratorio aplicadas a dichas muestras. Es por tanto fundamental que conforme a ciencia y técnica se realicen estas gestiones, para que así el "indicio" no pierda su valor probatorio. En ocasiones, a pesar de la potencialidad y capacidad científica y técnica del laboratorio, las muestras mal recogidas, contaminadas con material biológico por defecto en su manipulación o por otras causas, ocurridas en su transporte o refrigeración, no servirán para resolver la duda planteada por el requirente, con el daño consiguiente en el peritaje.

### III TOMA DE MUESTRAS, REVISIÓN Y ANÁLISIS

Se afirma que en la identificación de evidencias en conformidad con las técnicas que en la actualidad se utilizan, los problemas reales que se

presentan no se refieren a la cantidad y calidad de ADN extraído de la muestra, sino más bien a la presencia no controlada de sustancias que intervienen ya sea del propio proceso de extracción de la muestra como también de la reacción de amplificación de la misma, lo que resulta generalmente necesario en muestras mínimas, como pueden ser, verbigracia, las obtenidas en la saliva o esperma de un individuo. Se señalan como inhibidores más comunes que interfieren en el análisis los propios fluidos corporales, los reactivos usuales del laboratorio clínico-forense que actuó en el análisis; asimismo, los compuestos procedentes del medio ambiente, como también otros derivados de los guantes o instrumentos utilizados por los manipuladores de las muestras (generalmente fabricados de componentes plásticos y desechables). De ahí la necesidad de que la “cadena de custodia” de las muestras, desde su obtención hasta el término del peritaje relacionado, se encuentre perfectamente diseñada y seguida metodológicamente en sus etapas mínimas con responsables en cada una de ellas, de tal forma que dicha responsabilidad pueda hacerse efectiva individual y específicamente en cada una de esas etapas. En países donde existe una normativa para la toma de muestras con objeto de análisis por ADN se exigen “controles de calidad” del laboratorio y del sistema empleado de custodia, desechándose para estos efectos el laboratorio no acreditado. Además, se accede a normas internacionales de valoración de prueba por ADN, de tal manera que no exista duda con respecto a los resultados que obtiene el científico en un laboratorio identificado y acreditado. Así debiera procederse siempre para evitar cualquier error o incluso duda que pudiera afectar el sistema, con consecuencias que podrían ser causa de futuros daños y posteriores indemnizaciones planteadas por el perjudicado con ellos.

Abundando en este sentido, es asimismo conveniente que en el campo técnico de la toma de muestras, sin perjuicio de lo señalado para su idoneidad y siguiendo la práctica de laboratorios certificados, debe tenerse presente el cumplimiento estricto de ciertas normas como son: protección de la zona geográfica (orgánica) donde se obtiene la muestra; utilización de material estéril para la recogida de la muestra con utilización de guantes durante dicho proceso y, de ser posible, mascarillas y gorros de quirófano para impedir toda contaminación. En este sentido, primordial resulta su conservación hasta ser enviadas al laboratorio forense, perfectamente identificada y etiquetada cada una de ellas, con fecha de recogida y número de referencia de cada muestra; por último, en lo procedente, con individualización del requirente o, en su caso, del juzgado que lo ordenó. La muestra se mantendrá en refrigeración –si procede– y se utilizará el transporte más rápido posible para llevarla al laboratorio forense si es que allí no hubiera sido obtenida; asimismo, no deberá añadirse ningún tipo de conservatorio que perjudique el proceso de extracción y/o amplificación del material genético. Solamente así tendremos certeza en los resultados

obtenidos mediante ellas, como se ha resuelto en estas materias por la nutrida jurisprudencia de países europeos y en Norteamérica.

Quien tenga la obligación de la toma de muestras debe poner especial atención en su remisión para el análisis de los polimorfismos ADN al laboratorio “acreditado”, garantizando la protección de las muestras, su conservación, refrigeración cuando se requiera, mediante envoltorios o envases individuales y especiales, estériles y sobre todo perfectamente identificadas y etiquetadas, con fecha de recogida y número de referencia de cada una e indicación del lugar de origen o del juzgado requirente en su caso. Así se dará cumplimiento estricto a las normas generales de remisión y transporte, que en algunos casos serán complementadas con otras particulares según la naturaleza de la muestra obtenida (por ejemplo, en hisopado bucal), con lo que se tendrá la certeza sobre idoneidad de la muestra, debiendo ser archivada en definitiva en la base de datos correspondiente. Todo esto debiera ser materia de un reglamento dictado al efecto, conjuntamente con otras materias atinentes; así se dispuso por Resolución Ex. 1.450 del Servicio Médico Legal, donde se establecieron normativas técnicas sobre pruebas biológicas para determinación de paternidad y/o maternidad según allí se indicó. Dicha Resolución, que data del año 1999, en la práctica resulta de difícil aplicación, dados los recursos del Servicio que no cuenta con adelantos técnicos necesarios para poder efectuar este tipo de peritajes en todo el país, con las consecuencias inevitables negativas en la cadena de custodia que, muchas veces, no pueden cumplirse y supervisarse en su totalidad, con el deterioro consecuente en la calidad de este tipo de peritajes tan complejo y de especial precisión y certeza. Es evidente la necesidad de una reglamentación idónea para este tipo de peritación, donde juegan intereses fundamentales en una sociedad organizada, como son los de la familia y autonomía del individuo.

#### IV. RESULTADOS BÁSICOS EN ESTE PERITAJE

Se debe señalar que en estos análisis se pueden obtener dos resultados básicos: de exclusión o de inclusión del afectado con ellos; estos conceptos deben tenerse muy en cuenta, toda vez que en los supuestos de inclusión deberán considerarse las “porcentualidades poblacionales” con que todo laboratorio debe contar previamente en cada país. Por tal motivo, al obtenerse un resultado en ADN, hay que expresarlo necesariamente en probabilidades, “considerando en su caso estadísticamente los porcentajes de probabilidad “a priori” en dicha población, teniendo en cuenta –por ejemplo– que al cargar la fórmula en un 0,5% de posibilidades a priori de que sea padre el periciado en ese caso, se están cargando (agravando) esas posibilidades en un 50% más contra el padre reclamado (Paternidad y Pruebas Biológicas, pág. 37 según Di Tella), añadiéndose que si las

chances en uno u otro caso son iguales, deben simplificarse, esto es, suprimirse, ya que de lo contrario sería una arbitrariedad inaceptable dentro de la estadística". Debo señalar además que el 90% del ADN es idéntico en todos los individuos, lo que dentro de las posibilidades de relación genómica nos lleva necesariamente a las tablas poblacionales; todo ello, en consideración al objetivo que se persigue para determinar la huella genética del periciado de ADN.

Diversas opiniones manifiestan que los estándares técnicos utilizados en los laboratorios deben incluir el tipo de marcadores genéticos que deben ser usados, y así también su nomenclatura y metodología válida para su análisis; deberán incluir además los métodos estadísticos utilizados para la valorización de las pruebas, todo lo que será considerado en la elaboración del informe final y posterior comunicación al requirente; asimismo, todos aquellos elementos necesarios para la acreditación del laboratorio encargado del análisis, con ciertos aspectos propios del mismo que consideren su organización, calidad de personal e incluso documentación y control de pruebas; calibrado y mantenimiento de equipos, y controles externos e internos, auditorías internas, su frecuencia, etc. Es lo que se exige en la reglamentación internacional en la actualidad.

Debo señalar que la mayoría de los laboratorios en Europa y U.S.A. que efectúan estos análisis de ADN cumplen en su organización y gestión las recomendaciones expedidas ya sea por la International Society Forensic of Haemogenetic (ISFH); la Technical Work Group for DNA Analysis and Methods (TWGDAM); o la European DNA Profiling Group (EDNAP), lo que facilita de esta manera la estandarización técnica que implica consecuentemente la utilización de sistemas y nomenclaturas semejantes (o iguales) por los laboratorios dedicados a estas pericias. Todo esto se ve complementado con recopilación de frecuencias a escala nacional e internacional, para así reforzar los cálculos de los parámetros estadísticos forenses de mayor interés aplicados al caso en su estudio.

Por último, se debe agregar que dentro de los estándares generales de procedimiento, en cuanto la necesidad de acreditación de los laboratorios destinados al análisis de ADN, apreciado como un procedimiento científico complejo en la opinión del Consejo Europeo, sólo debe ser realizado en laboratorios que posean los medios y experiencia adecuada; así y de acuerdo a una Recomendación sobre acreditación de estos laboratorios, se determinó que éstos deben satisfacer los siguientes criterios: 1. Un nivel elevado del conocimiento y competencia profesional, asociado a procedimientos apropiados a control de calidad; 2. Integridad científica; 3. Seguridad adecuada de las instalaciones y de los materiales objeto del examen; 4. Medidas pertinentes para garantizar una confidencialidad absoluta respecto de la identificación de la persona de la que se proporcionan los resultados del análisis del ADN; 5. Garantías que las condiciones que se enuncian en la presente Recomendación serán respetadas. Es útil agregar

que esta Recomendación se refiere a todo laboratorio y a la toma de estas muestras con cualquier objetivo legal; no podría por tanto discriminarse en alguna forma la toma de muestras para estos fines.

Entendemos que la única manera de garantizar una calidad adecuada en un campo de tanta trascendencia, en relación directa a la equidad y justicia que debe imperar en toda resolución judicial a través de la transferencia de estos conocimientos mediante el respectivo informe pericial, es contando con esta fiscalización y comprobación acreditatoria del laboratorio respectivo como idóneo y habilitado para efectuar este tipo de pericia médico-legal, cuyo fin será culpar o bien excluir de culpa o paternidad a un individuo, lo que empece necesariamente al grupo social donde éste se ubica y desenvuelve.

## V. OBLIGACIONES Y DERECHOS EN ESTE PERITAJE

Lo expresado, nos lleva a la forzosa pregunta si una persona puede ser sometida contra su voluntad a pruebas genéticas para fines establecidos previamente como los comentados; surgiendo aquí el problema cuando aquella rechace someterse a dichas pruebas sin una justificación razonable y fundada aunque establecida en la ley. En estas materias –no cabe duda– se encuentran en juego la libertad de decisión y otros derechos y garantías fundamentales que están protegidos por la Ley Fundamental en la mayoría de las naciones desarrolladas, como son: la libertad e integridad corporal de las personas; su intimidad personal; el derecho a no declarar contra sí mismo; pudiendo agregarse la presunción de inocencia en su favor que establece la ley penal como derecho fundamental del imputado. Todos estos pueden verse afectados de alguna manera por el análisis del ADN (con toma de muestras) ordenado por ley para determinar la huella genética de un individuo y, en esa consecuencia, verse afectado, toda vez que los resultados obtenidos en el análisis podrían aportar pruebas decisivas para confirmar las sospechas en su contra. La pregunta final que puede formularse, como consecuencia lógica de estas observaciones, es: si es lícito que en el curso de una investigación judicial-pericial se someta a una persona contra su voluntad a peritajes médico-legales –en este caso– de ADN, tal vez recurriendo a la compulsión física –si es preciso–, teniendo como base un interés colectivo de justicia de la sociedad o, en caso contrario, sin violencia y por medios engañosos para obtener las muestras necesarias para dicho peritaje. En todo caso, se ejecutará un acto contra el derecho fundamental a su libertad y dignidad. Se opone aquí el llamado principio “de la indisponibilidad” del ser humano, el que establece los límites lícitos en las intervenciones sobre el hombre con un doble orden de cosas donde se observa, en las palabras de Mantovani: “a) los límites objetivos de la salvaguarda de la dignidad humana con igualdad y dignidad recíproca entre

ellos; y b) los límites subjetivos, marcados en su fundamento por el “consentimiento informado” del sujeto; aseverando a este respecto que el progreso biomédico, aunque sea de la mayor utilidad para la salud de las personas, no puede ser obtenido con el perjuicio actual de los mencionados bienes connaturales a la persona humana, ya que constituyen “bienes” intocables y prevalentes “y siendo el progreso no un destino sino una opción”; en la consecuencia del conocido principio de “no instrumentalización del ser humano” en su beneficio, sostenido por Kant.

En este orden de ideas, la ejecución forzosa de un peritaje con obtención de muestras de sangre u otras a una persona constituye sin lugar a dudas una *privación de su libertad*, aun cuando ésta sea de corta duración; así se ha resuelto por la Comisión Europea de Derechos Humanos. No obstante, la ley podrá prever algunas limitaciones a dicha libertad, siempre y cuando el acto se inserte en un contexto con ciertas garantías para quien es objeto de la peritación y cuya incidencia es directa en su integridad. Esta *integridad física o psíquica* también ha sido considerada derecho fundamental del ser humano y en ciertos casos punto álgido de discusión doctrinaria; así ocurrió anteriormente en relación a las pruebas periciales de sangre para determinar la alcoholemia de un sujeto que se supone ebrio, donde se evita la coacción, asignando una presunción de ebriedad en el caso de negativa del sujeto a la toma de muestras. Igual cosa ocurre en el caso del art. 199 de nuestro Cód. Civil sobre acciones de filiación, aunque aquí con ciertas reservas. Sin embargo, aún aceptando la inexistencia o mínima afectación a este derecho en la extracción de muestras biológicas, de todos modos no podría llegarse a la imposición coactiva de ese tipo, si no existe una disposición expresa en el ordenamiento jurídico correspondiente que así lo autorice; de lo contrario, siempre el sujeto podrá oponerse a dicha imposición. Nuevamente la Comisión Europea sobre Derechos Humanos señaló que la extracción de muestras de sangre no constituye una “injerencia prohibida” en el texto del Convenio Europeo de 1950 sobre Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, claro está, añadió: “siempre y cuando ésta se realice bajo la autoridad de una ley que así lo disponga”. Es el corolario lógico en la defensa de la autonomía del ser humano y de su libertad de decisión en este aspecto.

En cuanto a la salvaguarda de la dignidad humana en relación a este tipo de peritajes con toma de muestras para su ejecución, éstas no debieran aportar –en su análisis– otras informaciones sobre características biológicas de la persona analizada (v.gr., referentes a su salud), con lo que tampoco debiera producir problemas especiales de *protección de su intimidad*, según el estado actual de los conocimientos en estas materias. Sin embargo, esta información respecto a ciertos perfiles o rasgos biológicos del sujeto que a lo mejor son irrelevantes pueden ser en algunos casos significativos si se relacionan con datos o circunstancias a él vinculadas, viéndose así afectada su privacidad e intimidad, considerando que la peritación genética

tiene solamente como objetivo la obtención de datos sobre su “perfil de ADN”. Deberá garantizarse por tanto en los casos de toma de muestras para determinados fines que éstas no podrán ser utilizadas con otros objetivos y aun cuando éstos sean médicos, terapéuticos o de beneficio para la persona periciada, ya que de esta forma se estaría transgrediendo su consentimiento para la toma de muestras y peritaje consentido. En otras palabras, cuando el sujeto es sometido a este tipo de peritaje para obtener su perfil de ADN se está afectando su intimidad corporal, con lo que se requerirá su expreso consentimiento para la toma de muestras señalada con un objetivo específico. Pese a lo expresado, este derecho fundamental para la protección de la intimidad de una persona puede verse restringido cuando entra en colisión con otros intereses igualmente merecedores de protección, como ocurre con el interés público que se traduce aquí en la persecución de delitos o determinación de la identidad parental. En todo caso, la decisión debe ser ajustada por la autoridad judicial, la que acordará la práctica de la pericia que se efectuará dentro del principio de equidad que debe regir en todo proceso, lo que significa la proporcionalidad entre la necesidad social y la intimidad del sujeto, dentro de los límites establecidos y condicionados por la ley.

Por último, se ha discutido también la implicancia de estos derechos en cuanto obligan al inculcado o imputado a manifestar mediante este peritaje, con toma de muestra voluntaria, una declaración de voluntad autoinculpatoria; esto es, a realizar un acto procesal sobre su culpabilidad, toda vez que la fuente de donde proviene dicha prueba pericial es su propio cuerpo, lo que podría afirmarse sería una prueba “a priori” (preconstituída). Estimamos entonces que si bien debe tenerse como punto de partida en esta cuestión la libertad, integridad física, intimidad y dignidad de la persona, la ley podrá establecer su imposición obligatoria para la ejecución de estas pruebas corporales en general, aunque deberá excluir en todo caso los exámenes coactivos para obtenerlas, sin perjuicio de establecer algún efecto jurídico para cuando la decisión sea negativa a su sometimiento. Así lo ha determinado, por lo demás, la ley sobre el Banco Nacional de Datos Genéticos de la República Argentina, donde se expresa “que la negativa injustificada o no razonable a someterse a la prueba por parte del requerido, no debe tomarse como una “ficta confesio”, es decir, reconocimiento implícito aunque falso de culpabilidad, pero sí puede tenerse en cuenta ese comportamiento obstruccionista de la labor de la justicia como un indicio, junto con los demás elementos probatorios aportados al proceso para establecer su responsabilidad”. Diferente resulta parte de la jurisprudencia española en este sentido que ha considerado que esta negativa al peritaje nada demuestra y menos culpabilidad del requerido a peritaje.

Finalmente, en el estudio del principio del consentimiento informado del sujeto, se aprecia que su fundamento se encuentra en el subyacente

derecho de la libertad personal del individuo, con lo que se coloca en lugar fundamental de todo acto lícito de la biomedicina, que si bien constituye una intervención no terapéutica, en todo caso debe incluirse en este derecho fundamental de la disposición del propio cuerpo, que constituye la protección de la vida, integridad física, psíquica, dignidad e intervenciones genéticas en general. A este respecto, se ha determinado que no se puede acordar una prueba que represente una intromisión en la intimidad como prueba única; así tampoco se puede proceder a la práctica de dicha prueba, sino mediante la advertencia expresa de las consecuencias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta pueda hacerse con los indicios ya existentes, así lo señaló por lo demás un fallo del Tribunal Constitucional italiano. En esta dirección se encuadra la legislación de algunos países europeos, donde el juez si bien puede obligar al sospechoso a someterse a la prueba sobre perfiles de ADN, le permite a éste efectuar un contraanálisis, y esto sólo en los casos de delitos con penas corporales que en nuestro medio podrían calificarse como de presidio menor o mayor en cualquiera de sus grados y siempre que ocurran hechos o circunstancias que representen una grave acusación y que esa investigación sea estrictamente necesaria para el esclarecimiento de la verdad. Debemos recordar a este respecto que tanto la declaración de la Unesco de 1997 como la Convención de Oviedo de ese año, más recientemente el Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, asignan un rol eminente en un plano destacadísimo a la noción de dignidad humana, la cual, como allí se indica, debe ser inviolable y por tanto “respetada y protegida”, lo que resulta perfectamente aplicable en la especie.

El principio general en estas materias, según se ha visto, es que sólo se podrán recoger los datos de carácter personal cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan previsto, con la obligación precisa de cumplir con las obligaciones y garantías que la ley y el reglamento señalen al efecto y, en todo caso, con acreditación de los laboratorios que fueren autorizados.

En cuanto a la seguridad de estos datos, su divulgación y/o uso indebido de la información genética, en primer lugar, es necesario establecer que la autoridad encargada de su control y las personas y organismos que trabajen recogiendo y procesando los datos genéticos en referencia deberán quedar sujetos a las normas de confiabilidad y secreto que pesan sobre los profesionales, técnicos y funcionarios encargados de su custodia y conservación. Es por lo demás lo que ordena la Ley Orgánica del nuestro Servicio Médico Legal (D.F.L 196) y respecto de la ejecución de todo peritaje médico-legal. Entendemos que en este caso debe existir una prohibición generalizada para todos aquellos intervinientes que, de alguna manera, han tenido vinculación con la huella genética de una persona, determinada, de un indicio

de esa persona o bien, de algún elemento que sirva para su identificación posterior. Esto deberá entenderse que rige desde la toma de la muestra, de su transporte hasta el lugar de destino, su depósito y final conservación. Así también, en lo que se refiere a la destrucción de estas muestras en su caso, que han servido para identificar el perfil genético del afectado, impidiéndose el uso indebido fuera de lo permitido por la ley. En el caso de penalizar la acción constitutiva de delito de esta naturaleza, sería necesario determinar con mayor precisión el sujeto del mismo y el objeto al cual está destinada la acción; por último, en el caso de autoridades públicas que sean sus autoras, atendida la autoridad con la cual proceden y la dignidad del cargo, debiera agravarse la sanción, toda vez que se procede en estos casos transgrediendo la fe pública que la sociedad entrega, es la situación en que se encuentra dicho Servicio y sus autoridades.

## VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

En conclusión, podríamos afirmar en grandes rasgos y junto a numerosas opiniones en estas materias, que la gestión pericial de esta naturaleza debe considerar a lo menos: 1. La finalidad en los usos previstos del peritaje; 2. Conocimientos precisos para las personas, indicios y objetos, donde se pretende obtener datos de carácter personal identificatorio; 3. El procedimiento por el cual se regirá la recogida y toma de muestras; 4. La estructura, divisiones y descripción de archivos de datos; 5. La transmisión o transferencia de estos datos, sus modalidades y requisitos; 6. La individualización precisa del encargado o administrador del archivo, sus obligaciones y derechos; 7. El acceso a los datos de autoridades y órganos judiciales, personas naturales u otros; 8. Las medidas de seguridad que deberán adoptarse al respecto; 9. Las disposiciones destinadas a la supresión o destrucción de los ficheros de datos; y, finalmente, 10. Las sanciones del orden civil o penal, establecidas por la trasgresión de estas normas. Para el caso de responsabilidad por infracciones deberá indemnizarse el daño patrimonial y moral que se causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los mismos, de acuerdo con el titular o, en su caso, según lo ordenado por el tribunal.

Es entonces obligación ineludible del perito en concordancia con la fe pública que detenta en su labor la de señalar con absoluta claridad si sus conclusiones tienen rango de “certeza pericial”, o si, por el contrario, representan sólo su convicción no probada. Aquí debemos llamar la atención sobre la fraseología o predicados verbales de Hummel, en esta peritación sobre reclamación parental, que no siempre indican lo demostrado científicamente; es el caso, por ejemplo, “de la paternidad confirmada”, empleada por el Servicio Médico-Legal en los peritajes de ADN, en circunstancias que

no existe una certeza científica sino sólo “científica probabilística” según lo comentado. En el cumplimiento de los principios y postulados periciales, obtendremos la justicia que en todo proceso debe entregar la certeza legal obtenida por quien ha confiado en este perito que sin tener carácter de testigo aparece en la expedición de su informe como tal o como testigo abonado de hechos al aplicar sus conocimientos, señalando las consecuencias de lo investigado. De alguna manera entonces se abandona la dirección de estos hechos a las palabras e idoneidad del perito, que luego formarán la convicción del requirente, juez en su caso.

Por otra parte, en lo normativo, la necesaria intervención del legislador ha de partir de varias premisas insoslayables al regular materias relacionadas con la ciencia de la vida y, por consiguiente, con la genética humana. Deberá por lo menos necesariamente considerar en su análisis el consenso de los implicados, la gradualidad y provisionalidad de los elementos investigados, tomando como base de consulta la legislación comparada pertinente y la extensa literatura existente a este respecto. El consenso no es evidentemente un principio nuevo; sin embargo, se quiere llamar la atención sobre la irrenunciable necesidad de intervenir en aquellas materias que han encontrado un generalizado punto de acuerdo en el ámbito nacional e internacional. En cuanto a la gradualidad, ésta indica cómo conocer en forma muy precisa los logros y resultados científicos que por un lado y la demanda social real por otro generan en relación a su contraposición con la “conflictividad” que produce en ciertos casos su decisión. Sobre la provisionalidad, el legislador debe estar consciente que en estas materias tan cambiantes en la actualidad no puede aspirar a una constante valoración con validez indefinida; por lo que deberá considerar los cambios sociales que impongan su revisión e incluso estableciendo plazos de revisión de la norma. Todo ello, con el objeto de evitar perjuicios graves e irreparables en relación con el desarrollo no bien conocido de determinadas actividades científicas, pero equilibrando al mismo tiempo sus elementos para que no se interpongan frenos u obstáculos desproporcionados en la aplicación de acciones que son beneficiosas para la sociedad.

Resulta, por tanto, una obligación, si no una necesidad, la creación de una entidad científica multidisciplinaria que colabore en la redacción de estos proyectos de ley que afectan a los individuos tanto en su dignidad e intimidad como en su autonomía, seguridad individual y vida de relación; así también, respecto de otras leyes con un trasfondo sanitario y social, que deberán normar estos derechos de las personas, la protección de los datos médico sanitarios y lo relativo en general a la bioética y biotecnología; en fin, todo proyecto legislativo que de acuerdo a los nuevos descubrimientos médicos y biotecnológicos advierten al Derecho los riesgos existentes para normar su regulación por medio de una legislación adecuada y pertinente, para así poder aplicarlos posteriormente al grupo social al que va destinado.

## ANEXO

### LEY NÚMERO 19.970 (Diario Oficial de 6-10-2004)

#### CREA EL SISTEMA NACIONAL DE REGISTROS DE ADN

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente.

Proyecto de ley: Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

#### CAPÍTULO I

##### *DISPOSICIONES GENERALES*

Artículo 1°. *Sistema Nacional de Registros de ADN.* La presente ley regula un Sistema Nacional de Registros de ADN, constituido sobre la base de huellas genéticas determinadas con ocasión de una investigación criminal.

Por huella genética se entenderá, para estos efectos, el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria.

La obtención de la huella genética se realizará por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho servicio.

La administración y custodia del sistema estará a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiendo en general al Servicio Médico Legal el ingreso de la información, así como, previa acreditación especial al efecto y sólo respecto de las huellas que hubieren determinado, a las instituciones públicas o privadas aludidas en el inciso precedente.

Artículo 2°. *Principios.* El Sistema tendrá carácter reservado. La información en él contenida sólo podrá ser directamente consultada por el Ministerio Público y los tribunales. Las policías podrán tener acceso previa autorización del Ministerio Público, y los defensores públicos y privados, previa autorización del tribunal respectivo.

Bajo ningún supuesto el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad a honra de persona alguna.

Artículo 3°. *Naturaleza de los datos y su titularidad.* La información contenida en el Sistema y, en particular, las muestras biológicas y las huellas genéticas, se considerarán datos sensibles de sus titulares, según lo dispuesto en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

## CAPÍTULO II

### DE LOS REGISTROS

Artículo 4°. *Registros*. El Sistema estará integrado por el Registro de Condenados, el Registro de Imputados, el Registro de Evidencias y Antecedentes, el Registro de Víctimas y el Registro de Desaparecidos y sus Familiares.

Artículo 5°. *Registro de Condenados*. El Registro de Condenados contendrá las huellas genéticas de las personas que hubieran sido condenadas en un proceso criminal por sentencia ejecutoriada, en los casos a que se refiere el artículo 17 de esta ley.

Las huellas genéticas incluidas en este Registro deberán ser integradas adicionalmente a los antecedentes que consten en el prontuario penal de los condenados. La eliminación de los antecedentes contenidos en el prontuario penal, realizada en conformidad a la ley y a los reglamentos correspondientes, no implicará la eliminación de la huella genética contenida en el Registro de que trata este artículo.

Artículo 6°. *Registro de Imputados*. El Registro de Imputados contendrá las huellas genéticas de quienes hubieran sido imputados de un delito, determinadas sobre la base de muestras biológicas obtenidas en conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Penal y en el artículo 17 de esta ley.

Artículo 7°. *Registro de Evidencias y Antecedentes*. En el Registro de Evidencias y Antecedentes se conservarán las huellas genéticas que hubieran sido obtenidas en el curso de una investigación criminal y que correspondieren a personas no identificadas.

Artículo 8°. *Registro de Víctimas*. El Registro de Víctimas contendrá las huellas genéticas de las víctimas de un delito, determinadas en el curso de un procedimiento criminal.

En todo caso, no se incorporará al Registro la huella genética de la víctima que expresamente se opusiere a ello. Para tal efecto, quien tome la muestra biológica consignará el hecho de corresponder a una víctima. El Servicio Médico Legal o, en su caso, la institución especialmente acreditada que hubiere determinado la huella genética, se abstendrá de incorporarla en el Registro hasta recibir tal instrucción del Ministerio Público, el que previamente consultará a la víctima, informándola acerca de su derecho.

Las huellas agregadas a este Registro serán eliminadas en la forma prevista en el artículo 18.

Artículo 9°. *Registro de Desaparecidos y sus Familiares*. El Registro de Desaparecidos y sus Familiares contendrá las huellas genéticas de:

- a) cadáveres o restos humanos no identificados;
- b) material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas, y
- c) personas que, teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación.

### CAPÍTULO III

#### *DE LA TOMA DE MUESTRAS, OBTENCIÓN DE EVIDENCIAS, DETERMINACIÓN DE HUELLAS GENÉTICAS Y COTEJO DE LAS MISMAS.*

Artículo 10. *Toma de muestras biológicas.* Los casos y formas en que se procederá a la toma de las muestras biológicas se regularán por las disposiciones de la ley procesal penal que sean aplicables.

Artículo 11. *Reserva y custodia.* Toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas, deberá mantener la reserva de los antecedentes y la integridad de la cadena de custodia, de acuerdo con las exigencias que imponga el reglamento a que se refiere el artículo 21 de esta ley.

Artículo 12. *Remisión de informe y material biológico.* El organismo que hubiere determinado la huella genética evacuará el informe que dé cuenta de la pericia y lo remitirá al fiscal del Ministerio Público o al tribunal respectivo, según correspondiere. Tratándose de las instituciones públicas o privadas acreditadas, deberán, además, remitir al Servicio Médico Legal la totalidad del material biológico y el resto del ADN extraído, a partir de los cuales se obtuvo la huella, la copia del aludido informe y los demás antecedentes que disponga el Reglamento.

Artículo 13. *Pericia de cotejo y remisión de informe.* El Servicio Médico Legal procederá a practicar el peritaje de cotejo de la huella genética en cuestión, contrastándola con las demás huellas contenidas en uno o más Registros del Sistema según le hubiere sido específicamente requerido en un procedimiento penal.

Practicado el cotejo, el Servicio Médico Legal enviará al fiscal del Ministerio Público o al tribunal, según correspondiere, el informe que dé cuenta de la pericia y de sus resultados.

Artículo 14. *Conservación y destrucción del material biológico.* Inmediatamente después de evacuado el informe de que trata el artículo precedente o de recibidos los antecedentes a que se refiere el artículo 12, el Servicio Médico Legal deberá proceder a la destrucción del material biológico que hubiere sido objeto de un examen de ADN.

Con todo, cuando la obtención del material biológico fuere calificada por el Servicio Médico Legal como técnicamente irrepetible, el Ministerio Público deberá ordenar la conservación de una parte de aquél, hasta por treinta años.

De la destrucción o conservación de las muestras biológicas se dejará constancia escrita por el funcionario encargado. Dicha constancia deberá contener los datos que permitan identificar las muestras de que se trate, así como las razones que, en el caso concreto, hubieren justificado la medida de conservación.

Los funcionarios a cargo de la destrucción de las muestras biológicas deberán remitir mensualmente a su superior jerárquico las listas de muestras ingresadas, destruidas y conservadas en dicho período, incluyendo, en su caso, las razones a que se refiere el inciso precedente. Asimismo, un informe consolidado que contendrá la lista de las muestras biológicas ingresadas, destruidas y conservadas en

el período respectivo, se remitirá semestralmente al Director Nacional del Servicio Médico Legal por los directores médicos regionales o, en el caso de la Región Metropolitana de Santiago, por el jefe del departamento competente.

Los funcionarios que, debiendo proceder a la destrucción del material biológico, no lo hicieren, incurrirán en responsabilidad administrativa.

Artículo 15. *Reembolso.* El Ministerio Público, el querellante, la Defensoría Penal Pública o el defensor, según correspondiere, deberán reembolsar el importe del servicio a la institución que hubiere determinado la huella genética o realizado la pericia de cotejo, importe que constituirá ingreso propio de la institución. Lo anterior es sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

Con todo, tratándose de las huellas genéticas determinadas en cumplimiento de lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 17, el importe de la pericia será de cargo del Servicio Médico Legal. En dichos casos la determinación de las huellas genéticas deberá siempre solicitarse al referido servicio.

Los aranceles a cobrar por las instituciones públicas serán fijados anualmente por resolución del director o jefe superior de la respectiva entidad.

## CAPÍTULO IV

### *DE LA ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE REGISTROS DE ADN*

Artículo 16°. *Incorporación de las huellas genéticas en los Registros del Sistema.* Tratándose de huellas genéticas correspondientes a condenados o imputados su incorporación en los respectivos Registros del Sistema se ejecutará por orden del tribunal.

Tratándose de huellas genéticas correspondientes a víctimas, evidencias o desaparecidos o sus familiares, su incorporación en los respectivos Registros del Sistema se ejecutará por orden del fiscal del Ministerio Público, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8°.

En los casos a que se refieren los incisos precedentes, la incorporación en los Registros será ejecutada por el organismo que hubiere determinado la huella genética. En todo caso, las instituciones públicas o privadas no especialmente acreditadas para el ingreso de información al Sistema, remitirán la huella genética al Servicio Médico Legal para que éste la incorpore en el Registro correspondiente.

Con todo, en los casos a que se refiere el inciso primero del artículo 17 de esta ley, la incorporación de la huella en el Registro de Condenados se llevará a cabo por el Servicio de Registro Civil.

Artículo 17. *Incorporación de huellas genéticas de imputados al Registro de Condenados.* Cuando, por sentencia ejecutoriada, se condenare por alguno de los delitos previstos en el inciso siguiente a un imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el procedimiento criminal, se procederá a incluir la huella genética en el Registro de Condenados, eliminándola del Registro de Imputados.

Si no se hubiere determinado la huella genética del imputado durante el procedimiento criminal, en la sentencia condenatoria el tribunal ordenará que se

determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se incluya en el Registro de Condenados. Lo anterior sólo tendrá lugar cuando se condenare al imputado por alguno de los siguientes delitos:

- a) los previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N<sup>os</sup> 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N<sup>o</sup> 1, 401, 403 bis, 433, 436 inciso primero, 440, 474, 475, 476, y 480 del Código Penal;
- b) los previstos en los Párrafos 1<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> del Título VII y 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup> del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, y
- c) elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista.

En todo caso, el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal, y en consideración a los antecedentes personales del condenado, así como a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, podrá ordenar en la sentencia la práctica de las mismas diligencias de toma de muestras biológicas y determinación y registro de huellas genéticas respecto de un condenado a pena de crimen que no se encontrare en las situaciones previstas en el inciso precedente.

*Artículo 18. Eliminación de huellas genéticas contenidas en el Sistema.* Las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados y de Víctimas serán eliminadas una vez que se hubiere puesto término al procedimiento criminal respectivo. Si hubo juicio, procederá la eliminación desde que se falló por resolución ejecutoriada, sin perjuicio de lo previsto en el inciso primero del artículo precedente.

El Servicio de Registro Civil e Identificación deberá proceder a la eliminación o reingreso a que se refiere el inciso precedente en un plazo no superior a tres días, contado desde que le fuere comunicado el término del procedimiento por el fiscal. Dicha comunicación se efectuará por cualquier medio idóneo que permita dejar constancia fehaciente de su despacho y recepción. Igualmente procederá el Servicio de Registro Civil e Identificación a solicitud de la víctima o del imputado cuando éstos acrediten el término del procedimiento, mediante certificación expedida por el fiscal o el tribunal respectivo.

En cualquier caso, las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados, de Víctimas y de Evidencias y Antecedentes, serán eliminadas una vez transcurridos treinta años desde la fecha de su incorporación a éstos.

De la eliminación y reingreso de los antecedentes de que trata este artículo se dejará constancia escrita por el funcionario encargado. Dicha constancia deberá contener los datos que permitan identificar las huellas genéticas de que se trate, así como la comunicación de término del procedimiento, si fuere el caso.

Los funcionarios a cargo de la eliminación de las huellas genéticas deberán remitir mensualmente a sus superiores jerárquicos las listas de huellas eliminadas y reingresadas en dicho período, incluyendo los datos a que se refiere el inciso precedente.

Los funcionarios que, debiendo proceder a la eliminación o reingreso de los antecedentes de los registros, no lo hicieren o lo hicieren extemporáneamente, incurrirán en responsabilidad administrativa.

## CAPÍTULO V

### DE LAS RESPONSABILIDADES Y SANCIONES

Artículo 19. *Acceso, divulgación y uso indebido de la información genética.* Quienes, interviniendo en alguno de los procedimientos regulados en la presente ley en razón de su cargo o profesión permitieren el acceso a los registros o exámenes a personas no autorizadas, o los divulgaran o usaren indebidamente, serán sancionados con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

En caso de que el acceso, la divulgación o el uso se efectuare respecto de las muestras biológicas o evidencias, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Quienes, sin tener las calidades referidas en el inciso primero, accedieren a los registros, exámenes o muestras los divulgaran o los usaren indebidamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Artículo 20. *Obstrucción a la justicia.* El que alterare las muestras biológicas que debieren ser objeto del examen de ADN; falseare el resultado de dichos exámenes o la determinación de la huella genética; faltare a la verdad en el informe pericial de examen o cotejo, o adulterare su contenido, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Con igual pena será sancionado el que indebidamente eliminare o alterare huellas genéticas o sus datos asociados contenidos en el Sistema Nacional de Registros de ADN.

El que, teniendo el deber de intervenir en alguno de los procedimientos regulados en la presente ley en razón de su cargo o profesión incurriere en cualquiera de las conductas previstas en los incisos precedentes, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Con la misma pena será sancionado el que, teniendo el deber de incorporar una huella genética al Sistema Nacional de Registros de ADN, no lo hiciera.

## CAPÍTULO VI

### DISPOSICIONES FINALES

Artículo 21. *Reglamento.* Un reglamento, dictado por intermedio del Ministerio de Justicia, determinará las características del Sistema Nacional de Registros de ADN; las modalidades de su administración, y las normas técnicas que regulen los procedimientos aplicables a la toma de muestras, la conservación de evidencias, y su cadena de custodia.

Asimismo, regulará los requisitos y condiciones que deberán cumplir las instituciones públicas o privadas que deseen acreditar ante el Servicio Médico Legal su idoneidad para determinar huellas genéticas e incorporarlas en el Sistema, de acuerdo a lo previsto en el artículo 199 bis del Código Procesal Penal.

Artículo 22. *Concordancia.* Serán aplicables, en cuanto no se opusieren a lo previsto en esta ley, las normas contempladas en la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada.

Artículo 23. *Modificaciones al Código Procesal Penal.* Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Procesal Penal:

1. *Agrégase el siguiente inciso tercero, nuevo, al artículo 198:*

“Si los mencionados establecimientos no se encontraren acreditados ante el Servicio Médico Legal para determinar huellas genéticas, tomarán las muestras biológicas y obtendrán las evidencias necesarias, y procederán a remitirlas a la institución que corresponda para ese efecto, de acuerdo a la ley que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN y su Reglamento”.

2. *Introdúcese el siguiente artículo 199 bis, nuevo:*

“Artículo 199 bis. *Exámenes y pruebas de ADN.* Los exámenes y pruebas biológicas destinados a la determinación de huellas genéticas sólo podrán ser efectuados por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en aquellas instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho Servicio.

Las instituciones acreditadas constarán en una nómina que, en conformidad a lo dispuesto en el Reglamento, publicará el Servicio Médico Legal en el Diario Oficial”.

Artículo 24. *Vigencia.* La presente ley entrará a regir el día en que se publique en el Diario Oficial el reglamento a que se refiere el artículo 21.

#### *DISPOSICIONES TRANSITORIAS*

Artículo 1°. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 5°, el Servicio Médico Legal, o las instituciones públicas o privadas acreditadas ante él, determinarán la huella genética de las personas que se encontraren cumpliendo condena por alguno de los delitos señalados en el artículo 17, previa extracción de la muestra biológica respectiva en los establecimientos en que estuvieren internados.

Gendarmería de Chile informará a los condenados que no estuvieren reclusos el lugar y la oportunidad en que deberán proporcionar su muestra biológica, bajo apercibimiento de informar al tribunal respectivo sobre el incumplimiento de esta obligación.

Artículo 2°. Normas especiales aplicables a los procesos substanciados conforme al Código de Procedimiento Penal. En los procesos substanciados conforme al Código de Procedimiento Penal se estará especialmente a lo dispuesto en las reglas siguientes:

- a) Las referencias hechas en esta ley a los imputados se entenderán efectuadas a los procesados. En consecuencia, el Registro de Imputados contendrá, además

- de las huellas genéticas de imputados en conformidad con las normas del Código Procesal Penal, las de aquellas personas que fueren procesadas de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal;
- b) Las funciones o competencias que en esta ley se atribuyen al Ministerio Público serán desempeñadas o asumidas por los jueces con competencia en lo criminal;
  - c) Los jueces con competencia en lo criminal ordenarán la incorporación al registro respectivo de las huellas genéticas determinadas a partir de muestras biológicas obtenidas durante el proceso para constatar circunstancias relevantes de la investigación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 110, 111, 145 bis y 221 del Código de Procedimiento Penal;
  - d) En relación con los informes periciales destinados a determinar la huella genética, recibirá aplicación lo dispuesto en los artículos 221 y 245 del Código de Procedimiento Penal, y
  - e) La comunicación a que se refiere el inciso segundo del artículo 18 se efectuará por el tribunal que hubiere conocido del proceso en primera instancia, en la misma forma prevista en dicha disposición.

Artículo 3°. El mayor gasto que irrogue esta ley durante el primer año de su aplicación se financiará con cargo a los recursos asignados al Servicio de Registro Civil e Identificación y al Servicio Médico Legal en sus respectivos presupuestos, en lo que correspondiere a cada una de estas instituciones.

Habiéndose cumplido con lo establecido en el N° 1° del artículo 82 de la Constitución Política de la República y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 10 de septiembre de 2004. Ricardo Lagos Escobar, Presidente de la República. Luis Bates Hidalgo, Ministro de Justicia. Nicolás Eyzaguirre Guzmán, Ministro de Hacienda.

# CRÓNICA



## IN MEMORIAM\*

### EL DERECHO-DEBER A LA EDUCACIÓN (Un logro fundamental del constituyente de 1980)

#### INTRODUCCIÓN

La inauguración del año escolar 1987 se verifica coincidiendo con un hecho crucial y determinante para el progreso de la educación en Chile. Tal hecho está constituido por la culminación del proceso de traspaso de la administración de establecimientos educacionales a las Municipalidades. La política cumplida constituye una de las modernizaciones más importantes acometidas por el Supremo Gobierno, bajo la sabia inspiración y orientación de S. E. el Presidente de la República, dándose así concreción a los postulados educacionales contenidos en la Constitución Política de 1980, aprobada por una inmensa mayoría de los chilenos. Dicho cuerpo fundamental, cuyo anteproyecto fue elaborado por un conjunto notable de hombres doctos, respetados y prudentes de nuestra Patria, asigna y distribuye, con un equilibrio y armonía dignos de destacar, los roles que a cada cual corresponden en la sociedad chilena en materia educacional.

#### I. LA EDUCACIÓN SEGÚN EL CONSTITUYENTE DE 1980

Como nunca antes lo hizo alguna anterior Constitución, pone la de 1980 el énfasis de la responsabilidad educacional en donde corresponde por Derecho Natural: en la familia y en su medio circundante nacional y local, constituido por la comunidad.

No como mera declaración programática y vacía de contenido dispone la Constitución, después de haber consagrado el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos, que “es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”. La significación profunda de dicho deber queda de manifiesto si se le compara con el rol que, entre otros, se asigna al Estado de “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles”. Quien está llamado a “contribuir” se encuentra inserto en un marco de ejecución respecto de la tarea de cumplir. En cambio, quien está llamado a “fomentar” una tarea tiene por misión hacer apetecible a otros la tarea que se desea ver cumplida, generando los estímulos y poniendo los medios para que ello sea posible. ¿Y

---

\*Como un homenaje al profesor don Sergio Gaete Rojas, recientemente fallecido (21.12.2005), que fuera Profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, y posteriormente Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins, publicamos su Discurso de Inauguración del año escolar 1987, siendo Ministro de Educación Pública del Gobierno del Presidente don Augusto Pinochet Ugarte.

quiénes son esos “otros” respecto de los cuales el Estado debe implementar un sistema que los aliente a ejecutar la tarea educacional? La respuesta ya aparece clara con las anteriores inscripciones de las citadas normas constitucionales: la familia, representada por los padres que constituyen su núcleo básico, y la comunidad en que ella se encuentra inserta. No pudo ser suficiente para la Constitución asignar este rol fundamental de ejecutar el proceso educativo solamente a los padres, puesto que ellos por sí solos se encuentran en la imposibilidad de realizar en forma completa esta misión, dado que deben con su trabajo atender a todas las necesidades de la familia. Es por ello que la reunión de familias, esto es la comunidad, fue llamada a mancomunar sus esfuerzos para hacer realidad la tarea educacional en el plano de su desarrollo, de su ejecución. Como puede apreciarse, de esta manera la tarea educacional en cuanto a su administración y suministro no sale de su ámbito natural, que es la familia, sino que permanece en ella, en la comunidad, concebida como la agrupación o presencia conjunta de las familias.

La precedente sencilla explicación del profundo sentido filosófico de las disposiciones constitucionales comentadas, enraizadas en la Declaración de Principios del Supremo Gobierno según la cual el hombre es superior y anterior al Estado y, por lo tanto, debe preservarse en toda materia el orden que en cada una de ellas corresponda por Derecho Natural, da luz para comprender la tremenda importancia que tiene para la comunidad asumir el mandato recibido de la Constitución Política del Estado, en preservación del Derecho Natural de los padres de educar a sus hijos.

## II. EL PAPEL DE LA COMUNIDAD

Ahora bien, ¿cómo puede contribuir la comunidad en la tarea educacional? De acuerdo al sistema implementado por nuestro ordenamiento jurídico complementario a las normas constitucionales respectivas, como resultado de la política y obra modernizadora de la educación llevada a cabo por el Supremo Gobierno, puede hacerlo por dos vías:

- a) Mediante la libre iniciativa de cualquier miembro de la comunidad que, en uso de la libertad de enseñanza consagrada por la Constitución, abra, organice y mantenga un establecimiento educacional, sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La administración por un miembro cualquiera de la comunidad de un establecimiento educacional puede asumir dos variables según la educación se proporcione en forma pagada o gratuita. Cuando se adopta el otorgamiento gratuito de la educación es el Estado el que proporciona los recursos económicos para ello. Lo anterior lo hace el Estado en cumplimiento de uno de los roles que la Constitución le asigna en materia educacional, cual es el de financiar un sistema gratuito para hacer efectiva la obligatoriedad de la educación básica, asegurando el acceso a ella de toda la población. Tal sistema está contemplado en la legislación sobre subvención educacional. Cabe destacar que dicho sistema no sólo hace posible que la educación básica se proporcione en forma gratuita, como lo exige perentoriamente la Constitución,

sino que también hace posible que la educación media se otorgue en forma gratuita, con lo cual el Estado cumple aquel otro rol ya señalado de fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, no solamente en el básico. Así el Estado pone las condiciones para que los particulares se interesen en asumir individualmente la importante tarea de contribuir al desarrollo de la educación.

- b) A la variable anteriormente señalada por la cual la comunidad participa a través de miembros individualmente considerados de la misma en la administración y sostenimiento de establecimientos educacionales, desarrollando así la educación, se une la variable de la administración de establecimientos educacionales por la comunidad localmente organizada.

La comunidad localmente organizada tiene su expresión en la *municipalidad*, que aglutina a las familias por razón de vecindad y de intereses locales. Su finalidad, como lo establece la Constitución, es precisamente “satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

De esta manera, cuando se entrega la administración de establecimientos educacionales a las municipalidades o cuando éstas abren y organizan nuevos establecimientos educacionales, se está dando cabal cumplimiento al ineludible imperativo constitucional de que la participación organizativa y el sostenimiento administrativo de los establecimientos educacionales y, por ende, el desarrollo de la educación, tengan un lugar asegurado en la comunidad. De otro modo, no se daría cumplimiento sino que, por el contrario, se estarían vulnerando los derechos y garantías constitucionales relativos a la educación y a la libertad de enseñanza.

En consecuencia, la culminación del proceso que asegura la participación de la comunidad, en cualquiera de las dos variables expuestas, en la administración de los establecimientos educacionales, ha sido el cumplimiento de un imperativo de la Constitución Política del Estado de 1980 aprobada por la nación a proposición del Supremo Gobierno, no pudiendo éste, en consecuencia, eludir la aplicación de sus disposiciones, tanto más cuanto en la materia de que se trata ellas son fiel trasunto del orden que traza el derecho natural tanto en su expresión católica y cristiana occidental como en su expresión aceptada por pueblos y corrientes filosóficas que ven al hombre como anterior y superior al Estado y como un ser trascendente, llamado a plasmar su proyecto creador en el desarrollo de sus facultades, causa final de la educación, a través de la *apetencia* del perfeccionamiento *buscado* por el hombre, causa formal y eficiente de la educación y a partir de la perfectibilidad de sus facultades, causa material de la educación.

Como puede apreciarse, si todas las causas de la educación se encuentran en el hombre, las preclaras personas que elaboraron el anteproyecto de nuestra actual Constitución, el Supremo Gobierno que lo adoptó y la Honorable Junta de Gobierno que la aprobó, actuaron con fidelidad a los principios señalados, que se encuentran enraizados en nuestro ser nacional y que, en el orden práctico, dado el tamaño que había adquirido la administración educacional en manos del Estado, era urgente poner en vigencia trasladando dicha administración al lugar que le corresponde en razón de dichos principios.

Lo hasta aquí señalado, si bien es de dominio de quienes se encuentran en el sistema educacional, no ha sido debidamente comprendido por algunos de sus

actores, por lo cual resulta extremadamente importante que la ciudadanía toda y en especial las familias y padres comprendan y se procure que los educandos entiendan que la culminación del proceso de traspaso de la administración de los establecimientos educacionales a las municipalidades ha sido un imperativo constitucional de ineludible cumplimiento, llamado en el mediano plazo a dar abundantes frutos, tanto en el campo de la administración educacional como en la calidad de la educación, además de los que ya han comenzado a exhibir en la etapa de su implementación.

SERGIO GAETE ROJAS

## IN MEMORIAM

Professor Sir William Wade, Q.C., the foremost scholar of administrative law in the United Kingdom died on the 12<sup>th</sup> March 2004. He was born on the 16<sup>th</sup> January 1918 and educated at Shrewsbury and Gonville and Caius College, Cambridge. His long life was primarily that of an academic lawyer. He held chairs at both Oxford (English Law 1961-1976) and Cambridge (Rouse Ball Chair of English law 1978-82) and served as Master of Gonville and Caius College from 1976 to 1988.

He dominated two diverse areas of law, first real property and then administrative law, by writing the textbooks that became a source of first reference to students, scholars, practitioners and judges. His *Law of Real Property*, written with the Rt. Hon. Sir Robert Megarry, is now in its 7<sup>th</sup> edition (by Dr Charles Harpum) and would by itself be enough to justify his life as a scholar. But his greatest achievement was the writing of *Administrative Law*, now in its 8<sup>th</sup> edition (the last two editions written with Dr Christopher Forsyth). Through its successive editions, this book, lucidly and sparsely written, established its unique authority as a principled account of the law, acute in criticism and robust in its defence of the rule of law. Here he did not merely expound the law, but through the persuasiveness of his writing, he made the law, as court after court, in England and across the common law world, adopted his views. Along with Lord Denning (who kept *Administrative Law* by his bedside) and Lord Diplock, Wade was one of the architects of the modern law of judicial review of administrative action which is now an ever present safeguard against the abuse of governmental power.

The measure of this achievement may be seen from the fact that when Wade commenced work in the 1950s an atmosphere of depression and defeatism hung over public law. The great accretion of discretionary power to the state during the War and during Atlee's reforming government thereafter had left many to conclude that the common law had lost the power to control the executive. Over the next forty years the great reforming judges showed that this was not so. It was said by Lord Diplock that the creation of a comprehensive system of administrative law was 'the greatest achievement of the English courts in my judicial lifetime' and Wade was near the heart of that achievement. This was not only through his writings, but he was often privately consulted by counsel in leading cases and sometimes also by the judges, many of whom he counted as his friends. He delighted in inviting law lords, as well as lesser luminaries, to grand dinners in Cambridge at which the law, and public law in particular, would be debated and set right.

*Administrative Law* has a worldwide influence, selling well in most common law jurisdictions. This success ensured Wade a welcome everywhere he travelled and he lectured in most corners of the world, relishing in particular the vast audiences that came to hear him in India, where he had many friends and admirers. Addressing a crowd of two thousand six hundred who had come to hear him give the Chettyar lecture in Madras in 1974, comparing the protection of fundamental rights in India and the United Kingdom, he wryly commented on the 'consternation' that would result if his lectures in Oxford were so popular!

The success of the book brought him an elevated advisory practice. Governments across the Commonwealth sought his advice on what constitutional arrangements might bring peace to a troubled province or on how they might lawfully extricate themselves from an administrative tangle.

While age inevitably curbed some of his activities, his enthusiasm for administrative law was quite undimmed. An ingenious gadget of his own devising alerted him to the arrival of *The Times* each morning at his garden gate and he would promptly scour the law reports and accounts of the relevant doings of government over breakfast. Less diligent colleagues would then be embarrassed by their ignorance when pressed to comment on the latest developments. He was the first to tackle the thorny but fundamental question of whether, and if so how, the Human Rights Act 1998 applied to litigation between private parties. His solution – that Human Rights Act 1998 was fully applicable between private parties, since the courts, even in private litigation, were bound to uphold human rights – has not yet commanded universal acceptance. But when the issue arises unambiguously before the House of Lords, his views will doubtless carry their customary weight. Until a few days before the end he was working on the 9<sup>th</sup> edition of *Administrative Law* which will be published later this year.

Wade's career, however, commenced as a temporary civil servant in the Treasury from 1940 to 1946. These early and important labours informed his work on administrative law and ensured that while he wrote as a scholar he also wrote with an understanding of the civil servant's mind. He had too the civil servant's commitment to political impartiality and resisted all attempts to characterise his work as favouring one political stance or another. The government whatever its colour had to be allowed to do what it was elected to do, but it had to do so in a fair and reasonable way without unjustifiable infringements of the human rights of those concerned. But, unlike many civil servants, Wade favoured open government and was opposed to all secrecy for the sake of secrecy. In 1985 he gave evidence for the defence in the trial of Clive Ponting for breaches of the Official Secrets Act 1911. Wade argued for a defence to disclosures that appeared to be in breach of the Act but were in fact in the public interest. The jury agreed, acquitting Ponting.

Wade exhibited a strong commitment to public service and any account here of the many committees on which he served or to which he gave evidence would be bound to be incomplete. His founder membership of the Council on Tribunals and his long service on that body 1958-1971 as well as his membership of the 1966 Royal Commission on Tribunals of Inquiry (the Salmon Commission) cannot escape mention. His influence on the development of Tribunals through his work of the Council and earlier through in his evidence to the Franks Committee was profound.

Wade's distinction and public service brought with it a full measure of honour. In 1964 he was made an Honorary Bencher of Lincoln's Inn, in 1968 he was appointed to the rank of Queen's Counsel and in 1969 he was elected a Fellow of the British Academy. A knighthood for services to administrative law followed in 1985. Surprisingly only Cambridge awarded him an honorary doctorate - in 1998.

Ascetic in appearance, austere in intellect, clear and incisive in speech and writing Bill Wade inspired admiration. His recreations, mountain climbing and gardening, were tokens of his sometimes solitary, serious spirit. A gentleman from

a nobler age he had little interest in gossip – as opposed to news about friends. He did not parade his learning and wore his fame lightly. He did not stand on ceremony, but he thought it inappropriate that the Prime Minister, who had attended his lectures at Oxford, should greet him as “Bill”.

He is survived by his two sons from his marriage to Marie Osland-Hill who died in 1980. His second marriage to Marjorie Browne ended with her sudden death in 2001 and he faced the final years of increasing frailness, sad and unexpectedly alone, but stoically with fortitude and dignity.

C. F. FORSYTH\*

---

\*Publicado en *The Times*, Londres, 28.3.2004.



## MATRIMONIO Y PATRIMONIO

Hace unos días el Papa propuso que el matrimonio sea declarado “patrimonio de la humanidad”. Benedicto XVI nos está sorprendiendo con expresiones que por su evidencia y actualidad nos hacen reflexionar por sobre lo acostumbrado. Cuando nos propuso la idea de la “dictadura del relativismo”, al comienzo de su pontificado, muchos líderes de opinión se llevaron una sorpresa mayúscula. Era cierto y no lo habíamos advertido. Es totalmente admisible para una racionalidad común que el ejercicio injusto contra los valores fundantes es un modo superior de dictadura.

El concepto “Patrimonio de la humanidad” hasta ahora se había aplicado a lugares naturales o artificiales que destacan por su belleza y que pueden contribuir a que el hombre común pueda seguirlos gozando por mucho tiempo más. Los grandes bosques y los hermosos palacios, castillos, catedrales y hasta algunos conjuntos de ciudades como Valparaíso, Florencia, Toledo o Santiago de Compostela bien vale la pena conservarlos, cuidarlos y protegerlos para satisfacción de las actuales y futuras generaciones. Generalmente se declara “patrimonio” a un conjunto de objetos que por su valor intrínseco bien vale la pena proteger y destacar. Y esto se hace por el peligro evidente de que pueda ser destruido por personas que no sienten el aprecio y la estima que razonablemente merecen.

¿Por qué no hacer otro tanto con la institución matrimonial? ¿Por qué no declararla patrimonio de esta misma humanidad que valora tanto los conjuntos materiales, mientras echa al olvido los otros conjuntos, también naturales, pero que pertenecen al orden del espíritu?

La *familia* como concepto y como realidad social está pasando por un delicado trance en la mayor parte de las culturas que se autodenominan progresistas. Pareciera que el tal progreso apunta a la sustitución o incluso la aniquilación del modelo: Un hombre y una mujer, libremente unidos para formar una familia con carácter de continuidad en el tiempo y de responsabilidad frente a sus más elementales frutos: los hijos.

Al decir de estadísticas galopantes que anuncian el fin del matrimonio y la familia y de opinantes de terreno, cada vez más unidos en la tarea, esta institución tan antigua como la especie humana ya no resistiría más. El cambio que se anuncia es mortal para este consorcio tradicional del hombre y la mujer conviviendo y compartiendo hasta que la muerte los separa. En un futuro muy cercano se acaba, se nos anuncia a quienes aún dudamos de tal posibilidad. De ahora en adelante, cualquier encuentro transitorio entre personas podrá nominarse matrimonio, dejando de lado el “fundamentalismo cristiano, judío, musulmán y otros” que siguen empeñados en mantener este monumento de la humanidad que se ha convenido en llamar sencillamente matrimonio.

La palabra “patrimonio” es, en realidad, un concepto antiguo, del orden jurídico que hacía referencia más bien al capital de orden material. Sin embargo la palabra no deja de ser interesante y ciertamente abierta a otra realidad superior que dice relación precisa al matrimonio. Mientras este habla del oficio de mujer

madre, el segundo se refiere al oficio del varón padre. Matrimonio y patrimonio se unen naturalmente en lo que también comúnmente llamamos familia, hogar, santuario de la vida, centro del amor humano.

Benedicto XVI tiene razón en poner el tema sobre el tapete de la reflexión pública y otros podríamos sugerir que los mismos que declaran patrimonio de la humanidad a bosques ancestrales y a edificios hechos por nuestros antepasados con sabor a belleza, hagan una simple declaración que consagre como intocable jurídica y mediáticamente al mismísimo matrimonio.

La invitación de un Papa inteligente está dirigida a los más inteligentes. Es la evidencia misma. Es, nuevamente, un estímulo a la reflexión constructiva. Es un desafío a los modernos dictadores del relativismo para que retornen a la libertad y belleza del realismo humano. El matrimonio y la familia son, a no dudarlo, dignos de ser declarados *patrimonio de la humanidad*. Y con todas sus consecuencias. ¡Que nadie destruya, ni manche, ni acomode lo que está muy bien construido, limpio y situado!

JESÚS GINÉS ORTEGA\*

---

\*Profesor de Ética y Antropología y Director del Instituto Bérit de la Familia. Universidad Santo Tomás.

## UN PATERNALISMO MODERNO

En los minutos previos a su terrible muerte, la niña de 4 años presenció una más de las peleas entre sus padres, ya separados. Lloró desconsoladamente por la escena, y a los pocos instantes, fue lanzada al patio desde un séptimo piso.

Esta conmovedora noticia trajo ciertamente a nuestra memoria esa cruda afirmación que Gonzalo Vial formulara en un seminario reciente.

Anunció ahí el sutil historiador algo así como que “Chile está al borde de una catástrofe social de proporciones inimaginables”. (Ojalá pudiera contar con las palabras exactas, pero no las he podido conseguir: bienvenidas sean).

¿Es un drama aislado el que termina en parricidio, homicidio frustrado e intento de suicidio? No. Las autoridades ministeriales y policiales informan que son del orden de cien mil las denuncias por violencia intrafamiliar; y cuántas otras situaciones, de éstas que sólo se confían en la intimidad al consejero espiritual, podrían relatar párrocos y pastores. *La catástrofe está en pleno desarrollo*, aunque sólo algunas de sus manifestaciones aparezcan en los medios.

¿Cómo enfrentarla? Las leyes ayudan si respetan a la persona humana, la educación formal colabora si está en manos de profesores rectos, en fin, los mismos medios contribuyen cuando abordan estos problemas con criterios sólidos, sin ambigüedades.

¿Pero qué puede hacer el ciudadano de a pie? En estos días previos a Navidad, muchos se habrán decidido a llenar cajas con alimentos para familias pobres, o a disponer de tiempo para visitar a los marginados la noche del 24 o para organizar fiestas en asilos, campamentos y orfanatos.

Muy bien todo eso, pero hace falta algo más. Algo así como la incubadora de microempresarios que organizara Jaime Orpis cuando era diputado por un distrito popular; algo así como una incubadora de familias. Si algunas parejas deciden adoptar, si algunos universitarios deciden apadrinar a un niño, si una familia acoge al alumno extranjero de intercambio, si éstas y muchas iniciativas parecidas se concretan con generosidad, ¿por qué no dar paso a un adopción, a un apadrinamiento, a una acogida de familia a familia?

Algunas de las varias magníficas ONG que existen en materias familiares –u otra nueva quizás– podrían ofrecer sus servicios para coordinar la tarea. Se abre un registro de postulantes y de oferentes; se estudian los casos y se trata de hacer los enganches entre unos y otros. Así, una familia ya bien establecida –aunque nunca deje de tener sus problemas– se comienza a hacer cargo, durante meses y años, durante una vida si fuera posible, de una familia más precaria, menos segura, más expuesta a quiebres y dramas.

Visitas, consejos, ayudas económicas para la educación y la eventual cesantía, planes de vacaciones sanas, asesorías en el uso de las ayudas estatales. Mil, diez mil, cien mil familias en un plan así y, desde su propia célula básica, Chile se recompone y comienza a derrotar la catástrofe. Familias que ayudan a familias, como bien lo mostró Mega en ese magnífico programa en que se contrastaba la vida de un matrimonio de esforzados católicos de nivel medio, firmes y fecundos,

con la atribulada vida de una pareja de separados de nivel alto, débiles y frustrados. Y cuando se conocieron, qué sorpresa fue para los de más arriba entender las verdaderas razones del éxito de los de más abajo.

¿Paternalismo? Sí, del bueno, de ése que fluye de un profundo sentido cristiano de la vida, de ese sentido por el cual se agranda el corazón y tanto la maternidad como la paternidad pueden extenderse más allá de las fronteras estrictas del núcleo propio, colaborando así para que otros consoliden esas mismas actitudes con sus propias familias.

Paternalismo que fluye de una mirada atenta al pesebre de Belén y al hogar de Nazaret. Porque mucho más que un techo, se necesita un Hogar para Chile.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ\*

---

\*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile.

## REFLEXIONES ÉTICAS

### I. FAMILIA

#### 1. NATURALEZA Y FAMILIA

Ante la equiparación en España de las uniones homosexuales al matrimonio, parece imposible no ver que lo que está en juego aquí y motiva la polémica es, en el fondo, *la noción de familia*.

La familia es una institución absolutamente natural, porque en todas las sociedades ha existido, no debido a un capricho, sino por elemental necesidad. Lo único que han hecho las diferentes culturas ha sido regular y proteger esta realidad tan básica del hombre. Básica, porque de ella depende el futuro de cualquier sociedad, puesto que de ella surgen y en ella se forman las nuevas generaciones.

Aparece como un dato demasiado elemental para ser puesto en duda que, debido a nuestra naturaleza sexuada, se requiere la colaboración de hombre y mujer para dar origen a esta nueva generación. No sólo eso, por cierto, porque la tarea no se cumple sólo con echar hijos al mundo: va mucho más allá, puesto que implica criar y educar a los hijos, labor que bien puede ser considerada un proyecto vital, que consumirá buena parte de la vida de los progenitores. En el fondo, es una especie de vuelta de mano a la propia naturaleza, ya que los que actualmente gozan de la adultez recibieron el mismo trato por parte de sus progenitores, dándose algo así como un “deber de especie” de la humanidad: “lo recibisteis gratis; dadlo gratis”, podría decirse. Y esto resulta fundamental, porque toda sociedad cuenta con que habrá una generación de reemplazo, que otros ocuparán nuestro lugar cuando no estemos.

De ahí que, conscientes de la importancia del aseguramiento de las generaciones futuras, en toda cultura, más temprano que tarde, se haya regulado esta unión entre hombre y mujer (o mujeres, en muchos casos más primitivos), no sólo para proteger a los padres en esta empresa vital, sino sobre todo a los hijos, los principales afectados con esto. Lo anterior resulta evidente, porque es posible traer hijos al mundo fruto de uniones esporádicas o casuales, pero también es sabido el cúmulo de problemas que ello trae consigo. De tal forma, esta regulación, usualmente llamada “matrimonio”, puede revestir distintas modalidades, pero siempre con un núcleo básico: la *heterosexualidad* de sus componentes, en atención, precisamente, a nuestra naturaleza sexuada y a la necesaria colaboración de ambos sexos, varón y mujer, para dar origen, criar y educar a los hijos para la perpetuación de la especie.

Por tanto, si tenemos en cuenta este dato antropológico-natural elemental e innegable, se entiende muy claramente por qué la igualación de las relaciones entre personas del mismo sexo no puede ser equiparada al matrimonio, a menos que se violente la realidad. Podrá existir la atracción entre personas del mismo sexo, no parece prudente prohibir jurídicamente que vivan juntas incluso; pero de ahí a equipararla a la situación natural, parece demasiado. Y por motivos

de discriminación o intolerancia, ni menos fundamentalistas, sino *por simple lógica*: porque es una unión ciega a la procreación, lo cual se constata por simples razones anatómicas. De ahí que parezca más aberrante todavía la pretensión de estas parejas por adoptar hijos, consecuencia inevitable, por mucho que se diga lo contrario, de instituir el “matrimonio” homosexual. De esta manera, o existe un concepto de familia natural, o cualquier cosa –cualquiera– puede ser considerada como tal.

## 2. PEDIRLE PERAS AL OLMO

A tal punto somos seres sociales por naturaleza, que no sólo venimos a la existencia, sino que logramos sobrevivir en nuestros primeros años únicamente gracias a otros. De este modo, cualquier sociedad está compuesta por personas que no se encuentran todas en un mismo nivel; no porque unos valgan más que otros, sino simplemente porque unos son más indefensos que otros. O dicho de otro modo, nuestras sociedades están constituidas por adultos y menores, donde los primeros cuidan de los segundos, quienes en algún momento pasarán a ocupar su lugar, y así en un ciclo que se repite generación tras generación.

Sin embargo, si se mira lo que actualmente está pasando, da la impresión de que nos hubiéramos olvidado de esta verdadera ley de la vida, de esta secuencia de la naturaleza; es como si no nos diéramos cuenta de que es absolutamente necesario para seguir con esta sociedad en la que estamos, dar origen, criar y educar a estas nuevas generaciones. Es algo así como una inversión, como destinar parte de las ganancias a mantener el negocio que ha permitido obtenerlas; en caso contrario, nos estaremos “comiendo el capital”, y, a la postre, no habrá ni negocio ni ganancias.

Este razonamiento puede muy bien ser aplicado hoy a lo que está ocurriendo con la familia, y a decir verdad, casi podría hablarse de *un complot* contra la misma: en algunos casos de forma intencional y en otros, sin querer, la familia es tal vez la institución más vapuleada de los últimos tiempos, sin darse cuenta que al hacerlo estamos atentando contra nosotros mismos y contra las nuevas generaciones.

Dicho de otro modo, una sociedad que se cuida a sí misma, cuida a su juventud, cuida a sus niños. Mas, para esto es fundamental contar con familias fuertes, bien constituidas, protegidas, queridas. No por un dogmatismo o un conservadurismo barato, sino *por simple lógica*, por simple experiencia: la familia podrá tener un cúmulo de problemas, pero hasta ahora no hemos encontrado una institución mejor para las nuevas generaciones ni, por cierto, para los adultos. Sin la familia surge un cúmulo de problemas que parecieran no ver quiénes la consideran un estorbo para sus planes, lo que explica que se la ataque sin piedad.

Y los resultados no pueden sino estar a la vista. Si tenemos cada día más separaciones y más hijos “extramatrimoniales”, como dice la ley; si cada día los ideales que subyacen en varios ambientes apuntan a la irresponsabilidad, al egoísmo, a una preocupación casi enfermiza por el propio cuerpo, la belleza y la juventud; si los niños son vistos como un estorbo para la realización personal del sujeto, una realidad prescindible si no es “deseada”, casi un bien de libre disposición (piénsese en el aborto o en la procreación artificial); si la sexualidad no reconoce límites y muchos parecen vivir sólo para ella; si la vida se transforma

en un gozar hasta reventar de todo lo que esté a nuestro alcance, no nos quejemos de que los problemas se junten a nuestros pies. Poco se saca con reformas legales si los niños y jóvenes no tienen lo fundamental: una familia dentro de lo posible normal, con padre y madre, que al menos en parte les brinden el hábitat necesario para sus cruciales primeros años de formación. Lo opuesto es como pretender pedirle peras al olmo.

### 3. EL CUIDADO DE NUESTROS HIJOS

Honda preocupación han suscitado los recientes hechos denunciados que involucran a menores ocurridos en el Parque Ecuador. Sin embargo, tal vez lo más curioso es que nos sorprendamos de ello.

En efecto, por diversas causas, tanto voluntarias como involuntarias, se está dando un fenómeno que no podía menos que facilitar esta penosa situación: la falta de atención de muchos padres respecto de sus hijos. Razones impostergables como la necesidad de trabajar ambos progenitores todo el día para mantener el hogar, hasta otras menos justificables como dar una prioridad excesiva a sus proyectos en desmedro de los hijos, explican esta situación.

En uno y otro caso, los niños quedan menos atendidos, lo cual es grave, porque son absoluta y totalmente moldeables y dependientes, en ellos está casi todo por hacer. De ahí que por naturaleza requieran del cuidado, atención y cariño de adultos, idealmente sus padres, motivo por el cual la familia, tan atacada hoy, sigue siendo, y no puede dejar de serlo, el núcleo fundamental de la sociedad. A tal punto resulta evidente esto, que los reiterados ataques a que se ve expuesta no pueden menos que ser considerados una insensatez, cuando no casi una locura, porque equivale a tirar piedras sobre nuestro propio tejado, a socavar la base que nos sustenta. Es por eso que la situación de la familia muy bien puede considerarse un termómetro de la situación social en general.

Ahora bien, resulta inevitable que por los motivos expuestos, junto a muchos otros, como, por ejemplo, el creciente individualismo que nos invade, cada vez sea visto con peores ojos tener descendencia. Esto tiene matices, que van desde su rechazo explícito (¿cuántas personas han decidido simplemente no tener hijos, porque en el fondo “molestan?”), hasta un deterioro en su atención y cuidado. No se percibe que los hijos no son propiamente un “derecho”, como curiosamente muchos creen, sino *una responsabilidad, un deber*: si se tienen, ello obliga a un comportamiento de entrega hacia ellos, cada uno según sus posibilidades, entrega que va mucho más allá de la simple mantención económica y darles una buena educación. Los niños requieren esto, resulta evidente, pero lo que más necesitan no es tanto que les entreguen cosas, sino que sus progenitores se les entreguen a ellos: que les den su tiempo, su cariño, su atención, su apoyo. Tarea muchas veces nada fácil, pero absolutamente fundamental.

Y aunque parezca curioso, la consideración de los hijos como un simple “derecho”, en vez de favorecerlos, los perjudica, porque el objeto sobre el cual recae un “derecho” puede ser dejado de lado cuando se quiera o tratado de cualquier manera. Esto no tiene nada de raro, porque aquello sobre lo cual se tiene un “derecho”, es considerado, con justa razón, inferior a uno mismo, *una simple cosa* de la cual se puede disponer. Es por eso que para intentar ver la realidad tal cual es se hace necesario considerar a los hijos no como un “derecho”, sino como un don, un regalo, incluso un misterio, cual es una nueva vida.

En consecuencia, si nuestra atención y dedicación a los hijos decae, no nos extrañemos de los resultados; es como sorprenderse de que por no cuidar el jardín, aparezca la maleza por doquier o éste acabe transformándose en una auténtica jungla.

#### 4. EL RESPETO DE LA REALIDAD

España ha aprobado el llamado “matrimonio homosexual” con posibilidad de adopción, uniéndose en esto a Holanda y Bélgica.

Ahora, de acuerdo al “positivismo jurídico”, la ley tiene la máxima libertad para establecer lo que le parezca, de manera independiente a las convicciones morales imperantes, de tal forma que las leyes son tales no por su fondo o materia regulada, sino por su forma, esto es, haber sido producidas de acuerdo a los procedimientos preestablecidos. De esta manera, se insta por una tajante separación entre derecho y moral.

Sin embargo, por mucha libertad que quiera arrogarse el legislador, no cabe duda de que a menos que quiera legislar inútil o injustamente debiera tener en cuenta al menos algunos aspectos de la realidad misma, en este caso, del hombre y de su forma de ser. Y dentro de este “dato” que la más elemental prudencia aconseja tener en cuenta, no cabe duda de que un aspecto de primerísima importancia radica en indagar acerca de la finalidad o razón de ser de las realidades humanas. Es por eso que se ha dicho que “el fin es aquello por lo cual algo es”.

Es así como a simple vista la familia aparece como una realidad incuestionable desde el punto de vista sociológico. Y su principal fin, como también resulta evidente, es la perpetuación de la especie y su adecuada formación. Ahora, dada la composición simplemente corpórea del ser humano y su naturaleza sexuada, la procreación humana requiere de la unión de un hombre y de una mujer; y siendo así, también parece evidente que la colaboración de ambos, hombre y mujer, constituye la situación idónea para la formación de la prole.

De ahí que llegados a un mínimo nivel de civilización, en todas las culturas se haya instituido una unión “oficial” entre hombre y mujer (o mujeres en su caso), llamada usualmente “matrimonio”, precisamente para estos fines fundamentales. Y a tal punto resulta importante la institucionalización de este hecho que proviene de la más profunda naturaleza humana, que, de manera casi inexcusable, se ha ligado el matrimonio a factores religiosos, otorgándole *un sentido sacro*, precisamente para darle mayor solemnidad.

Por último, dado que la procreación no está garantizada, ha surgido de manera bastante más tardía la adopción, como una institución que pretende “imitar a la naturaleza”, según decían los romanos. En el fondo, busca lograr el mismo fin que un matrimonio fértil.

Nada de esto se da en las uniones homosexuales. Es una unión ciega a la procreación, e incluso para el acto sexual mismo, por simples razones anatómicas. Por tanto, equiparar estas uniones al matrimonio equivale a vendarse los ojos de cara a la naturaleza, y en el fondo, destruir la noción de familia. Y esto no es ser discriminatorio, sino simplemente, realista. No siempre es justo tratar a todos de la misma manera, sino que muchas veces a cada uno debe tratárselo según su situación particular. Es por eso, por ejemplo, que existen estatutos especiales para la mujer, el niño, la tercera edad, etc.

Ahora, de seguir por este camino que no tiene en cuenta la realidad, destruyendo o vaciando de sentido la noción de familia, no nos extrañemos de que pronto surjan quienes quieran casarse con su madre, hermano(a) o mascota, argumentando los mismos motivos utilizados por el “matrimonio” homosexual.

##### 5. CAUSAS MENOS PRÓXIMAS PERO IMPORTANTES

Se ha discutido mucho acerca de las desigualdades de oportunidades y de niveles de ingreso que existen entre los chilenos, dando la impresión de que sólo sería cuestión de cambiar el sistema económico y de promulgar leyes de diverso tipo para arreglarlo, sin darse cuenta de que tal vez la mayor incidencia lo constituya la propia conducta de los ciudadanos.

En realidad no es extraño que se eluda este aspecto, porque los factores que sí se toman en cuenta son mucho más fáciles de medir y cuantificar por constituir “datos duros”, que por lo mismo pueden modificarse más fácilmente. En cambio, el “factor humano” no sólo es de difícil o incluso imposible aprehensión numérica, sino además posee un cúmulo de variables muchísimo más numerosas y complejas; de ahí que se lo esquite tanto.

Pues bien, dentro de este “factor humano”, un aspecto que casi nunca se señala puede vincularse con la actual y polémica campaña de prevención del sida impulsada por el gobierno. En efecto, si a fin de cuentas el mensaje apunta a dar las máximas facilidades para una vida sexual muy activa y sin restricciones (parece que molesta el calificativo de “promiscua”), convendría hacer, por vía ejemplar, el siguiente razonamiento: 1º: se incentiva una vida sexual activa y no necesariamente fiel desde lo más temprano posible; 2º: para ello se opta decididamente por los métodos anticonceptivos y contraceptivos por todos conocidos; y 3º: se cifran todas las esperanzas en ellos de cara a evitar las enfermedades de transmisión sexual y los así llamados “embarazos no deseados”.

Pues bien, vistas así las cosas, si se enfrenta la teoría con la realidad, y al margen de las consideraciones éticas (y eventualmente religiosas) que pudiera generar esta opción, no se percibe (o no se quiere percibir) que con semejante campaña: 1º: aumenta la vida sexual pero, al mismo tiempo, las enfermedades y los “embarazos no deseados”; 2º: aumenta el grado de infidelidad, lo cual incide en rupturas de pareja; y 3º: muchas personas ven afectadas sus vidas y sus posibilidades futuras seriamente por estos y otros motivos. Es así como surge un conjunto de secuelas dentro de las cuales se pueden mencionar: el aumento de embarazos adolescentes y las dificultades que conlleva asumir responsabilidades maternales antes de tiempo (aunque evidentemente esto no justifica un aborto); los hogares deshechos por la infidelidad y los diversos intentos por “rehacer” la propia vida; los cada vez más hijos con padre ausente; los problemas económicos de todo tipo que origina lo anterior (desde pensiones alimenticias, con todos los problemas que conlleva su cobro y cuantía, hasta la necesidad de las madres solas de trabajar para mantener a sus hijos); el cada vez mayor número de contagiados con diversas enfermedades de transmisión sexual; el descenso de los matrimonios y, por tanto, de la natalidad, etc.

En consecuencia, si se mira todo lo dicho hasta aquí, ¿qué incidirá más en las desigualdades económicas y en la falta de oportunidades para vastos sectores de la población: el sistema económico o *las conductas de los sujetos*? Resulta claro

que el problema tiene muchas otras aristas; pero conviene a veces hacer estas reflexiones, a menudo pasadas por alto, a fin de intentar sacar las consecuencias del caso.

## 6. UN CÍRCULO VICIOSO

El gobierno está preocupado por el sostenido aumento de los embarazos adolescentes, lo cual trae problemas no sólo para estas jóvenes madres que intentan conciliar sus nuevos deberes con sus estudios, sino a veces también para los jóvenes padres, que se encuentran en una situación similar. De esta manera, muchos de los planes y proyectos de ambos se ven truncados por la venida de este nuevo e inocente ser.

Es esta la razón por la cual se ha hecho nuevamente hincapié en los planes de educación sexual, que pretenden inculcarse casi desde que el niño nace, a fin de impedir dichos embarazos; aunque por ahora pareciera que el enfoque atendiera casi exclusivamente al interés de los nuevos padres y no tanto al de sus hijos. Y como siempre, la educación sexual se centra en el llamado “sexo seguro”, fundamentalmente por medio del uso del preservativo, sin percibir que esto es como pretender apagar un incendio echándole leña al fuego.

En efecto, si el mensaje por todos conocido es un llamado casi imperativo a dar rienda suelta al impulso sexual cuándo y cómo se quiera, sin acompañarlo de al menos algunos valores fundamentales (amor, responsabilidad, generosidad), no se ve de qué se quejan las autoridades. A fin de cuentas, una sexualidad desbocada, incentivada no sólo por estos planes educativos, sino también por los continuos mensajes de los medios de comunicación, atenta precisamente contra estos valores que se echan en menos; de ahí que, se insiste, llame la atención la sorpresa de las autoridades ante estos evidentes resultados.

Mientras no se cambie el enfoque de la sexualidad y ella deje de ser vista como un pasatiempo en que literalmente unos usan de otros, el número de embarazos adolescentes seguirá aumentando. Esto no es un simple decir. En Inglaterra, por ejemplo, se ha seguido el mismo camino: hay una intensa educación sexual centrada en el “sexo seguro”; se suministran todo tipo de anticonceptivos gratuitamente, incluso sin que lo sepan los padres; se reparten montañas de información de cómo usarlos y, sin embargo, las tasas de embarazos (y de abortos, además de las enfermedades de transmisión sexual) no hacen más que aumentar día a día. Lo anterior no tiene nada de paradójico, porque mientras se siga con este enfoque de la sexualidad y más anticonceptivos se reparten, al creerse segura, la población, juvenil o no, aumentará su nivel de promiscuidad, y puesto que los anticonceptivos fallan más de lo que muchos quisieran, parece imposible no entrar así en un auténtico –y literal– círculo vicioso.

*El panorama parece claro:* como fruto de esta retroalimentación seguirán aumentando los embarazos adolescentes, no faltarán los iluminados que señalarán que la “solución” ante este problema, que curiosamente escapa a nuestro control, es el aborto. Es lo mismo que ha ocurrido en otros países que nos han antecedido en este camino. Por tanto, no es cierto que el aumento de anticoncepción evite los abortos, sino que se produce, a la postre, todo lo contrario.

Por tanto, o se peca de una tremenda ingenuidad al perseverar con las actuales políticas, o sencillamente se *está pavimentando el camino* para legitimar

el aborto presentándolo como una auténtica “necesidad” ante este problema. Es cosa de querer verlo.

## II. LIBERTAD, NATURALEZA, OBJETIVIDAD

### 1. RASGOS DE INMADUREZ

Lo sepa o no, todo ser vivo gira en torno a sí mismo, no por egoísmo, sino porque el mantenimiento de la vida exige un constante esfuerzo. El hombre, sin embargo, tiene la capacidad de salirse de sí mismo, llegado a un cierto nivel de madurez. Es un proceso largo, que no todos recorren al mismo ritmo; pero lo cierto es que el sujeto se va dando cuenta de que existen otros que merecen el mismo respeto que él exige para sí.

Dentro de este proceso nada fácil, tal vez una de las ayudas más grandes sea la venida de los hijos –por algo se dice que la naturaleza es sabia–, porque nos permite ver el problema “desde fuera”, si así pudiera decirse: nos encontramos con un ser en pleno desarrollo, que, como nosotros en un principio, gira exclusiva o casi exclusivamente en torno a sí, para ir poco a poco madurando. Y al mismo tiempo, los hijos nos obligan como progenitores a entregarnos a ellos, en atención a que merecen, y por eso exigen, un cuidado mínimo por nuestra parte, lo que a su vez permite tomar conciencia de lo que vivieron a su vez nuestros propios padres.

De ahí que podría hablarse a este respecto de un “deber de especie”, esto es, que la retribución a los cuidados que hemos recibido de niños la entregamos a la siguiente generación: lo recibimos gratis, démoslo gratis, podríamos sentenciar. Y lo interesante de la paternidad es que uno se enfrenta a la necesidad de quien no tiene, en principio, medios para defenderse, de quien no posee la fuerza para imponerse y que, literalmente, depende totalmente de nuestra generosidad, al punto que podría llegar a decirse que, en cierta medida, uno deja de pertenecerse a sí mismo.

En consecuencia, lo importante es que en parte gracias a esta experiencia vital es posible darse cuenta de que *uno no es el centro del mundo* y nos faculta para ponernos en el lugar del otro, mirar las cosas desde la visión del prójimo, que muchas veces no puede defenderse por sí mismo, superando la unilateralidad y miopía en la que muchas veces caemos.

Sin embargo, si a la luz de la anterior reflexión miramos el panorama actual, a veces da la impresión de que estuviéramos retrocediendo en esta capacidad de salirnos del propio yo, o si se prefiere, que involucionáramos hacia estadios más primitivos de madurez. Es cosa de ver un conjunto de polémicas, a veces feroces, que cunden actualmente. Si se observa con atención, se ve claramente que en muchos de estos casos (el divorcio, la anticoncepción, el aborto, la fecundación artificial, las células madre embrionarias, la eutanasia, los “derechos” de ciertas minorías supuestamente discriminadas, etc.) lo que se defiende lisa y llanamente es *el propio interés*, no sólo sin mirar qué costos conlleva dicha defensa, sino también si ella es verdaderamente justa. De este modo, centrados exclusivamente en dicho interés subjetivo y muchas veces egoísta, se mueven enormes maquinarias y engranajes para defender lo indefendible, haciendo primar las más de las

veces, y encubierta o camuflada con todo tipo de argumentos, *la fuerza en vez de la razón*.

Por eso, un claro signo de madurez como personas es dejar de ver única o exclusivamente el propio interés, y ponerse en el lugar del otro, de quien se ve perjudicado con la medida que se pretende obtener; actitud muchas veces difícil, pero indispensable para ser auténticamente humanos.

## 2. RAZONES Y SENTIMIENTOS

Como resulta fácilmente comprobable, los temas valóricos nos ocupan cada día más. Esto no tiene nada de extraño, porque en atención a nuestro creciente dominio sobre la naturaleza y los avances en la tecnología, se están originando posibilidades de acción antes absolutamente insospechadas para el ser humano. De ahí que el ámbito de la ética haya tendido a expandirse notoriamente en las últimas décadas, al punto que hoy no sólo atañe a las relaciones con nosotros mismos o con nuestros semejantes, sino que ya incluye al entorno que nos cobija (la ecología) e incluso a las generaciones futuras (por la misma ecología y la bioética).

Sin embargo, entre otros, existe un problema que dificulta sobremanera esta ardua e impostergradable tarea: la intromisión de aspectos más emotivos que racionales en la discusión ética. El problema no deja de ser grave, porque hoy más que nunca requerimos de razonamientos fuertes y bien fundados que permitan obligarnos a nosotros mismos en conciencia, y en caso de que esto no sea suficiente, inspirar al Derecho para encauzar la conducta social cuando razones de bien común y de mínima humanidad así lo exijan.

En realidad, este problema se está haciendo cada vez más frecuente y no hace sino desviar la atención y poner más trabas a esta de por sí difícil tarea. Existen varias posibilidades; sin embargo, tal vez la más socorrida sea el posar de "víctima" ante diversos razonamientos éticos. Lo anterior usualmente se manifiesta en el argumento de sentirse "ofendido" como persona quien realiza una práctica que se critica, esgrimiendo que como para su interlocutor se trata de una conducta criticable, su malicia se transmitiría también a la persona que la ejecuta o que se ve afectada por ella; con lo que desde la argumentación racional se ha pasado, tal vez sin darse cuenta, a la sentimental: la lógica se tiñe de sentimientos, dando la impresión de que la ofensa personal es tan grave, que todo lo demás pasa a segundo plano, al punto que casi se pretende anular al argumento contrario con esta estrategia.

Así por ejemplo, si se dice que la manipulación de embriones es ilícita, quien la practica se considera profundamente humillado; si se señala que el divorcio trae un conjunto de secuelas para los hijos, algunos de quienes se han visto afectados por ellas se sienten discriminados; si se critica la promiscuidad, los que la practican se sienten ofendidos; y así un largo etcétera.

El problema es que con semejante criterio, no sería posible decir nada sin herir la susceptibilidad de alguien; con lo cual la discusión ética sería imposible, porque precisamente si se discute la licitud o ilicitud de una conducta determinada, es por el hecho evidente de que existen personas que la realizan; que sean mejores o peores como seres humanos por hacerla es algo que depende en buena medida de su conocimiento del asunto; pero no se puede pretender silenciar a todo quien critica algo, por realizar uno mismo esa acción que es criticada. Con

semejante argumento, por ejemplo, no sería posible impugnar el robo o la violencia doméstica porque siempre hay sujetos que la practican.

En síntesis, hay que separar el hecho del hechor, sin que la malicia del primero se transmita necesariamente al segundo, a menos, por supuesto, que se obre con conocimiento de causa o con ignorancia culpable.

### 3. DÓNDE ESTÁN LOS CULPABLES

Usualmente, y en particular por influencia kantiana, se dice que el límite de la libertad de uno termina donde comienza la libertad de los demás. De este modo, quienes adhieren a esta tesis, propugnan por una total autonomía del sujeto en sus actividades “personales”, mientras no afecte de manera negativa a otros, a menos, por supuesto, que ellos mismos acepten padecer dichas consecuencias.

Con todo, el límite entre lo “público” y lo “privado” no sólo es difuso, sino muchas veces casi inexistente. En efecto, casi todas las acciones del hombre, por muy “privadas” que sean, tendrán algún tipo de efecto “público” (repercutirán en otros), no sólo porque somos seres sociales por naturaleza, lo cual impide que nos “encapsulemos”, sino además porque el propio sujeto va cambiando, se va haciendo “otro”, motivo por el cual, a la postre, será un individuo distinto el que interactuará con los demás. O si se prefiere, porque el hombre no es un cúmulo de compartimientos estancos, sino una unidad sustancial.

Ahora bien, el problema es que ni siquiera esta creencia de origen kantiano parece estarse respetando hoy por hoy. En efecto, si bien dividida (5 votos contra 4), recientemente la Corte Suprema de Estados Unidos prohibió aplicar una ley federal de 1998, que pretendía proteger a los menores de la pornografía en internet, aduciendo que esta ley viola la libertad de expresión, establecida en la Primera Enmienda de su Constitución. La ley en cuestión había sido fruto de un cúmulo de esfuerzos del gobierno por proteger a los niños de este verdadero flagelo, pero el máximo tribunal consideró más valioso el uso de la libertad que la integridad de sus menores. Y eso que la ley ni siquiera prohíbe o limita la producción y distribución pornográfica, sino sólo exige algunos seguros y garantías para que los menores no tengan un acceso tan fácil a dichas páginas, estableciendo algunas vallas, como claves, códigos de acceso para adultos o tarjetas de crédito.

Mas, parece que el esfuerzo ha sido inútil, porque la Corte ha ordenado al Departamento de Justicia no aplicar esta ley. La cuestión no está totalmente zanjada, porque debe determinarse si la norma es o no inconstitucional.

El problema de fondo, como es obvio, radica en *un concepto exacerbado de la libertad*, que lleva a protegerla incluso más que a la integridad de las personas, en este caso, de los niños. En efecto, ¿la libertad es previa a la persona o la persona es previa a la libertad? O si se prefiere, ¿se agota el ser en su pura libertad? Y de manera más pragmática, ¿quién es para quién: la persona para su libertad o la libertad para la persona?

Son preguntas elementales pero importantes, porque, se quiera o no, las acciones humanas tienen efectos, tanto en uno como en los demás. Y el tema se hace más grave, cuando los afectados son seres indefensos y sobre todo fácilmente corrompibles.

Por eso, *la libertad debe tener como límite el respeto y la integridad de la persona humana*, y en este caso, de las nuevas generaciones. De no tomar con-

ciencia de esto, parece absurdo a posteriori, causado el daño, extrañarse de su presencia, o buscar inquisitivamente a los culpables.

#### 4 “TÚ DECIDES”...

Si uno mira los debates de todo tipo del último tiempo, pareciera que para algunos sectores se hubiera encontrado la fórmula mágica para justificarlo todo: basta con señalar que es el propio sujeto, de manera autónoma y libérrima, quien decide: “tú decides”, se dice, como si con eso se zanjara definitivamente la cuestión.

¿Tú decides? ¿Bastará con eso? Con este argumento, da casi la impresión de que las cosas se transforman como por arte de magia de acuerdo a la decisión de cada uno. Y por supuesto, cualquier limitación, orientación o siquiera sugerencia, por muy lógica y razonable que sea, que señale que hay cosas que son de tal o cual forma, de manera independiente a nuestras “decisiones”, es de inmediato rechazada despectiva, casi furiosamente, calificándola de “censura”, “dogmatismo” o incluso “fundamentalismo”.

En realidad, parece imposible que todo pueda hacerse depender del “tú decides”. O dicho de otra manera, la conducta en sí misma no se vuelve “buena” o “legítima” por el solo hecho de que el sujeto lo decida así. En caso contrario, el “tú decides” podría justificarlo absolutamente todo, puesto que siempre ha habido una evidente “decisión” del sujeto.

Sin embargo, inmediatamente aparece el sentido común: no todo es “decidible”, por la sencilla razón de que existen “otros” tan valiosos como yo mismo, que por una mínima coherencia tienen derecho a un respeto igual al que uno reclama para sí. *No todo uso de la libertad es indiferente*, por mucho que lo “decida” el sujeto. En caso contrario, ¿por qué se castigan ciertas conductas como delito?, ¿por qué hay actitudes que reciben la desaprobación general? Incluso muchas veces la misma autoridad limita estas “decisiones” de diversos sectores. Piénsese, por ejemplo, en la no autorización a una marcha neonazi programada hace algunas semanas en la capital. Si realmente todo dependiera del “tú decides”, no habría motivo ni justificación alguno para haberla impedido: semejante actitud muy bien podría haber sido calificada de totalitaria, injusta o arbitraria.

Y por supuesto, *el mayor límite al “tú decides” no puede ser otro que el valor sacrosanto de la vida humana*. Esto es fundamental, que la vida humana inocente, que es el primero y más fundamental de los derechos humanos, debe ser respetada siempre y bajo toda circunstancia, a menos que el propio sujeto se haya puesto en una situación tal, que no tenga a su vez derecho a exigir ese respeto (como en la legítima defensa, por ejemplo). Mas, salvo en este caso límite, si somos coherentes, la vida es siempre lo primero para todos, nos guste o no, nos convenga o no, y ni el más libérrimo “tú decides” tiene el derecho, ni siquiera eventual, ni aún sólo posible, de atentar contra ella.

Y esto no es ni dogmatismo, ni fundamentalismo ni tampoco, como se ha dicho, una especie de “interdicción moral” de los sujetos, una especie de “paternalismo” que no los deja decidir como adultos. Es simplemente la realidad misma, un mínimo sentido de justicia y de coherencia con nosotros mismos y con la verdadera esencia y respeto de los derechos humanos. Curiosos derechos serían éstos si sólo se respetaran cuando nos conviene o no nos molestan. Aquí, por desgracia (o fortuna) hay que ser radical.

## 5. LEY NATURAL Y DERECHOS HUMANOS. LA NECESIDAD DE UNA JUSTIFICACIÓN

Entre declaraciones, “condoros”, remociones y llamados a desobedecer al gobierno, se ha reabierto el ya largo y profundo debate en torno a *la píldora del día después*.

Lo menos que puede decirse es que el grado de intensidad de la polémica guarda directa relación con la importancia de su objeto y de las convicciones que éste encierra: la vida humana. Y también, cualquier mirada desprejuiciada al menos tendría que reconocer que el debate no se encuentra zanjado en lo que respecta al dato científico; y decimos “al menos”, porque si se analiza la cuestión con más profundidad, pareciera no resistir mayor análisis el eventual efecto abortivo del fármaco, como por lo demás reconocen abiertamente la FDA en Estados Unidos o algunos de los laboratorios que lo producen. Sin embargo, para esto es necesario ser claro previamente en los conceptos, en el sentido de que, *por mera lógica, es la concepción y no la anidación el momento del inicio de la vida*.

Esta situación no es en absoluto nueva: el hombre muchas veces ha manipulado los argumentos para conseguir sus objetivos, y un vistazo a la actividad política de cualquier lugar y época basta para darse cuenta de ello. No obstante, pese a que se recurra a este ardid, parece útil preguntarse por qué se hace. Dicho de otro modo, ¿por qué es tan necesario encontrar una justificación a tal o cual conducta a realizar, manipulando los argumentos si es preciso, y no se realiza ella sin más? ¿Por qué quienes desean proceder de cierto modo se complican la vida buscándole, como se dice coloquialmente, “la quinta pata del gato”?

La razón se ubica en lo más profundo de nuestra antropología, y radica en que para nosotros mismos, es absolutamente necesario encontrar alguna justificación a lo que hacemos, o si se prefiere, la estructura psicológica del ser humano es tan moral, que siempre está calificando las acciones que realiza, evaluándolas, incluso las más íntimas. O lo que es igual, que no le son indiferentes los posibles usos de su libertad. Mas, si para él mismo “no da lo mismo” lo que haga, ello se debe a que en su más profundo interior sabe que hay acciones buenas y malas en sí mismas, o al revés, que *lo bueno y lo malo no dependen sólo de su capricho*. Tan evidente es esto, que, en caso contrario, ninguna acción nos llamaría la atención en cuanto a su moralidad, todas serían equivalentes y, por lo mismo, buscarles una justificación resultaría absurdo, casi patológico. Por tanto, podríamos decir que es nuestra propia naturaleza la que nos traiciona, de tal modo que siempre necesitamos encontrar una justificación a lo que hacemos, por nuestra propia estructura moral.

Mas, si queremos un criterio claro, la moral, al menos en sus principios fundamentales, debe ser clara y objetiva. Pretender una moral de ocasión, que se acomoda a mis caprichos y que puedo cambiar cuando me dé la gana, equivale a no tener moral alguna y aún los más relativistas y escépticos en estos temas profesan algunos valores inamovibles (como, por ejemplo, el respeto que exigen para sí mismos de los demás). Y otro tanto ocurre aquí: para quienes se dicen defensores de los derechos humanos, la vida debe ser tutelada siempre, en las buenas y en las malas, no sólo cuando conviene. En caso contrario, ¿qué coherencia podrían exigir cuando les llegue a ellos mismos el turno de no ser respetados?

## 6. EL DERECHO DEL DESEO

Tal vez uno de los aspectos más contradictorios con nuestro desarrollo moral, o si se prefiere, con nuestra maduración como seres racionales, consista en el papel cada vez más preponderante que se asigna a los deseos en la génesis y fundamentación del Derecho.

En efecto, cada día es más común asistir a acalorados debates en que se defiende el “derecho” de hacer tal o cual cosa, amparado en el interés, deseo o atracción que ejerce sobre un grupo particular, aquello que se pretende juridizar. El matrimonio homosexual, la experimentación con embriones, la crioconservación, la eutanasia o la liberalización de las drogas, son buenos ejemplos de ello: en todos estos casos se defiende el “derecho” a realizar estas prácticas amparado en los deseos de quienes se ven involucrados en ellas, muchas veces sin fijarse en los terceros afectados o en las reales consecuencias que ocasionan en sus mismos defensores.

¿Depende el Derecho de los meros deseos o intereses? Al tenor de lo que venimos comentando, pareciera que las “ganas” de algo fueran la fuente legitimadora para exigir derechos a diestra y siniestra, colocando al Estado como garante de tales pretensiones. Mas, si se piensa bien, parece bastante incierto y peligroso que un aspecto tan importante para la convivencia humana como el Derecho dependa para su génesis de intereses más o menos subjetivos. A fin de cuentas, buena parte de la reflexión jurídica de los últimos dos mil quinientos años ha pretendido lograr exactamente lo contrario: que *el Derecho*, como institución natural del ser humano (puesto que no puede no darse, cualquiera sea la cultura en cuestión), permita una convivencia lo más tolerable posible entre los hombres basada en la justicia; con todo, para lograrlo *debe fundarse en la razón, no en la voluntad ni el capricho*. Buena parte cuando no casi toda la reflexión a este respecto se ha debido, precisamente, a la instrumentalización del Derecho por algunos para obtener ventajas ilegítimas a costa de otros, a su utilización como un arma de los poderosos para oprimir a los débiles o como un títere del poder de turno.

Claramente el Derecho está llamado a otra cosa: no ser un monigote estúpido que baile al son de los caprichos, sino un árbitro imparcial que permita una convivencia ordenada, civilizada, justa. En último término, el Derecho, o si se prefiere, los derechos, emanan de nuestra condición de personas, de nuestra inherente dignidad y del respeto que merecemos. De esta manera, el norte del Derecho debe ser la razón, lo razonable, partiendo por nuestra común dignidad. En caso contrario, se prostituye y a la postre termina traicionando su razón de ser: *constituir un instrumento civilizador para los hombres y no sólo para la ventaja de algunos hombres*.

Así, si queremos ser consecuentes, hay que reconocer en cada persona un ser digno y, además, entender que *el hombre tiene un orden natural para su actuación, en atención a su carácter limitado*: que posee algo así como una ecología humana, una naturaleza que hace que ciertas conductas lo favorezcan como persona y otras lo degraden o incluso aniquilen. Mas lo anterior es un dato a constatar, no un invento a construir, todo lo cual requiere una gran dosis de realismo y, sobre todo, de humildad: humildad para saber que no somos dioses, sino sólo hombres.

### III. POLÍTICA Y DEMOCRACIA

#### 1. LAS DOS CARAS DE UNA DECISIÓN

Por falta de quórum, fracasó en Italia un referéndum que pretendía liberalizar su ley de fecundación asistida, considerada la más restrictiva de Europa. En efecto, ella no permite realizar experimentación con células madre embrionarias, ni la cesión de espermios ni óvulos ajenos a la pareja, limita a tres el número de embriones que se pueden fecundar, e impide la congelación de los así llamados “sobrantes”, entre otras cosas. En el fondo, lo que ocurre es que dicha ley intenta otorgar los mismos derechos a los embriones que a los recién nacidos, lo cual ha sido muy criticado por los sectores autodenominados “progresistas”.

Situaciones como ésta son las que obligan a meditar respecto de los alcances de una votación, por muy popular y democrática que esta sea. En buena medida gracias a la influencia de Rousseau, ha tendido a darse a la voluntad soberana un carácter cuasidivino, y sólo las experiencias trágicas de mediados del siglo XX hicieron darse cuenta a muchos de sus ilusos defensores que dicha voluntad debe tener límites, entre otros, los derechos humanos.

Claro, para varios, son los derechos humanos los que dependen de la voluntad soberana y no lo contrario, esto es, que son los derechos humanos la base y límite de dicha voluntad soberana; con todo, si se piensa de forma más detenida, parece claro que unos “derechos humanos” que dependan de las componendas del momento distan mucho de ser auténticos derechos, “humanos” o no. A lo sumo, serán pactos, tratados de paz, “edictos de tolerancia revocables”, como ha dicho Spaemann, pero no auténticos derechos, que, para ser tales, deben tener una fundamentación y protección fuerte, que precisamente se imponga al abuso del poder, venga de donde venga.

De ahí que en el fondo *esta consulta popular resulte absolutamente incompetente para decidir sobre la materia* en cuestión (lo mismo que una ley), porque atañe al derecho humano básico –*la vida*–, si realmente se cree en unos verdaderos derechos humanos y no en un sucedáneo manoseado y dócil de los mismos que pueden adaptarse a los caprichos del momento, a costa, eso sí, de destruir su auténtica naturaleza y cometido.

*Y esto no es fundamentalismo ni nada parecido.* Piénsese, por ejemplo, qué diría un ecologista si por medio de un referéndum, con todas las formalidades legales, se decidiera, soberanamente, eliminar por completo a las ballenas, o deforestar el Amazonas. ¿Cómo no pondría el grito en el cielo ante tamaña atrocidad, por mucho que lo decida la voluntad popular y soberana? De inmediato se consideraría que tal voluntad es incompetente para esa decisión, que va contra el sentido común, la razón, la naturaleza, en fin, el propio hombre inclusive.

El problema es que esa sensibilidad y objetivismo moral que se tiene respecto de la ecología, muchas veces desaparece, curiosamente, frente al hombre. Y además de resultar paradójico, no deja de ser inquietante: porque si la mayoría realmente pudiera hacer lo que le viniera en gana y tuviera real competencia o legitimidad para decidirlo todo, habría que comenzar a temer respecto de sus decisiones si, por esas casualidades de la vida nada improbables, a uno le tocara la mala suerte de pertenecer a la fracción minoritaria, o si se prefiere, cuando “se da vuelta la tortilla”, como se dice. Inquietante, ¿no?

## 2. PRENSA Y DEMOCRACIA

Sin adelantar por ahora un juicio a su respecto, el caso de la llamada “jueza express” no es sino un botón de muestra de un fenómeno que no deja de proyectar luces y sombras respecto de nuestro actual Estado de Derecho y nuestra democracia.

En efecto, en los últimos años ha sido la prensa la que ha sacado a la luz varios y muchas veces escandalosos casos de corrupción o incluso delitos graves, que han motivado, con diversos resultados, las correspondientes investigaciones. De ahí que se hable de una mediatización de la justicia en Chile. Mas, como en todas las cosas, y sin desconocer sus indudables beneficios, existen también aspectos negativos que vale la pena tener en cuenta.

Un aspecto ciertamente positivo es que por esta labor fiscalizadora se han ventilado situaciones que no debían permanecer ocultas. De ahí que la libertad de información sea una pieza esencial del sistema democrático, que permite que la opinión pública tome conocimiento al menos de algunos asuntos que conciernen al todo social y, en definitiva, el bien de la comunidad.

Con todo, no deja de ser inquietante que fruto de esta misma labor fiscalizadora y tal vez como efecto indirecto e indeseado suyo, quede muchas veces la sensación de que los tribunales no están cumpliendo su papel a cabalidad, todo lo cual resulta más evidente todavía cuando son ellos mismos los afectados con esta labor investigadora, como en el caso actual. De este modo, se va generando una sensación de inoperancia o incluso de corrupción respecto de la globalidad del poder judicial, puesto que aquello que los medios de comunicación resaltan se ve amplificado notablemente, o si se prefiere, adquiere una relevancia muchas veces desproporcionada respecto de otras situaciones tanto o más importantes que no son objeto de la atención de la prensa. Y esto ciertamente es negativo, porque puede ocasionar que en muchos casos se recurra a medios alternativos de solución de conflictos –como la opinión pública–, de suyo desprovistos de las mínimas garantías para los afectados.

Sin embargo, *tal vez el mayor problema radique* en que por este camino puede acabar ocurriendo que la prensa intente ponerse por sobre la ley e incluso pretenda monopolizar la custodia del sistema democrático, convirtiéndose así en una especie de cuarto poder ajeno a la votación y, por tanto, al control popular. De este modo, puede terminar actuando en la más completa impunidad. Y si a esto agregamos la posibilidad nada improbable de que parte de la prensa no sea todo lo objetiva que debiera ser, al encontrarse en muchos casos predispuesta a revelar sólo aquello que convenga a su color político, la situación se vuelve francamente preocupante.

Es por eso que sin desconocer la labor fundamental de la prensa como ente encargado de velar por la transparencia de la democracia, ella no puede convertirse ni en la única ni en la máxima fiscalizadora de la misma, no sólo por no surgir de la votación popular, sino además porque la existencia de otros entes fiscalizadores asegura un adecuado sistema de frenos y contrapesos que evite, en lo posible, abusos. En suma, ni mucho ni poco, puesto que, como decía Aristóteles, es en el justo medio donde se encuentra la virtud de las cosas.

## 3. VOLUNTAD SOBERANA

Como es de sobra conocido, la mentalidad democrática de nuestro tiempo supone que es el pueblo quien decide de manera soberana respecto de sus propios

asuntos, lo cual ha llevado a hablar de un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Sin embargo, estamos asistiendo a un fenómeno curioso, por decir lo menos. Éste consiste en que para muchos asuntos importantes (usualmente, reformas legales o constitucionales de peso), *esta voluntad soberana no siempre es tenida en cuenta*. Temas como la homosexualidad, la eutanasia o la experimentación con embriones son buenos ejemplos de ello. Así, da la impresión de que tales decisiones no obedecerían a dicha voluntad, sino a un programa de gobierno preestablecido, siendo lo realmente importante cómo conseguirlos. De este modo, pueden darse tres situaciones.

Si se cuenta con la mayoría para aprobar lo que esta ideología pretende, por muy antinatural o aberrante que sea, se hace gala de la democracia como gobierno de los acuerdos o las mayorías (que no son lo mismo) y se crucifica a quien pretenda oponerse –por muy racionales que sean sus argumentos–, pese a que en teoría la democracia supone la existencia de una oposición, lo que precisamente permite generar el diálogo.

Por el contrario, si el objetivo a conseguir no cuenta con el apoyo de dicha voluntad popular, la anterior defensa y exaltación de la misma se vuelve una ácida e irónica crítica, enrostrándole su falta de “tolerancia” o su “conservadurismo”, por no estar de acuerdo con lo “políticamente correcto” o los nuevos tiempos. En definitiva, se la trata como un niño o un adolescente que no sabe lo que quiere y al que hay que domesticar mediante *una persistente e implacable manipulación de la opinión pública*, sensibilizándola poco a poco, generalmente mediante casos extremos o casos límite que despierten compasión, que son tenidos como el parámetro para regular una materia de manera general, lo cual obviamente resulta ilógico.

Por último, existe un caso de desconocimiento o menosprecio por dicha voluntad soberana más flagrante aún: ocurre cuando la posición que se pretende imponer no goza de apoyo suficiente, y ni siquiera la pirotecnia sensiblera da sus resultados. En estos casos, esos mismos defensores de la voluntad popular, no contentos con tratarla como a una idiota, sencillamente la ignoran, e intentan imponer sus propias ideas a sus espaldas –pese a que en teoría es ella la que manda–, resultando, en consecuencia, completamente burlada.

El problema es más grave aún, porque, comúnmente, esta voluntad popular está tan adormecida, que por regla general no sólo resulta fácilmente manipulable, sino que además ni siquiera se da cuenta de ello. Sólo esto explica por qué resulta tan fácil silenciarla llegado el caso si no acata, obedientemente, los dictámenes de esa ideología.

En consecuencia, la mayoría se transforma en objeto de adulación cuando conviene, domesticación cuando está indecisa, y de desprecio cuando piensa distinto a la ideología de turno. Lo importante, sin embargo, es que en todos estos casos está siendo utilizada como un simple instrumento y no siendo respetada por sí misma, lo cual hace dudar, poderosamente, de su carácter soberano.

MAX SILVA ABBOTT\*

---

\*Profesor de Fundamentos Filosóficos y Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de la Sma. Concepción. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra.



# DOCUMENTOS



## EN LA VERDAD, LA PAZ

MENSAJE DE SU SANTIDAD BENEDICTO XVI PARA LA CELEBRACIÓN  
DE LA JORNADA MUNDIAL DE LA PAZ  
1 DE ENERO DE 2006

1. Con el tradicional Mensaje para la *Jornada Mundial de la Paz*, al principio del nuevo año, deseo hacer llegar un afectuoso saludo a todos los hombres y a todas las mujeres del mundo, de modo especial a los que sufren a causa de la violencia y de los conflictos armados. Es también un deseo lleno de esperanza por un mundo más sereno, en el que aumente el número de quienes, tanto individual como comunitariamente, se esfuerzan por seguir las vías de la justicia y la paz.

2. Antes de nada, quisiera rendir un homenaje agradecido a mis amados predecesores, los grandes Pontífices Pablo VI y Juan Pablo II, inspirados artífices de paz. Animados por el espíritu de las Bienaventuranzas, supieron leer en los numerosos acontecimientos históricos que marcaron sus respectivos pontificados la intervención providencial de Dios, que nunca olvida la suerte del género humano. Como incansables mensajeros del Evangelio, invitaron repetidamente a todos a reemprender desde Dios la promoción de una convivencia pacífica en todas las regiones de la tierra. Mi primer Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz sigue la línea de esta noble enseñanza: con él, deseo confirmar una vez más la firme voluntad de la Santa Sede de continuar sirviendo a la causa de la paz. El nombre mismo de Benedicto, que adopté el día en que fui elegido para la Cátedra de Pedro, quiere indicar mi firme decisión de trabajar por la paz. En efecto, he querido hacer referencia tanto al Santo Patrono de Europa, inspirador de una civilización pacificadora de todo el Continente, así como al Papa Benedicto XV, que condenó la primera Guerra Mundial como una “matanza inútil”<sup>1</sup> y se esforzó para que todos reconocieran las razones superiores de la paz.

3. El tema de reflexión de este año –“*En la verdad, la paz*”– expresa la convicción de que, donde y cuando el hombre se deja iluminar por el resplandor de la verdad, emprende de modo casi natural el camino de la paz. La Constitución pastoral *Gaudium et spes* del Concilio Ecuménico Vaticano II, clausurado hace ahora 40 años, afirma que la humanidad no conseguirá construir “un mundo más humano para todos los hombres, en todos los lugares de la tierra, a no ser que todos, con espíritu renovado, se conviertan a la verdad de la paz”.<sup>2</sup> Pero, ¿a qué nos referimos al utilizar la expresión “verdad de la paz”? Para contestar adecuadamente a esta pregunta se ha de tener presente que la paz no puede reducirse a la simple ausencia de conflictos armados, sino que debe entenderse como “el fruto de un orden asignado a la sociedad humana por su divino Fundador”, un orden

---

<sup>1</sup>Llamamiento a los Jefes de los pueblos beligerantes (1 agosto 1917): AAS (1970), 423.

<sup>2</sup>Nº 77.

“que los hombres, siempre sedientos de una justicia más perfecta, han de llevar a cabo”<sup>3</sup>. En cuanto resultado de un orden diseñado y querido por el amor de Dios, la paz tiene su verdad intrínseca e inapelable, y corresponde “a un anhelo y una esperanza que nosotros tenemos de manera imborrable”<sup>4</sup>.

4. La paz, concebida de este modo, es un don celestial y una gracia divina, que exige a todos los niveles el ejercicio de una responsabilidad mayor: la de conformar –en la verdad, en la justicia, en la libertad y en el amor– la historia humana con el orden divino. Cuando falta la adhesión al orden trascendente de la realidad, o bien el respeto de aquella “gramática” del diálogo que es la ley moral universal, inscrita en el corazón del hombre<sup>5</sup>; cuando se obstaculiza y se impide el desarrollo integral de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales; cuando muchos pueblos se ven obligados a sufrir injusticias y desigualdades intolerables, ¿cómo se puede esperar la consecución del bien de la paz? En efecto, faltan los elementos esenciales que constituyen la verdad de dicho bien. San Agustín definía la paz como “*tranquillitas ordinis*”<sup>6</sup>, la tranquilidad del orden, es decir, aquella situación que permite en definitiva respetar y realizar por completo la verdad del hombre.

5. Entonces, ¿quién y qué puede impedir la consecución de la paz? A este propósito, la Sagrada Escritura, en su primer Libro, el *Génesis*, resalta la mentira pronunciada al principio de la historia por el ser de lengua bífida, al que el evangelista Juan califica como “padre de la mentira” (*Jn* 8,44). La mentira es también uno de los pecados que recuerda la Biblia en el capítulo final de su último Libro, el *Apocalipsis*, indicando la exclusión de los mentirosos de la Jerusalén celeste: “¡Fuera... todo el que ame y practique la mentira!” (22,15). La mentira está relacionada con el drama del pecado y sus consecuencias perversas, que han causado y siguen causando efectos devastadores en la vida de los individuos y de las naciones. Baste pensar en todo lo que ha sucedido en el siglo pasado, cuando sistemas ideológicos y políticos aberrantes han tergiversado de manera programada la verdad y han llevado a la explotación y al exterminio de un número impresionante de hombres y mujeres, e incluso de familias y comunidades enteras. Después de tales experiencias, ¿cómo no preocuparse seriamente ante las mentiras de nuestro tiempo, que son como el telón de fondo de escenarios amenazadores de muerte en diversas regiones del mundo? La auténtica búsqueda de la paz requiere tomar conciencia de que el problema de la verdad y la mentira concierne a cada hombre y a cada mujer, y que es decisivo para un futuro pacífico de nuestro planeta.

6. La paz es un anhelo imborrable en el corazón de cada persona, por encima de las identidades culturales específicas. Precisamente por esto, cada uno ha de sentirse comprometido en el servicio de un bien tan precioso, procurando que ningún tipo de falsedad contamine las relaciones. Todos los hombres pertenecen

---

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Juan Pablo II, *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2004*, 9.

<sup>5</sup> Cf. Juan Pablo II, *Discurso a la 50ª Asamblea General de las Naciones Unidas*, 5 octubre 1995, 3.

<sup>6</sup> *De civitate Dei*, XIX, 13.

a una misma y única familia. La exaltación exasperada de las propias diferencias contrasta con esta verdad de fondo. Hay que recuperar la conciencia de estar unidos por un mismo destino, trascendente en última instancia, para poder valorar mejor las propias diferencias históricas y culturales, buscando la coordinación, en vez de la contraposición, con los miembros de otras culturas. Estas simples verdades son las que hacen posible la paz; y son fácilmente comprensibles cuando se escucha al propio corazón con pureza de intención. Entonces la paz se presenta de un modo nuevo: no como simple ausencia de guerra, sino como convivencia de todos los ciudadanos en una sociedad gobernada por la justicia, en la cual se realiza en lo posible, además, el bien para cada uno de ellos. La verdad de la paz llama a todos a cultivar relaciones fecundas y sinceras, estimula a buscar y recorrer la vía del perdón y la reconciliación, a ser transparentes en las negociaciones y fieles a la palabra dada. En concreto, el discípulo de Cristo, que se ve acechado por el mal y por eso necesitado de la intervención liberadora del divino Maestro, se dirige a Él con confianza, consciente de que “Él no cometió pecado ni encontraron engaño en su boca” (1 P 2,22; cf. Is 53,9). En efecto, Jesús se presentó como la Verdad en persona y, hablando en una visión al vidente del Apocalipsis, manifestó un rechazo total a “todo el que ame y practique la mentira” (Ap 22,15). Él es quien revela la plena verdad del hombre y de la historia. Con la fuerza de su gracia es posible estar en la verdad y vivir de la verdad, porque sólo Él es absolutamente sincero y fiel. Jesús es la verdad que nos da la paz.

7. La verdad de la paz ha de tener un valor en sí misma y hacer valer su luz beneficiosa, incluso en las situaciones trágicas de guerra. Los Padres del Concilio Ecuménico Vaticano II, en la Constitución pastoral *Gaudium et spes*, subrayan que “una vez estallada desgraciadamente la guerra, no todo es lícito entre los contendientes”<sup>7</sup>. La Comunidad Internacional ha elaborado un derecho internacional humanitario para limitar lo más posible las consecuencias devastadoras de la guerra, sobre todo entre la población civil. La Santa Sede ha expresado en numerosas ocasiones y de diversas formas su apoyo a este derecho humanitario, animando a respetarlo y aplicarlo con diligencia, convencida de que, incluso en la guerra, existe la verdad de la paz. El derecho internacional humanitario se ha de considerar una de las manifestaciones más felices y eficaces de las exigencias que se derivan de la verdad de la paz. Precisamente por eso, se impone como un deber para todos los pueblos respetar este derecho. Se ha de apreciar su valor y es preciso garantizar su correcta aplicación, actualizándolo con normas concretas capaces de hacer frente a los escenarios variables de los actuales conflictos armados, así como al empleo de armamentos nuevos y cada vez más sofisticados.

8. Pienso con gratitud en las Organizaciones Internacionales y en todos los que trabajan con esfuerzo constante para aplicar el derecho internacional humanitario. ¿Cómo podría olvidar, a este respecto, a tantos soldados empeñados en delicadas operaciones para controlar los conflictos y restablecer las condiciones necesarias para lograr la paz? A ellos deseo recordar también las palabras del Concilio Vaticano II: “Los que, destinados al servicio de la patria, se encuentran en el ejército, deben considerarse a sí mismos como servidores de la seguridad y de la libertad

---

<sup>7</sup>Nº 19.

de los pueblos, y mientras desempeñan correctamente esta función, contribuyen realmente al establecimiento de la paz”<sup>8</sup>. En esta apremiante perspectiva se sitúa la acción pastoral de los Obispos castrenses de la Iglesia católica: dirijo mi aliento tanto a los Ordinarios como a los capellanes castrenses para que sigan siendo, en todo ámbito y situación, fieles evangelizadores de la verdad de la paz.

9. Hoy en día, la verdad de la paz sigue estando en peligro y negada de manera dramática por el terrorismo que, con sus amenazas y acciones criminales, es capaz de tener al mundo en estado de ansiedad e inseguridad. Mis Predecesores Pablo VI y Juan Pablo II intervinieron en muchas ocasiones para denunciar la terrible responsabilidad de los terroristas y condenar la insensatez de sus planes de muerte. En efecto, estos planes se inspiran con frecuencia en un nihilismo trágico y sobrecogedor, que el Papa Juan Pablo II describió con estas palabras: “Quien mata con atentados terroristas cultiva sentimientos de desprecio hacia la humanidad, manifestando desesperación ante la vida y el futuro; desde esta perspectiva, se puede odiar y destruir todo”<sup>9</sup>. Pero no sólo el nihilismo, sino también el fanatismo religioso, que hoy se llama frecuentemente fundamentalismo, puede inspirar y alimentar propósitos y actos terroristas. Intuyendo desde el principio el peligro destructivo que representa el fundamentalismo fanático, Juan Pablo II lo denunció enérgicamente, llamando la atención sobre quienes pretenden imponer con la violencia la propia convicción acerca de la verdad, en vez de proponerla a la libre aceptación de los demás. Y añadía: “Pretender imponer a otros con la violencia lo que se considera como la verdad, significa violar la dignidad del ser humano y, en definitiva, ultrajar a Dios, del cual es imagen”<sup>10</sup>.

10. Bien mirado, tanto el nihilismo como el fundamentalismo mantienen una relación errónea con la verdad: los nihilistas niegan la existencia de cualquier verdad, los fundamentalistas tienen la pretensión de imponerla con la fuerza. Aun cuando tienen orígenes diferentes y sus manifestaciones se producen en contextos culturales distintos, el nihilismo y el fundamentalismo coinciden en un peligroso desprecio del hombre y de su vida y, en última instancia, de Dios mismo. En efecto, en la base de tan trágico resultado común está, en último término, la tergiversación de la plena verdad de Dios: el nihilismo niega su existencia y su presencia providente en la historia; el fundamentalismo fanático desfigura su rostro benevolente y misericordioso, sustituyéndolo con ídolos hechos a su propia imagen. En el análisis de las causas del fenómeno contemporáneo del terrorismo es deseable que, además de las razones de carácter político y social, se tengan en cuenta también las más hondas motivaciones culturales, religiosas e ideológicas.

11. Ante los riesgos que vive la humanidad en nuestra época, es tarea de todos los católicos intensificar en todas las partes del mundo el anuncio y el testimonio del “Evangelio de la paz”, proclamando que el reconocimiento de la plena verdad de Dios es una condición previa e indispensable para la consolidación de la verdad de la paz. Dios es Amor que salva, Padre amoroso que desea ver cómo sus hijos se

---

<sup>8</sup>*Ibíd.*

<sup>9</sup>*Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2002, 6.*

<sup>10</sup>*Ibíd.*

reconocen entre ellos como hermanos, responsablemente dispuestos a poner los diversos talentos al servicio del bien común de la familia humana. Dios es fuente inagotable de la esperanza que da sentido a la vida personal y colectiva. Dios, sólo Dios, hace eficaz cada obra de bien y de paz. La historia ha demostrado con creces que luchar contra Dios para extirparlo del corazón de los hombres lleva a la humanidad, temerosa y empobrecida, hacia opciones que no tienen futuro. Esto ha de impulsar a los creyentes en Cristo a ser testigos convincentes de Dios, que es verdad y amor al mismo tiempo, poniéndose al servicio de la paz, colaborando ampliamente en el ámbito ecuménico, así como con las otras religiones y con todos los hombres de buena voluntad.

12. Al observar el actual contexto mundial, podemos constatar con agrado algunas señales prometedoras en el camino de la construcción de la paz. Pienso, por ejemplo, en la disminución numérica de los conflictos armados. Ciertamente, se trata todavía de pasos muy tímidos en el camino de la paz, pero que permiten vislumbrar ya un futuro de mayor serenidad, en particular para las poblaciones tan castigadas de Palestina, la tierra de Jesús, y para los habitantes de algunas regiones de África y de Asia, que esperan desde hace años una conclusión positiva de los procesos de pacificación y reconciliación emprendidos. Son signos consoladores, que necesitan ser confirmados y consolidados mediante una acción concorde e infatigable, sobre todo por parte de la Comunidad Internacional y de sus Organismos, encargados de prevenir los conflictos y dar una solución pacífica a los actuales.

13. No obstante, todo esto no debe inducir a un optimismo ingenuo. En efecto, no se puede olvidar que, por desgracia, existen todavía sangrientas contiendas fratricidas y guerras desoladoras que siembran lágrimas y muerte en vastas zonas de la tierra. Hay situaciones en las que el conflicto, encubierto como el fuego bajo la ceniza, puede estallar de nuevo causando una destrucción de imprevisible magnitud. Las autoridades que, en lugar de hacer lo que está en sus manos para promover eficazmente la paz fomentan en los ciudadanos sentimientos de hostilidad hacia otras naciones, asumen una gravísima responsabilidad: ponen en peligro, en zonas ya de riesgo, los delicados equilibrios alcanzados a costa de laboriosas negociaciones, contribuyendo así a hacer más inseguro y sombrío el futuro de la humanidad. ¿Qué decir, además, de los gobiernos que se apoyan en las armas nucleares para garantizar la seguridad de su país? Junto con innumerables personas de buena voluntad, se puede afirmar que este planteamiento, además de funesto, es totalmente falaz. En efecto, en una guerra nuclear no habría vencedores, sino sólo víctimas. La verdad de la paz exige que todos –tanto los gobiernos que de manera declarada u oculta poseen armas nucleares, como los que quieren procurárselas– inviertan conjuntamente su orientación con opciones claras y firmes, encaminándose hacia un desarme nuclear progresivo y concordado. Los recursos ahorrados de este modo podrían emplearse en proyectos de desarrollo en favor de todos los habitantes y, en primer lugar, de los más pobres.

14. A este propósito, se han de mencionar con amargura los datos sobre un aumento preocupante de los gastos militares y del comercio siempre próspero de las armas, mientras se quedan como estancadas en el pantano de una indiferencia casi general el proceso político y jurídico emprendido por la Comunidad Internacional para consolidar el camino del desarme. ¿Qué futuro de paz será

posible si se continúa invirtiendo en la producción de armas y en la investigación dedicada a desarrollar otras nuevas? El anhelo que brota desde lo más profundo del corazón es que la Comunidad Internacional sepa encontrar la valentía y la cordura de impulsar nuevamente, de manera decidida y conjunta, el desarme, aplicando concretamente el derecho a la paz, que es propio de cada hombre y de cada pueblo. Los diversos Organismos de la Comunidad Internacional, comprometiéndose a salvaguardar el bien de la paz, obtendrían la autoridad moral que es indispensable para hacer creíbles e incisivas sus iniciativas.

15. Los primeros beneficiarios de una valiente opción por el desarme serán los países pobres que, después de tantas promesas, reclaman justamente la realización concreta del derecho al desarrollo. Este derecho también ha sido reafirmado solemnemente en la reciente Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, que ha celebrado este año el 60 aniversario de su fundación. La Iglesia católica, a la vez que confirma su confianza en esta Organización internacional, desea su renovación institucional y operativa que la haga capaz de responder a las nuevas exigencias de la época actual, caracterizada por el fenómeno difuso de la globalización. La Organización de las Naciones Unidas ha de llegar a ser un instrumento cada vez más eficiente para promover en el mundo los valores de la justicia, de la solidaridad y de la paz. La Iglesia, por su parte, fiel a la misión que ha recibido de su Fundador, no deja de proclamar por doquier el “Evangelio de la paz”. Animada por su firme convicción de prestar un servicio indispensable a cuantos se dedican a promover la paz, recuerda a todos que, para que la paz sea auténtica y duradera, ha de estar construida sobre la roca de la verdad de Dios y de la verdad del hombre. Sólo esta verdad puede sensibilizar los ánimos hacia la justicia, abrirlos al amor y a la solidaridad, y alentar a todos a trabajar por una humanidad realmente libre y solidaria. Ciertamente, sólo sobre la verdad de Dios y del hombre se construyen los fundamentos de una auténtica paz.

16. Al concluir este mensaje, quiero dirigirme de modo particular a los creyentes en Cristo, para renovarles la invitación a ser discípulos atentos y disponibles del Señor. Escuchando el Evangelio, queridos hermanos y hermanas, aprendemos a fundamentar la paz en la verdad de una existencia cotidiana inspirada en el mandamiento del amor. Es necesario que cada comunidad se entregue a una labor intensa y capilar de educación y de testimonio, que ayude a cada uno a tomar conciencia de que urge descubrir cada vez más a fondo la verdad de la paz. Al mismo tiempo, pido que se intensifique la oración, porque la paz es ante todo don de Dios que se ha de suplicar continuamente. Gracias a la ayuda divina, resultará ciertamente más convincente e iluminador el anuncio y el testimonio de la verdad de la paz. Dirijamos con confianza y filial abandono la mirada hacia María, la Madre del Príncipe de la Paz. Al principio de este nuevo año le pedimos que ayude a todo el Pueblo de Dios a ser en toda situación agente de paz, dejándose iluminar por la Verdad que nos hace libres (cf. *Jn* 8,32). Que por su intercesión la humanidad incremente su aprecio por este bien fundamental y se comprometa a consolidar su presencia en el mundo, para legar un futuro más sereno y más seguro a las generaciones venideras.

*S.S. BENEDICTO XVI.*

## DISCURSO DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI A LOS PRESIDENTES DE LAS COMISIONES EPISCOPALES PARA LA FAMILIA Y LA VIDA DE AMÉRICA LATINA

### QUERIDOS HERMANOS EN EL EPISCOPADO:

1. Me complace recibiros con ocasión del tercer encuentro de los presidentes de las comisiones episcopales para la familia y la vida de América Latina. Deseo expresar mi gratitud por las palabras que me ha dirigido el señor cardenal Alfonso López Trujillo, presidente del Consejo pontificio para la familia. Soy testigo, junto con toda la Iglesia, de la solicitud con que el Papa Juan Pablo II se entregó a este tema tan importante. Por mi parte, asumo esta misma preocupación, que afecta en gran medida al futuro de la Iglesia y de los pueblos, ya que, como afirmaba mi predecesor en la exhortación apostólica *Familiaris consortio*, “el futuro de la humanidad se fragua en la familia. Por consiguiente es indispensable y urgente que todo hombre de buena voluntad se esfuerce por salvar y promover los valores y exigencias de la familia”. Y añadía: “Corresponde también a los cristianos el deber de *anunciar con alegría y convicción la “buena nueva” sobre la familia* que tiene absoluta necesidad de escuchar siempre de nuevo y de entender cada vez mejor las palabras auténticas que le revelan su identidad, sus recursos interiores, la importancia de su misión en la ciudad de los hombres y en la de Dios” (n. 86). La mencionada exhortación, junto con la Carta a las familias *Gratissimam sane* y la encíclica *Evangelium vitae* constituyen como un luminoso tríptico que debe inspirar vuestra tarea de pastores.

2. Quiero agradecer, de modo especial, vuestra solicitud pastoral en el intento por salvaguardar los valores fundamentales del matrimonio y de la familia, amenazados por el fenómeno actual de la secularización, que impide a la conciencia social llegar a descubrir adecuadamente la identidad y misión de la institución familiar, y últimamente por la presión de leyes injustas que desconocen los derechos fundamentales de la misma.

Frente a esta situación, contemplo con complacencia cómo crece y se consolida la labor de las Iglesias particulares en favor de esta institución humana, que hunde sus raíces en el designio amoroso de Dios y representa el *modelo* insustituible para el bien común de la humanidad. Son muchísimos los hogares que dan una respuesta generosa al Señor, y, además, abundan las experiencias pastorales, signo de una nueva vitalidad, en las que, a través de una mejor preparación para el matrimonio, se fortalece la identidad de la familia.

3. Vuestro deber de pastores es presentar en toda su riqueza el valor extraordinario del matrimonio que, como institución natural, es “patrimonio de la humanidad”. Por otra parte, su elevación a la altísima dignidad de sacramento debe ser contem-

plada con gratitud y estupor, como ya lo expresé recientemente al afirmar que “el valor de sacramento que el matrimonio asume en Cristo significa, por tanto, que el don de la creación fue elevado a gracia de redención. La gracia de Cristo no se añade desde fuera a la naturaleza del hombre, no le hace violencia, sino que la libera y la restaura, precisamente al elevarla más allá de sus propios límites” (*Discurso en la Ceremonia de apertura de la Asamblea Eclesial de la Diócesis de Roma*, 6 de junio de 2005).

4. El amor y la entrega total de los esposos, con sus notas peculiares de exclusividad, fidelidad, permanencia en el tiempo y apertura a la vida, está en la base de esa comunidad de vida y amor, que es el matrimonio (cf. *Gaudium et spes*, 48). Hoy es preciso anunciar con renovado entusiasmo que el evangelio de la familia es un camino de realización humana y espiritual, con la certeza de que el Señor está siempre presente con su gracia. Este anuncio a menudo es desfigurado por falsas concepciones del matrimonio y de la familia que no respetan el proyecto originario de Dios. En este sentido, se han llegado a proponer nuevas formas de matrimonio, algunas de ellas desconocidas en las culturas de los pueblos, en las que se altera su naturaleza específica.

También en el ámbito de la vida están surgiendo nuevos planteamientos, que ponen en tela de juicio este derecho fundamental. Como consecuencia, se facilita la eliminación del embrión o su uso arbitrario en aras del progreso de la ciencia que, al no reconocer sus propios límites y no aceptar todos los principios morales que permiten salvaguardar la dignidad de la persona, se convierte en una amenaza para el ser humano mismo, quedando reducido a un objeto o a un mero instrumento. Cuando se llega a estos niveles se resiente la misma sociedad y se estremecen sus fundamentos con toda clase de riesgos.

5. En América Latina, como en todas partes, los hijos tienen el derecho de nacer y crecer en el seno de una familia fundada sobre el matrimonio, donde los padres sean los primeros educadores de la fe de sus hijos, y éstos puedan alcanzar su plena madurez humana y espiritual.

Verdaderamente, los hijos son la mayor riqueza y el bien máspreciado de la familia. Por eso es necesario ayudar a todas las personas a tomar conciencia del mal intrínseco del crimen del aborto que, al atentar contra la vida humana en su inicio, es también una agresión contra la sociedad misma. De ahí que los políticos y legisladores, como servidores del bien social, tienen el deber de defender el derecho fundamental a la vida, fruto del amor de Dios.

6. Es indudable que para la acción pastoral, en una materia tan delicada y compleja, y en la que intervienen diversas disciplinas y se tratan cuestiones tan fundamentales, se requiere una *cuidadosa preparación* de los agentes pastorales en las diócesis. Así, los sacerdotes, como colaboradores inmediatos de los obispos, han de poder recibir una sólida preparación en este campo, que les permita afrontar con competencia y convicción la problemática suscitada en su labor pastoral. En cuanto a los laicos, sobre todo los que dedican sus energías a este servicio de las familias, necesitan también una válida y elevada formación, que les ayude a testimoniar la grandeza y el valor permanente del matrimonio en la sociedad actual.

7. Queridos hermanos, como bien sabéis, está ya próximo el V Encuentro mundial de las familias, en Valencia, España, y que tendrá como tema: *La transmisión de la fe en familia*. A este respecto, deseo expresar mi cordial saludo al arzobispo de aquella ciudad, mons. Agustín García-Gasco, el cual participa en este Encuentro y que, con el Consejo pontificio para la familia, lleva a cabo la ardua tarea de su preparación. Os animo a todos para que numerosas delegaciones de las Conferencias episcopales, diócesis y movimientos de América Latina, puedan participar en tan importante evento eclesial. Por mi parte, apoyo decididamente la celebración de este Encuentro y lo pongo bajo la amorosa protección de la Sagrada Familia.

A vosotros, queridos pastores, y a todas las familias de América Latina imparto de corazón mi bendición apostólica.

VATICANO, 3 DE DICIEMBRE DE 2005.



## MENSAJE DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI A LOS MIEMBROS DE LAS ACADEMIAS PONTIFICIAS

SEÑOR CARDENAL;  
VENERADOS HERMANOS EN EL EPISCOPADO Y EN EL SACERDOCIO;  
QUERIDOS HERMANOS Y HERMANAS:

Me alegra enviaros un saludo especial a todos vosotros, que participáis en la décima sesión pública de las Academias pontificias, momento importante del camino anual de trabajo de cada Academia pontificia, y meta significativa del recorrido realizado juntos. En efecto, el Consejo de coordinación entre Academias pontificias fue instituido hace exactamente diez años por el siervo de Dios Juan Pablo II, con el fin de dar nuevo impulso a la vida y a las actividades de las mismas Academias.

Dirijo un afectuoso saludo al señor cardenal Paul Poupard, presidente del Consejo de coordinación entre Academias pontificias, y le agradezco el empeño con que ha llevado a cabo su tarea, siguiendo primero la reforma de las Academias y, después, su desarrollo según una finalidad precisa: ofrecer a la Iglesia, así como al mundo de la cultura y de las artes, un proyecto renovado de auténtico humanismo cristiano, válido y significativo para los hombres y las mujeres del tercer milenio. Saludo, asimismo, a los cardenales, a los hermanos en el episcopado, a los embajadores, a los sacerdotes, a los responsables y a los representantes de las Academias pontificias que han intervenido en esa sesión pública.

Esta solemne asamblea, en la que son protagonistas la Academia pontificia de Santo Tomás de Aquino y la Academia pontificia de teología, se desarrolla en torno a una temática –“Cristo, Hijo de Dios, hombre perfecto, “medida del verdadero humanismo””– que aprecio particularmente, dada su centralidad y esencialidad tanto en la reflexión teológica como en la experiencia de fe de todo cristiano. La cultura actual, profundamente marcada por un subjetivismo que desemboca muchas veces en el individualismo extremo o en el relativismo, impulsa a los hombres a convertirse en única medida de sí mismos, perdiendo de vista otros objetivos que no estén centrados en su propio yo, transformado en único criterio de valoración de la realidad y de sus propias opciones.

De este modo, el hombre tiende a replegarse cada vez más en sí mismo, a encerrarse en un microcosmos existencial asfixiante, en el que ya no tienen cabida los grandes ideales, abiertos a la trascendencia, a Dios. En cambio, el hombre que se supera a sí mismo y no se deja encerrar en los estrechos límites de su propio egoísmo, es capaz de una mirada auténtica hacia los demás y hacia la creación. Así, toma conciencia de su característica esencial de criatura en continuo devenir, llamada a un crecimiento armonioso en todas sus dimensiones, comenzando precisamente por la interioridad, para llegar a la realización plena del proyecto que el Creador ha grabado en su ser más profundo.

Algunas tendencias o corrientes culturales pretenden dejar a los hombres en un estado de minoridad, de infancia o de adolescencia prolongada. Al contrario, la palabra de Dios nos estimula decididamente a la madurez y nos invita a compro-

meternos con todas nuestras fuerzas en un alto grado de humanidad. San Pablo, escribiendo a la comunidad de Éfeso, exhortaba a los cristianos a no comportarse como los paganos, “según la vaciedad de su mente, sumergido su pensamiento en las tinieblas y excluidos de la vida de Dios” (Ef 4, 17-18). Al contrario, los verdaderos discípulos del Señor, lejos de permanecer en el estado de niños zarandeados por cualquier viento de doctrina (cf. Ef 4, 14), se esfuerzan por llegar “al estado de hombre perfecto, a la madurez de la plenitud de Cristo” (Ef 4, 13). Por consiguiente, Jesucristo, Hijo de Dios, donado por el Padre a la humanidad para restaurar su imagen desfigurada por el pecado, es el hombre perfecto, según el cual se mide el verdadero humanismo. Con él debe confrontarse todo hombre; hacia él, con la ayuda de la gracia, debe tender con todo su corazón, con toda su mente y con todas sus fuerzas, para realizar plenamente su existencia, para responder con alegría y entusiasmo a la altísima vocación inscrita en su corazón (cf. *Gaudium et spes*, 22).

Por eso, me dirijo particularmente a vosotros, queridos e ilustres académicos, para exhortaros a promover con entusiasmo y pasión, cada uno en su campo propio de estudio e investigación, la edificación de este nuevo humanismo. Tenéis la tarea de volver a proponer, con vuestra competencia, la belleza, la bondad y la verdad del rostro de Cristo, en quien todo hombre está llamado a reconocer sus rasgos más auténticos y originales, el modelo que hay que imitar cada vez mejor. Así pues, vuestra ardua tarea, vuestra alta misión consiste en indicar a Cristo al hombre de hoy, presentándolo como la verdadera medida de la madurez y de la plenitud humana.

Queridos amigos, siguiendo la tradición inaugurada por mi venerado predecesor, me alegra confirmar el premio de las Academias pontificias, instituido hace diez años para estimular el compromiso de jóvenes estudiosos, artistas e instituciones, que dedican su actividad a la promoción de los valores cristianos. Por eso, acogiendo la propuesta formulada por el Consejo de coordinación, me complace conceder el premio de las Academias pontificias al doctor Giovanni Catapano, de Pordenone, por su obra “El concepto de filosofía en los primeros escritos de Agustín. Análisis de los pasajes metafilosóficos desde el *Contra Academicos* al *De vera religione*”, en la que se investiga agudamente la concepción filosófica del “primer” Agustín en sus aspectos más originales.

Además, por sugerencia del mismo Consejo de coordinación, como signo de aprecio y aliento, deseo entregar una medalla del pontificado a otros dos estudiosos: al doctor Massimiliano Marianelli, de Lama (Perusa), por su obra “La metáfora recuperada. Mitos y símbolos en la filosofía de Simone Weil”, y al profesor reverendo Santiago Sanz Sánchez, originario de Talavera de la Reina (Toledo), por su disertación titulada “La relación “creación y alianza” en la teología contemporánea: *status quaestionis* y reflexiones filosófico-teológicas”.

Por último, quisiera manifestar a todos los académicos, y especialmente a los miembros de la Academia pontificia de Santo Tomás de Aquino y de la Academia pontificia de teología, mi profundo aprecio por la actividad desarrollada, y expresar el deseo de un renovado y generoso compromiso en el campo teológico y filosófico.

Con estos sentimientos, a la vez que os encomiendo a cada uno de vosotros, así como vuestra valiosa obra de estudio e investigación creativa, a la protección materna de la Virgen María, Madre de Cristo, verdadero Dios y verdadero hombre, imparto a todos de corazón una especial bendición apostólica.

VATICANO, 5 DE NOVIEMBRE DE 2005.

## QUÉ ES Y QUÉ NO ES EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA (Algunos textos del magisterio pontificio / SS. Juan Pablo II)

### SÓLO EXISTE UN MODELO DE MATRIMONIO

“La importancia de la sacramentalidad del matrimonio, y la necesidad de la fe para conocer y vivir plenamente esta dimensión, podrían también dar lugar a algunos equívocos, tanto en la admisión al matrimonio como en el juicio sobre su validez. La Iglesia no rechaza la celebración del matrimonio a quien está bien dispuesto, aunque esté imperfectamente preparado desde el punto de vista sobrenatural, con tal de que tenga la recta intención de casarse según la realidad natural del matrimonio. En efecto, no se puede configurar, junto al matrimonio natural, otro modelo de matrimonio cristiano con requisitos sobrenaturales específicos.

No se debe olvidar esta verdad en el momento de delimitar la exclusión de la sacramentalidad (cf. canon 1101, § 2) y el error determinante acerca de la dignidad sacramental (cf. canon 1099) como posibles motivos de nulidad. En ambos casos es decisivo tener presente que una actitud de los contrayentes que no tenga en cuenta la dimensión sobrenatural en el matrimonio puede anularlo sólo si niega su validez en el plano natural, en el que se sitúa el mismo signo sacramental. La Iglesia católica ha reconocido siempre los matrimonios entre no bautizados, que se convierten en sacramento cristiano mediante el bautismo de los esposos, y no tiene dudas sobre la validez del matrimonio de un católico con una persona no bautizada, si se celebra con la debida dispensa”.

JUAN PABLO II: Discurso a los prelados auditores, defensor del vínculo y abogados de La Rota romana, jueves 20 de enero. *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, año XXXV, núm. 6 (1780), 7 de febrero de 2003.

### LA VERDAD SOBRE EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA. SÓLO EN EL ÁMBITO DEL AMOR CONYUGAL SE RESPETA PLENAMENTE EL VALOR DE LA PERSONA HUMANA

“Un aspecto particularmente actual y decisivo para el futuro de la familia y de la humanidad es el respeto del hombre a sus orígenes y a las modalidades de su procreación. Cada vez con mayor insistencia surgen proyectos que sitúan los comienzos de la vida humana en ámbitos diversos de la unión conyugal entre el varón y la mujer. Son proyectos basados a menudo en presuntas justificaciones médicas y científicas. En efecto, con el pretexto de asegurar una mejor calidad de vida mediante un control genético o contribuir al progreso de la investigación médica y científica, se proponen experimentaciones con embriones humanos y métodos para su producción que abren la puerta a manipulaciones y abusos por parte de quien se arroga un poder arbitrario e ilimitado sobre el ser humano.

La verdad plena sobre el matrimonio y la familia, que se nos reveló en Cristo, es una luz que permite captar las dimensiones constitutivas de lo que es auténticamente humano en la procreación misma. Como enseña el Concilio Vaticano II, los esposos, unidos por el vínculo conyugal, están llamados a expresar su entrega mutua con los actos honestos y dignos propios del matrimonio (cf. *Gaudium et spes*, 49) y a acoger con responsabilidad y gratitud a los hijos, “el don más excelente del matrimonio” (ib., 50). Así, precisamente con su donación corporal, se convierten en colaboradores del amor de Dios Creador. Al participar en el don de la vida y del amor, reciben la capacidad de corresponder a él y, a su vez, transmitirlo.

Por consiguiente, el ámbito del amor de los esposos y la mediación corpórea del acto conyugal son el único lugar en el que se reconoce y respeta plenamente el valor singular del nuevo ser humano, llamado a la vida. En efecto, no se puede reducir al hombre a sus componentes genéticos y biológicos, aunque participen en su dignidad personal. Todo hombre que viene al mundo está llamado desde siempre por el Padre a participar en Cristo, por el Espíritu, en la plenitud de la vida de Dios. Por tanto, ya desde el instante misterioso de su concepción debe ser acogido y tratado como persona, creada a imagen y semejanza de Dios mismo (cf. Gn., 1, 26)”.

JUAN PABLO II: Discurso en el XX aniversario de la creación del Instituto Juan Pablo II para estudios sobre el matrimonio y la familia. *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, año XXXIII, núm. 23 (1693), 8 de junio de 2001.

#### NO DEBE EQUIPARARSE EL MATRIMONIO CON OTRAS FORMAS DE CONVIVENCIA

“De particular importancia es la necesidad de sostener la unicidad del matrimonio como unión para toda la vida entre un hombre y una mujer, en la que, como marido y mujer, participan en la amorosa obra creadora de Dios. Equiparar al matrimonio otras formas de convivencia oscurece la santidad del matrimonio y viola su profundo valor en el plan de Dios para la humanidad (cf. *Familiaris consortio*, 3)”.

JUAN PABLO II: Visita “ad limina”. Discurso a los obispos de Inglaterra y Gales, jueves 23 de octubre. *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, año XXXV, núm. 45 (1819), de 7 de noviembre de 2003.

#### LA FAMILIA COMO COMUNIDAD HUMANA FUNDADA EN EL MATRIMONIO ESTABLE, FIEL Y RECONOCIDO PÚBLICAMENTE

“Vosotras, queridas familias cristianas, no dudéis en proponer, ante todo con el testimonio de vuestra vida, el auténtico proyecto de Dios sobre la familia como comunidad de vida fundada en el matrimonio, es decir, en la unión estable y fiel de un hombre y una mujer, unidos entre sí por un vínculo manifestado y reconocido públicamente”.

JUAN PABLO II: Homilía durante la santa misa para las familias en Riejka, domingo de Pentecostés, 8 de junio. *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, año XXXV, núm. 24, 13 de junio de 2003.

#### EL NEXO DE LA SECULARIZACIÓN Y LA CRISIS DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

“El nexo entre la secularización y la crisis del matrimonio y de la familia es muy evidente. La crisis sobre el sentido de Dios y sobre el sentido del bien y del mal moral ha llegado a ofuscar el conocimiento de los principios básicos del matrimonio mismo y de la familia que en él se funda. Para una recuperación efectiva de la verdad en este campo, es preciso redescubrir la dimensión trascendente que es intrínseca a la verdad plena sobre el matrimonio y sobre la familia, superando toda dicotomía orientada a separar los aspectos profanos de los religiosos, como si existieran dos matrimonios: uno profano y otro sagrado.

“Creó Dios al ser humano a imagen suya, a imagen de Dios lo creó, varón y hembra los creó” (*Gn.* 1, 27). La imagen de Dios se encuentra también en la dualidad hombre-mujer y en su comunión interpersonal. Por eso, la trascendencia es inherente al ser mismo del matrimonio, ya desde del principio, porque lo es en la misma distinción natural entre el hombre y la mujer en el orden de la creación. Al ser “una sola carne” (*Gn.* 2, 24), el hombre y la mujer, tanto en su ayuda recíproca como en su fecundidad, participan en algo sagrado y religioso, como puso muy bien de relieve, refiriéndose a la conciencia de los pueblos antiguos sobre el matrimonio, la encíclica *Arcanum divinae sapientiae* de mi predecesor León XIII (10 de febrero de 1880, en *Leonis XIII P.M. Acta*, vol. II, 22). Al respecto, afirmaba que el matrimonio “desde el principio ha sido casi una figura (*adumbratio*) de la encarnación del Verbo de Dios” (*ib.*). En el estado de inocencia originaria, Adán y Eva tenían ya el don sobrenatural de la gracia. De este modo, antes de que la encarnación del Verbo se realizara históricamente, su eficacia de santidad ya actuaba en la humanidad”.

JUAN PABLO II: Discurso a los prelados auditores, defensores del vínculo y abogados de La Rota romana, jueves 30 de enero. *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, año XXXV, núm. 6 (1780), 7 de febrero de 2003.



LA TRANSMISIÓN DE LA FE EN LA FAMILIA.  
“HABLEMOS A NUESTROS HIJOS DE JESUCRISTO”  
Mensaje de los Obispos de la Subcomisión  
Episcopal de Familia y Vida  
30 de diciembre de 2005

1. EL V ENCUENTRO MUNDIAL DE LAS FAMILIAS

La Iglesia en España se prepara durante este curso para recibir con gozo a familias de todo el mundo que vendrán para la celebración del V Encuentro Mundial de las Familias que será en Valencia, del 4 al 9 de Julio de 2006. El lema, “*La transmisión de la fe en la familia*”, que Juan Pablo II propuso, nos señala el camino para este tiempo de preparación, y por ello es también el lema de la “Jornada de Familia y Vida” de este año, que celebraremos el viernes 30 de diciembre.

En este nuevo milenio la Iglesia está empeñada en la tarea de la nueva evangelización, en la transmisión de la fe a las nuevas generaciones. “*La transmisión de la fe en la familia* requiere la atención de la comunidad eclesial en modo relevante y urgente. En efecto, la Iglesia se confronta con sociedades cada vez más secularizadas y complejas, ya no estructuradas sobre los valores religiosos sino, más bien, marcadas, especialmente en algunas naciones, por un notable indiferentismo”<sup>1</sup>. Estas palabras de Juan Pablo II nos recuerdan la importancia y urgencia de esta tarea.

2. LA LUZ DE CRISTO BRILLA SOBRE LA FAMILIA Y LA VIDA

El nacimiento de Jesús en Belén es *la gran noticia*. También el nacimiento de un niño es siempre motivo de alegría. El esfuerzo de la medicina y de la ciencia debe estar siempre al servicio de la vida. Por eso es motivo de esperanza los avances médicos que permiten una atención cada vez más eficaz a toda vida humana. Por otra parte, es la misma ciencia la que nos confirma que desde el momento de la concepción tenemos un nuevo ser humano, así como que la aplicación de las células madre procedentes de adulto son eficaces y no suponen la destrucción de una vida embrionaria.

La Luz de Cristo brilla en la Noche Santa de Navidad, y llena de luz y esperanza nuestros hogares y familias. Por ello, las familias cristianas hacen oír su voz en nuestra sociedad, ya con su testimonio personal, ya mediante asociaciones y plataformas a través de las cuales promueven los valores del matrimonio y de la familia.

---

<sup>1</sup>Juan Pablo II, *Mensaje La misión de la familia a los participantes en la XII Asamblea plenaria del Consejo Pontificio para la Familia*, 29-septiembre-2005: Enchiridion de la familia, 2369.

De este modo, la familia muestra su vitalidad, y con la alegría propia de la vida familiar recuerda a la sociedad que *la familia sí importa*. Los Obispos, como no podía ser de otro modo, apoyamos esta iniciativa de las familias cristianas y nos unimos a ellas en la defensa de su identidad.

La renovación de la Pastoral Familiar, los frutos de la aplicación del *Directorio de Pastoral Familiar*, el esfuerzo por la formación de los agentes de pastoral familiar, la vitalidad creciente de los movimientos y asociaciones familiares son también un claro signo de esperanza en nuestra Iglesia.

### 3. SOMBRAS SOBRE LA FAMILIA Y LA VIDA

“En ella estaba la vida y la vida era la luz de los hombres, y la luz brilla en las tinieblas, y las tinieblas no la recibieron” (Jn 1,4-5). La luz de Cristo se encuentra con la oposición de las tinieblas. En efecto, vivimos un momento en que se extiende una cultura que oscurece datos antropológicos fundamentales, disuelve la identidad de la familia y desprecia cada vez más la vida humana más débil, como la del enfermo irrecuperable o la de los embriones.

El llanto de las madres de Belén por la matanza de sus hijos inocentes sigue sonando hoy de muchas maneras: guerras, aborto, violencia, pobreza... En efecto, se extienden prácticas contrarias a la vida, como la experimentación con embriones, la destrucción de estas vidas embrionarias para obtener células madre, e incluso la propuesta desde alguna Comunidad Autónoma de comenzar la práctica de la clonación humana.

También constituyen una siniestra sombra la extensión de “la píldora del día después”, la Ley de Reproducción Asistida que prepara el Gobierno, la creciente presencia del tema de la eutanasia en los medios de comunicación o la perspectiva de una ampliación de la despenalización del aborto.

Es una culpable omisión el no desarrollar políticas que ayuden eficazmente a la familia en necesidades como la vivienda, la conciliación entre trabajo y familia o la educación. Más aún, no sólo falta el justo apoyo a la familia, sino que se la ataca con medidas antifamiliares como la reforma del Código Civil, que elimina las referencias al padre y a la madre, al esposo y la esposa para equiparar las uniones de personas del mismo sexo con el matrimonio, o el llamado “divorcio express”, que introduce la figura del repudio en nuestra legislación. Por otro lado, se está preparando una Ley de Género con la que se quiere anular el significado antropológico de la diferencia sexual e imponer la “teoría del género”, contraria a la verdadera naturaleza del hombre.

### 4. CRISTO Y LA VERDAD DEL HOMBRE

Esta situación que hemos descrito con sus luces y sombras influye fuertemente en el proceso de la transmisión de la fe. Cuando la verdad del hombre se oscurece, la fe aparece como un enemigo. Cuando la verdad del hombre brilla –como ocurre en los santos– la fe se muestra como la luz definitiva sobre el hombre.

En estos días de Navidad, contemplando a Jesús en Belén, recordamos que *el misterio del hombre sólo se esclarece a la luz del Verbo encarnado* (GS 24). Esa luz tiene que ayudarnos a descubrir el corazón del hombre, su deseo de amor y

felicidad, que sólo en Dios tienen su cumplimiento definitivo. Por eso Jesucristo es la puerta por la que podemos llegar al corazón del hombre, a sus gozos y sus alegrías, a sus deseos y también al núcleo de su sufrimiento íntimo.

La transmisión de la fe es el anuncio de Jesucristo, desde su nacimiento en Belén a su misterio pascual. Es un anuncio que no se agota en la propuesta de unas verdades y unas normas morales: es la invitación a una amistad personal con Jesucristo. Acoger a Cristo como nuestro Salvador, como la luz que ilumina la oscuridad de nuestros corazones.

## 5. EL DON DE LA VERDAD

Uno de los desafíos con los que nos enfrentamos a la hora de transmitir la fe es la extensión del relativismo. Así lo recordó el Cardenal J. Ratzinger al comenzar el último Cónclave: “A quien tiene una fe clara, según el Credo de la Iglesia, a menudo se le aplica la etiqueta de fundamentalismo. Mientras que el relativismo, es decir, dejarse “llevar a la deriva por cualquier viento de doctrina”, parece ser la única actitud adecuada en los tiempos actuales. Se va constituyendo una dictadura del relativismo que no reconoce nada como definitivo y que deja como última medida sólo el propio yo y sus antojos”<sup>2</sup>.

Junto a este relativismo se extiende también la tentación de elaborarse una “religión a la carta”. También lo recordó Benedicto XVI a los jóvenes en Colonia, precisamente hablando en nuestra lengua: “Se escoge aquello que agrada, y algunos saben también sacarle provecho. Pero la religión buscada a la “medida de cada uno” a la postre no nos ayuda. Es cómoda, pero en el momento de crisis nos abandona a nuestra suerte. Ayudada a los hombres a descubrir la verdadera estrella que nos indica el camino: Jesucristo”<sup>3</sup>.

Reconocer a Cristo como Salvador supone acoger la verdad como un don, como una luz que ilumina nuestra vida, y no como algo de “libre configuración”, que podemos adaptar a nuestra medida. Desgraciadamente nos encontramos con personas que en nombre del Evangelio rechazan a la Iglesia, al Papa, a los pastores, la moral de la Iglesia... a veces sembrando la confusión entre los fieles.

Este año, en la víspera del día de San Pedro y San Pablo, Benedicto XVI entregó a la Iglesia el Compendio del Catecismo de la Iglesia Católica como instrumento para “confirmarnos en la verdad”. Animamos a todas las familias a tener este Compendio en sus hogares y acudir a él como norma segura de la fe y valiosa ayuda para su misión de transmitir la fe a los hijos y anunciar el evangelio a todas las gentes.

## 6. HABLEMOS A NUESTROS HIJOS DE JESUCRISTO

Los padres son los primeros educadores y evangelizadores de los hijos. Por ello, en virtud del sacramento del matrimonio están llamados a ser los primeros responsables de la transmisión de la fe a sus hijos.

---

<sup>2</sup>Card. Joseph Ratzinger, *Homilía en la apertura del Cónclave*, 18 abril 2005.

<sup>3</sup>Benedicto XVI, *Homilía a los jóvenes en la XX Jornada Mundial de la Juventud*, 21 agosto 2005.

“En virtud del ministerio de la educación los padres, mediante el testimonio de su vida, son los primeros mensajeros del Evangelio ante los hijos. Es más, rezando con los hijos, dedicándose con ellos a la lectura de la Palabra de Dios e introduciéndolos en la intimidad del Cuerpo –eucarístico y eclesial– de Cristo mediante la iniciación cristiana, llegan a ser plenamente padres, es decir, engendrados no sólo de vida corporal, sino también de aquella que, mediante la renovación del Espíritu, brota de la Cruz y Resurrección de Cristo”<sup>4</sup>.

El punto central de la vida de la Iglesia y de la familia cristiana es la Eucaristía. El año de la Eucaristía que acabamos de celebrar nos lo ha recordado. Por eso invitamos a todas las familias a celebrar con gozo el domingo, y en particular a que participen en la Eucaristía dominical, a ser posible en familia. Que estos días en que tantas familias se reúnen para celebrar juntos los Misterios de la Navidad sean días de intensa vivencia de la fe, de profundizar en el conocimiento de Jesucristo y de que la gran familia de la Iglesia se reúna en torno al altar para dar gracias a Dios.

Hablad a vuestros hijos de Jesucristo. Ningún anuncio es más importante para su vida. Introducid a vuestros hijos en su misterio a través de la celebración litúrgica y la oración familiar.

## 7. CONCLUSIÓN

En estos días navideños os bendecimos con afecto a todos, en especial a los enfermos, los niños y los ancianos, y pedimos a Jesús, Dios hecho hombre, que conceda la paz al mundo, la unidad a las familias y el amor a los matrimonios.

Encomendamos muy especialmente a la Sagrada Familia este tiempo de preparación para la celebración del V Encuentro Mundial de las Familias, donde esperamos recibir la visita del Papa Benedicto XVI. Que este tiempo de preparación sea un tiempo fecundo de vida cristiana y santidad familiar.

Los Obispos de la Subcomisión Episcopal de Familia y Vida.

+ MONS. JULIÁN BARRIO BARRIO,  
Presidente de la CEAS

+ MONS. JUAN ANTONIO REIG PLÁ,  
Presidente de la Subcomisión para  
la Familia y Defensa de la Vida

+ FRANCISCO GIL HELLÍN  
+ JAVIER MARTÍNEZ FERNÁNDEZ  
+ VICENTE JUAN SEGURA

---

<sup>4</sup>Juan Pablo II, Exhortación Apostólica *Familiaris consortio*, 39.

## ABORTO - GOBIERNO - PROTOCOLO DE LA CEDAW

El programa de gobierno de la Sra. Michelle Bachelet dice textualmente en la página 92:

“Promoveremos la ratificación de los principales tratados y protocolos internacionales de derechos humanos a los que el Estado de Chile aún no adhiere. En particular el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Protocolo de San Salvador, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. (Cfr. [www.bachelet.cl](http://www.bachelet.cl). Programa de Gobierno).

El Cardenal Arzobispo de Santiago, Mons. Francisco Javier Errázuriz, en su calidad de Presidente de la Conferencia Episcopal, señaló al Senado de la República, con ocasión de la discusión acerca de la ratificación del señalado Protocolo, en el año 2002, lo siguiente:

“Dictamen enviado por el Card. Francisco Javier Errázuriz a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado chileno, el 8 de enero de 2002, ante la inminente ratificación del Protocolo de la CEDAW.

Señor Presidente, señores Senadores,

Agradezco la oportunidad que se me brinda de contribuir a la reflexión del Honorable Senado, aportando el parecer de la Iglesia Católica acerca del *Protocolo Facultativo Para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer*.

La materia que nos ocupa es de la mayor trascendencia y de gran complejidad. Exige por eso una mirada profunda y libre de toda consideración ideologizada. Se trata, nada menos, del reconocimiento de la dignidad y los derechos de la mujer y, transversalmente, de otros temas también determinantes para la cultura de un pueblo. Los unos y los otros son asuntos decisivos para el presente y el futuro de la convivencia en nuestra patria y en sus familias.

La discriminación de la mujer ha sido –y sigue siendo– una realidad presente en el mundo entero, y ha marcado el desarrollo de la historia. Por eso, en su *Carta a las Mujeres*, en preparación de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, Juan Pablo II expresaba: “somos herederos de una historia de enormes condicionamientos que, en todos los tiempos y en cada lugar, han hecho difícil el camino de la mujer, despreciada en su dignidad, olvidada en sus prerrogativas, marginada frecuentemente e incluso reducida a esclavitud. Esto le ha impedido ser profundamente ella misma y ha empobrecido la humanidad entera de auténticas riquezas espirituales” (n.3).

En nuestro país, el reconocimiento del voto femenino, el acceso a la Universidad, la incorporación progresiva en el campo laboral y político, como asimismo la participación activa de las mujeres en cargos de gran responsabilidad en los institutos de enseñanza superior, en las comunas, las empresas, los sindicatos y en otras instancias de decisión, de docencia, de investigación y de gestión han sido otros tantos pasos sustanciales para eliminar las diversas formas de discriminación que la mujer ha sufrido en nuestra patria. Pero queda un largo camino por recorrer. Es cierto, se ha avanzado en la superación de esa discriminación que se refleja en la desigualdad de oportunidades y retribuciones. Pero superarla plenamente exige sobre todo una revisión y sustitución de estructuras mentales, de actitudes y sentimientos. Implica superar –no superficialmente, sino en profundidad– unas valoraciones erradas que ocultan y oprimen la dignidad de la mujer, su manera de sentir, de apreciar y de vivir, su misión cultural y sus aportaciones insustituibles en el hogar, en las comunidades y en la sociedad.

El cristianismo tiene conciencia de esta gigantesca tarea. En la mencionada *Carta a las Mujeres*, Juan Pablo II escribía que la Iglesia tiene “un compromiso de renovada fidelidad a la inspiración evangélica, que precisamente sobre el tema de la liberación de la mujer de toda forma de abuso y de dominio tiene un mensaje de perenne actualidad, el cual brota de la actitud misma de Cristo. Él, superando las normas vigentes en la cultura de su tiempo, tuvo en relación con las mujeres una actitud de apertura, de respeto, de acogida y de ternura. De este modo honraba en la mujer la dignidad que tiene desde siempre, en el proyecto y en el amor de Dios” (n.3). Este compromiso con el ejemplo de Jesús une a todas las confesiones cristianas.

Una de las expresiones más notables de la valoración de la mujer en la Iglesia católica la encontramos en el lugar privilegiado que ella le ha reconocido a María, la madre de Jesús, en su relación con Dios y con la humanidad, como también en el reconocimiento de innumerables mujeres, insignes por su cultura, su misericordia, su contemplación mística, su espíritu empresarial, su ciencia y su influencia en la Iglesia y la sociedad. Podríamos recordar a notables fundadoras de congregaciones, a Clara de Asís y a Teresa de Ávila, a Isabel de Hungría y a Juana de Arco, a Catalina de Siena y a Brígida de Suecia, a Hildegarda de Bingen y a Edith Stein y en nuestros tiempos a Teresa de Calcuta, por nombrar sólo a algunas de ellas. Para nuestra juventud, la ejemplaridad de una joven, Teresa de Los Andes, es un hito en su camino.

Por lo mismo, la Iglesia católica participó activamente en los encuentros regionales que preparaban la Conferencia Mundial, propiciando soluciones duraderas a los problemas encontrados, basados en “el reconocimiento de la dignidad, intrínseca e inalienable, de la mujer, y en la importancia de su presencia y participación en todas las áreas de la vida social”. Según el pensamiento de la Iglesia, es necesaria la “plena inserción en la vida social, política y económica”, y para ello “es urgente alcanzar en todas partes la efectiva igualdad de los derechos de la persona y por tanto igualdad de salario respecto a igualdad de trabajo, tutela de la trabajadora-madre, justas promociones en la carrera, igualdad de los esposos en el derecho de familia, reconocimiento de todo lo que va unido a los derechos y deberes del ciudadano en un régimen democrático”. Todo esto, a juicio del Papa, es un acto de justicia, pero también una necesidad ante los temas más graves que ya se presentan, tales como el uso del tiempo libre, la calidad de vida, las migraciones, los servicios sociales, la droga, la eutanasia, la sanidad y la asistencia,

la ecología. La mayor presencia social de la mujer será preciosa y “contribuirá a manifestar las contradicciones de una sociedad organizada sobre puros criterios de eficiencia y productividad, y obligará a replantear los sistemas a favor de los procesos de humanización que configuran la ‘civilización del amor’”. También por eso la Iglesia cree firmemente, fundada en el depósito de la Revelación, que debemos “superar y eliminar, como contraria al plan de Dios, toda forma de discriminación de los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de sexo, raza, color, condición social, lengua o religión”.

Al Papa le preocupan algunas dimensiones de este tema que nos preocupan a todos nosotros. Cuando se habla de la superación de todas las discriminaciones, quienes promueven esta acción tan necesaria, ¿tienen ante sus ojos todo el horizonte de la dignidad de la mujer y de su misión en el mundo? ¿O el esfuerzo por romper la barrera de las discriminaciones lleva a los impulsores de esta noble tarea a valorar tan sólo los ámbitos que estaban vedados y a minusvalorar, o a silenciar del todo, las grandes conquistas de la mujer a lo largo de los siglos? Un segundo problema se une al anterior.

Para abrirle a la mujer el lugar que le corresponde conforme a su dignidad, ¿los esfuerzos se van a concentrar tan sólo en el campo jurídico o también en otras dimensiones de la vida y el quehacer humanos? Y al impulsar los derechos de la mujer, ¿esta acción tan necesaria va a ocurrir con prescindencia de los derechos de los niños, de los esposos, de la familia, del cuerpo social?

Como las conclusiones de las Conferencias Mundiales se han prestado a interpretaciones, vale la pena recoger la voz de alerta del Santo Padre, ya antes del inicio de la Conferencia, acerca de un reduccionismo que aparece con frecuencia cuando se habla de la discriminación de la mujer. En el tercer punto de su *Mensaje a la Conferencia Mundial*, escribe Juan Pablo II: “Ninguna solución a los problemas que atañen a las mujeres puede ignorar su papel en el ámbito de la familia o tomar a la ligera el hecho de que toda vida nueva está confiada totalmente a la protección y al cuidado de aquella que la lleva en su seno. Para respetar este orden natural de las cosas, es necesario oponerse a la falsa concepción según la cual el papel de la maternidad es opresivo para la mujer, y que el compromiso con su familia, particularmente con sus hijos, impide a la mujer alcanzar su propia realización personal y, en general, le impide tener alguna influencia en la sociedad. Hacer que la mujer se sienta culpable por abrigar el deseo de quedarse en casa y preocuparse de sus propios hijos es un mal no sólo para estos últimos, sino también un daño para la mujer e incluso para la sociedad. Por el contrario, habría que reconocer, aplaudir y apoyar con todos los medios posibles la presencia de la madre en la familia, tan importante para la estabilidad y el crecimiento de esta célula básica de la sociedad. Por la misma razón, la sociedad necesita recordar a los esposos y padres su propia responsabilidad por la familia, y debe luchar a fin de que se instaure una situación en la que ellos no sean forzados por razones económicas a dejar la propia familia en busca de ocupación”. En el número 5 de dicho *Mensaje*, Juan Pablo II también alza su voz contra una comprensión individualista y excluyente de los derechos de la mujer, que la discrimina cuando se produce un embarazo “no deseado”, al poner sobre sus hombros “el fardo más pesado: a menudo el de ser abandonada a su suerte, o impulsada a poner fin a la vida de su guagua antes de que haya nacido, y a soportar el peso de la propia conciencia, que siempre le recordará el haber quitado la vida a su propio hijo”. (ver *Mulieris dignitatem*, n.14).

Dejando establecido el valor irrenunciable que tienen para la Iglesia los derechos humanos, como derechos inherentes a las personas según la voluntad del mismo Creador y, por eso mismo, la superación de la discriminación que sufre la mujer, quisiera presentar nuestras reflexiones acerca de la materia que nos ocupa, deteniéndome brevemente en tres temas. En primer lugar, quisiera constatar algunos problemas que aparecen cuando se examina con serenidad la así llamada “Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer” (CEDAW) y las conclusiones de la Conferencia de Beijing. En segundo lugar, quisiera dejar en manos de Uds. ciertas conclusiones que se desprenden de la manera de juzgar del Comité que ha surgido para dar cumplimiento a la Convención, y que debe implementar los acuerdos del Protocolo Facultativo. En tercer lugar, expondré brevemente las razones que desaconsejan la aprobación de dicho Protocolo, que ha sido enviado por el Poder Ejecutivo para el pronunciamiento del Parlamento.

La CEDAW, como primer y principal instrumento jurídico internacional de derechos humanos que se aboca solamente a los derechos de las mujeres y reúne principios aceptados internacionalmente sobre este tema, constituye un paso de gran trascendencia en la reivindicación de los derechos de las mujeres, que han sufrido –y siguen sufriendo– discriminaciones dramáticas que requerían de una acción internacional. La Convención constituye un real aporte, en cuanto despierta, por así decirlo, la conciencia de la opinión pública mundial, llamando la atención sobre la dignidad de la mujer y su igualdad de derechos, en cuanto ser humano, y el necesario camino que debemos hacer para avanzar en el respeto y dignificación de la misma.

No obstante, *esta Convención* tiene problemas que exigen vigilancia. Por una parte, *manifiesta una visión unilateral de la mujer*, por no valorar en todas sus dimensiones la maternidad y no prestarle suficiente atención a la relación de la mujer con la familia. Por otra parte, *introduce una ambigüedad jurídica* que dificulta su implementación, así como el control de la aplicación, ya que introduce conceptos nuevos que la misma Convención no define, como son la identidad de “género” y el concepto de “derechos reproductivos”.

La identidad del género, como la definía recientemente un director de la Organización Mundial de la Salud, es “la convicción personal íntima y profunda que se pertenece a uno u otro sexo en un sentido que va más allá de las características cromosómicas y somáticas propias”. Esta definición opta por subjetivizar la identidad sexual, dando paso a la libre elección del propio sexo, independientemente de la identidad biológica, de hombre o mujer. Así lleva a pensar que la identidad sexual no es dada sino elegida, y que es fruto de una serie de condicionamientos externos. Implica la homologación de la homosexualidad, el lesbianismo, la bisexualidad y la transexualidad con la heterosexualidad. Implica más adelante una desnaturalización del mismo concepto de matrimonio. Es de interés señalar que hace escasos años el Ministerio de Educación tuvo que retirar un manual de educación sexual que había distribuido, y que indicaba exactamente la edad en la cual cada adolescente debe elegir su propio género, es decir, su identidad sexual.

Los derechos reproductivos, en el lenguaje de la ONU, recogen el derecho de la mujer al uso de su cuerpo, y lleva aparejado el derecho al embarazo deseado, esto es a ejercer con total autonomía la opción de aceptar o no un embarazo en curso, teniendo presente siempre que continuar con un embarazo no deseado es una de las más graves expresiones de la violencia de género.

Cuando habla de derechos reproductivos, esta Convención introduce una reducción del concepto. Los asocia sólo a lo femenino, en circunstancias que son derechos y deberes de mujeres y de varones, como, asimismo, desde la concepción, del niño que está por nacer. Una mirada parcial orienta a comprender los derechos de la mujer desde una óptica individualista, desarraigada de su entorno, y a fundamentar una abierta discriminación contra otros seres humanos: el niño que está por nacer, y aun el marido, como es el caso, por ejemplo, en la esterilización.

*Estas dos ambigüedades de la Convención*, en temas de gran gravitación ética y cultural, que son aclaradas por definiciones que otras autoridades proporcionan, nos inducen a cuestionar la modalidad de la firma de la Convención por parte de nuestro país. Mientras numerosos países presentaron reparos e indicaciones al momento de comprometer su aplicación, los representantes de Chile –a mi entender, descuidando los deberes propios de su cargo– no presentaron indicación o reparo alguno, y así no protegieron elementos fundamentales de nuestra cultura, garantizados por nuestro ordenamiento jurídico. Honra al Senado de la República su intervención en este campo con ocasión de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, la cual también fue desatendida.

Recordemos que según el artículo 2º de la mencionada Convención, los Estados que la suscriben se comprometen a “adoptar todas las medidas, incluso de carácter legislativo, para modificar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan toda forma de discriminación contra la mujer”. Las limitaciones de la Convención y sus ambigüedades abren las puertas para que organismos internacionales y sus instituciones, como el Comité instituido por la misma Convención, puedan presionar a Chile, para que introduzcamos leyes que le den un marco jurídico a los conceptos mencionados. Aceptar estas presiones es aceptar las pretensiones de un verdadero colonialismo cultural que no respetaría, precisamente en el campo de los valores, nuestra soberanía.

Al igual que otros tratados de derechos humanos, la Convención que Chile aprobó a fines de 1989 establece un Comité supervisor “con el fin de revisar los progresos realizados en la aplicación de la presente convención” (art. 17). Está conformado por 23 mujeres expertas en el área de los derechos de la mujer, que provienen de distintos países. Para el cumplimiento de sus funciones cuenta prácticamente con un mecanismo de “supervisión y presentación de informes”. La intención de fondo del procedimiento de informes es mantener a los Estados Partes atentos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales en relación a la no discriminación de la mujer, del cual deben dar cuenta a la comunidad de las naciones, dar publicidad a las violaciones de derechos humanos, y presionar a los gobiernos y a otros responsables de violaciones para que cambien sus inaceptables prácticas.

El Protocolo Facultativo fue introducido en 1999 como un instrumento adicional, para hacer más eficaz la aplicación de la Convención. Tiene por finalidad introducir aspectos no contemplados en la Convención. Es opcional o facultativo, porque los Estados no están obligados a ratificarlo, aunque hayan ratificado la Convención. Para fundamentar su necesidad, fueron presentados diversos argumentos. Entre ellos, enumero los siguientes: 1. Los mecanismos para la implementación del CEDAW son inadecuados e insuficientes. 2. El Protocolo promovería una implementación más efectiva de la CEDAW, a través de la ampliación de su interpretación y de la aplicación práctica de la convención. 3. El Protocolo podría crear una mayor conciencia pública sobre las garantías internacionales a los derechos humanos de las mujeres. 4. Además contribuiría a la integración de los

derechos humanos de las mujeres en los programas de derechos humanos de las Naciones Unidas, al crear una doctrina sobre éstos. 5. Con relación al Comité de seguimiento de la CEDAW ampliaría su poder, otorgándole una nueva competencia, como lo veremos a continuación.

Dos son las principales herramientas que el Protocolo Facultativo pone en manos del Comité para velar por la superación de la discriminación de la mujer.

- a) La primera consiste en asegurar a las personas y a los grupos que pertenezcan a los Estados Partes de este Protocolo, la posibilidad de recurrir al Comité si han sido objeto de discriminación por el Estado en relación a cualquiera de los derechos enunciados en la Convención. Todo Estado Parte reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar dichas comunicaciones. El Comité actúa conforme a su autoridad moral, con amplias facultades para investigar y solucionar los casos de las violaciones denunciadas.
- b) La segunda herramienta se refiere al contenido de la Convención. Quienes promovieron la aprobación del Protocolo expresaron claramente "la necesidad de hacer más efectiva la implementación de la CEDAW a través de la ampliación de su interpretación y de la aplicación práctica de la Convención". Es más, esperaban que el Protocolo conduciría a "crear una doctrina" sobre los derechos humanos de las mujeres. El estudio que citamos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos explica el art. 2 del Protocolo con las siguientes palabras: "El art. 2 hace referencia a las violaciones de 'cualquiera de los derechos enunciados en la Convención'. Esta frase indica que el procedimiento para denuncias se aplica a todas las disposiciones sustantivas de la Convención (art. 2-16). Sin embargo, un derecho que no está enunciado explícitamente en la Convención podría estar dentro del campo de aplicación del Protocolo Facultativo si puede ser: (i) derivado de uno o más de los derechos que están reconocidos explícitamente; (ii) interpretado como una precondition para el gozo de un derecho reconocido, o (iii) definido como un aspecto específico de un derecho que está enunciado en términos más generales".

Lo ya expuesto nos devela que la ratificación del mencionado Protocolo trae consigo múltiples, variadas e impensadas consecuencias. Estas aparecen con mayor claridad si examinamos las recomendaciones que hasta ahora ha hecho el Comité, porque la interpretación de las cláusulas de un convenio aparece con meridiana claridad en la aplicación que de ellas se hace. Por eso, examinando dichas recomendaciones podremos saber de qué manera entiende el Comité los artículos de la Convención, como también de qué manera entiende sus propias facultades de interpretar los derechos de la mujer; sobre todo aquellos de ambigua formulación en la CEDAW. Así podremos investigar si los parámetros valóricos con los cuales el Comité interpreta la Convención corresponden o no a los nuestros, y a los de los demás Estados firmantes.

#### EL CONCEPTO DE FAMILIA

El artículo 5 de la convención establece que "los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres

y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias, y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y de mujeres”. Una disposición como la anterior busca medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta y cambiar las estructuras tradicionales de familia. Así lo evidencia el informe referente a Chile del año 1999, donde el Comité manifiesta su preocupación por la persistencia en nuestro país de conceptos estereotipados y actitudes tradicionales sobre el papel de las mujeres y los hombres en la sociedad. Es así como recomienda al gobierno que promueva el “cambio de actitudes y percepciones, tanto de las mujeres como de los hombres, en cuanto a sus respectivos papeles en el hogar, la familia, el trabajo y la sociedad en su conjunto” y “apoye enérgicamente leyes que autoricen el divorcio”. Constituye esto una clara intromisión en nuestra cultura y en nuestra legislación, en base a conceptos de matrimonio y de familia –tan diversos en las diferentes culturas– que nadie ha legitimado, sin tacto pedagógico alguno, y con un conocimiento del todo insuficiente de nuestras raíces y de nuestra evolución cultural. No le faltaba razón a quien afirmaba que no hay peor discriminación que la opresión y la dictadura culturales.

## EL ABORTO COMO DERECHO

Ni la Convención ni el Protocolo abogan explícitamente por la legalización del aborto. Los artículos 12 y 14 de la Convención sólo buscan explícitamente “asegurar el acceso a los servicios de atención médica, incluyendo aquellos relacionados con la planificación familiar”. Hoy, la experiencia ha demostrado con creces que los conceptos de “salud reproductiva” y de “planificación familiar” incluyen el acceso a servicios de aborto seguro, exento de toda penalización. Más aún, el Comité es tajante al establecer que “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva en condiciones legales, resulta discriminatoria”.

El informe respecto de Chile elaborado en 1999 es ilustrativo para comprender los conceptos que guían al Comité. Manifiesta “su preocupación ante el inadecuado reconocimiento y protección de los derechos reproductivos”, en particular por las leyes que prohíben y penalizan toda forma de aborto. “El Comité considera que esas disposiciones violan los derechos de todas las mujeres” y recomienda que la legislación relacionada con el aborto sea enmendada, en “particular con el objeto de proporcionar abortos en condiciones de seguridad y permitir la interrupción del embarazo por razones terapéuticas, incluida la salud mental”... “También pide al gobierno que refuerce las medidas encaminadas a la prevención de embarazos no deseados, incluso ampliando la disponibilidad sin restricciones de medios anticonceptivos de toda índole” ... incluyendo “la esterilización de la mujer sin consentimiento del cónyuge”.

Estas afirmaciones no se sostienen en sí mismas en una sociedad comprometida con los derechos humanos de todos los seres humanos, lo que conlleva un aprecio no sólo del individuo sino también de su vocación y sus deberes sociales. Los derechos de cada uno también incluyen el derecho y el deber de velar por la vida de los demás. ¿Acaso es posible construir la convivencia social donde los derechos humanos de la mujer –o del varón– se pasan a llevar los derechos del cónyuge o del hijo que está por nacer? Ciertamente esto cuestiona radicalmente

el concepto antropológico que emerge en los planteamientos del Comité. No podemos comprender al hombre o a la mujer en su mera individualidad, sin su vocación radical y gratificante al nosotros. Son seres sociables, y su felicidad depende del intercambio con los demás, con quienes vive, en quienes vive y para quienes vive.

## LA PROSTITUCIÓN

El artículo 11 de la Convención sostiene que existe el derecho a elegir libremente profesión o empleo. El Comité de la CEDAW ha incluido la “prostitución voluntaria” en este concepto, como lo revela la recomendación hecha por dicho Comité al Principado de Liechtenstein, al pedirle que proceda a revisar la ley relativa a la prostitución para que no se penalice a las prostitutas. Sin embargo, el Comité no se plantea otra pregunta: ¿no existirán “profesiones” que son en sí mismas una discriminación de la mujer? ¿Basta con el hecho de practicarlas “voluntariamente” para que dejen de ser discriminatorias?

## CONCLUSIONES

La lucha contra la discriminación de la mujer debe darse resueltamente. El respeto a la dignidad de la mujer, unido a la apertura de todos los espacios para que la mujer pueda entregar sus aportaciones propias a nuestra cultura, excesivamente masculinizada, es una necesidad de primer orden. Con razón escribía Juan Pablo II: “si bien es necesario continuar este camino, estamos convencidos que el secreto para recorrer libremente el camino del pleno respeto de la identidad femenina no está solamente en la denuncia, aunque necesaria, de las discriminaciones y de las injusticias, sino también, y sobre todo, en un eficaz e ilustrado proyecto de promoción, que contemple todos los ámbitos de la vida femenina, a partir de una renovada y universal toma de conciencia de la dignidad de la mujer”.

Pero este intento, en una sociedad globalizada como la nuestra, va acompañado de otras corrientes culturales que lo dañan. Podemos constatar de qué manera interviene en este ámbito una tendencia desenfrenadamente individualista, es decir, una opción por la realización de sí a costa de los derechos de los demás; una visión de la sexualidad que la ha desprendido de la unión conyugal, de la fidelidad y de la responsabilidad procreadora; una vacilación alarmante acerca de la identidad de la familia y de su valor en la formación de las personas y de la sociedad; una tendencia a la imposición de modelos, carente de toda reflexión evolutiva, diferenciada y pedagógica.

El mismo fenómeno de la globalización, sobre todo en sus implicaciones culturales, merece una especial atención. Puede facilitar un mutuo enriquecimiento de las culturas y de los pueblos. Pero también puede promover una nivelación cultural, con una pérdida irreparable de la riqueza de un mundo pluricultural. Es más, puede ser un vehículo de avasallamiento cultural por parte de grupos audaces, deseosos de imponer sus propias convicciones valóricas, o de promover la destrucción de otros sistemas culturales que no comprenden ni toleran. Unos parámetros culturales como los descritos recomiendan una gran cautela a la hora de acogerse a un mecanismo de control externo.

Es cierto, se asevera que la eventual ratificación del Protocolo Facultativo no implicaría una cesión de atribuciones jurídicas al Comité que creó la Convención, si bien nadie puede asegurar que éste no será un nuevo paso hacia la creación de un Tribunal internacional con atribuciones jurídicas. Al menos el procedimiento aprobado no está lejos de ello. Pero la aplicación y la ratificación del Protocolo, como lo hemos visto, presenta graves problemas.

*Crea un precedente jurídico inaudito e inadmisibles*, cual es el de introducir en un Convenio, mediante su interpretación y la aplicación de sus cláusulas, contenidos que fueron expresamente excluidos del Convenio por parte de un gran número de Estados que lo aprobaron. Tal es el caso del aborto.

De hecho deja en manos de un Comité, cuyos parámetros valóricos no están definidos, e indirectamente en manos de los grupos que más influencia ganen para conseguir que sus miembros integren el Comité, la creación de una doctrina y la formación de una opinión pública internacional, en una materia de gran trascendencia para el derecho, la cultura y la vida de los pueblos.

Significa manifestar la desconfianza del Estado en sus propias instituciones y en su desarrollo cultural y jurídico. *Ratificar el Protocolo es, de hecho, someterse libremente a las recomendaciones de un Comité y a presiones internas y externas de la opinión pública, conscientes de que el país ya ahora no reconoce la validez o la oportunidad de todos los dictámenes hechos por el Comité, cuyos parámetros valóricos discrepan del acuerdo del Honorable Senado del 9 de agosto de 1995 y de su vigorosa defensa de la familia y de la vida.*

El mal ya está hecho, y sólo una Conferencia Mundial patrocinada por las Naciones Unidas podría repararlo. La indefinición de algunos conceptos muy debatidos, multiplicados en las Conferencias posteriores, ha creado un ambiente de inseguridad en la aplicación de la CEDAW. Un Comité que no vela solamente por la implementación de cláusulas aprobadas e inequívocas, sino también por su interpretación y su ampliación, sin que se haya procurado definir sus parámetros valóricos, sólo aumenta esta inseguridad. Apoyar este procedimiento mediante la ratificación del Protocolo Facultativo no es el camino que lleve a superar la discriminación, considerando adecuadamente la justa pluralidad cultural de las naciones y de los pueblos.

*Concluyo. Nada obliga a nuestro país a ratificar el Protocolo Facultativo.* Nada justifica que nuestro país no crea en su propia capacidad de superar la discriminación de la mujer, y pida para ello un control externo, con parámetros foráneos. Nuestras instituciones públicas bien pueden asumir la responsabilidad de buscar caminos para que la dignidad de la mujer sea plenamente reconocida y sus derechos respetados.

*Somos un Estado soberano* no sólo porque hacemos respetar nuestras fronteras, y porque proclamamos el legítimo derecho de autodeterminación de los pueblos por los caminos de la justicia, el desarrollo y la paz. Lo somos también porque somos capaces de respetar y hacer respetar, de enriquecer y de desarrollar nuestra propia cultura y nuestro camino de progreso humano, y de responder así a las inquietudes más profundas de las mujeres, y de todos los ciudadanos de nuestra patria, promoviendo vigorosamente entre nosotros una legislación que respete los derechos humanos de todos, y un modo de convivir que sea solidario, fraterno y justo, a la vez que chileno.

+ FRANCISCO JAVIER ERRÁZURIZ OSSA  
Presidente de la Conferencia Episcopal  
Valparaíso, 8 de enero de 2002.  
Cfr. [www.notivida.com.ar](http://www.notivida.com.ar)



## HACIA UNA NUEVA CULTURA CRISTIANA DE LA VIDA

### 1. UN CAMBIO CULTURAL

La mayor parte de los países que constituyen ahora el llamado “primer mundo” han excluido, por voluntad de sus gobernantes, la mención de los orígenes cristianos en el documento que constituye la “Carta fundacional” de la nueva Unión Europea. La decisión, tomada por los hombres públicos que detentan el poder en el Viejo Continente a comienzos del tercer milenio, movidos por un inflexible propósito secularizador, no puede, sin embargo, desmentir la realidad de quince siglos de historia europea. Durante más de mil quinientos años, nuestro mundo ha vivido impregnado por una fe y una ética cristianas que influyeron decisivamente en las estructuras sociales y en los comportamientos personales de los europeos.

Ocurre, sin embargo, que la cultura actual, dominada por un dogmatismo laicista, se ve arrastrada por su propia dinámica, dominada por el sueño de unos horizontes de progreso que se presentan como la quintaesencia de la Modernidad. Una modernidad caracterizada por la exaltación de un individualismo sin límites o, mejor, sin más límites que los marcados por unas normas positivas que se estiman sagradas, al estar avaladas por la voluntad popular expresada en el sufragio y presuntamente mayoritaria en un determinado momento histórico. El fenómeno a que estamos asistiendo en nuestros días es la suplantación de la cultura cristiana por otra nueva que se estima expresión legítima de genuina Modernidad. ¿Será posible que esta nueva cultura, sin el referente de un orden moral superior, no se deslice en los temas esenciales por una pendiente que acabe por convertirla en una “cultura de muerte”?

### 2. UN ESTILO DE VIDA CRISTIANO

El Cristianismo, animado por la doctrina del Evangelio, introdujo un estilo de existencia que de modo progresivo engendró una cultura. Los discípulos de Jesús se hacen muchedumbre tras las primeras conversiones multitudinarias ocurridas a raíz de la Pentecostés (Act II, 41; V, 14). Entre los primeros creyentes de Jerusalén se desarrolló un propio género de vida (Act II, 42-47; IV, 32-37), abierto pronto también a los gentiles, de tal modo que en la gran urbe cosmopolita de Antioquía “los discípulos –según recogen los “Hechos”– recibieron por primera vez el nombre de cristianos” (Act, XI, 26). Pero en el siglo II es cuando los rasgos de un modo de vida colectivo aparecen ya definidos entre sectores tan amplios de la población como para constituir un fenómeno social configurador de una cultura cristiana.

---

\* Publicado en Verbo (Madrid) número 427-428 (2004), 675-684.

“Los cristianos –decía a mediados del siglo II un documento famoso, la ‘carta a Diogneto’– no se distinguen del resto de los hombres ni por su lengua ni por sus costumbres. Pues no habitan en ciudades propias, ni hablan un lenguaje insólito, ni observan un peculiar estilo de vida. Teniendo su morada en ciudades griegas y bárbaras, según cada uno le tocó en suerte, y observando los hábitos comunes en el vestido y en la comida, llevan un género de vida admirable y, según la opinión común, increíble”.

El matrimonio uno a indisoluble, por el que los esposos –según la enseñanza de Jesús– “ya no son dos, sino una sola carne” (Mt, XIX, 4-6), constituyó desde los orígenes de la sociedad cristiana el núcleo de la familia. “Toman mujeres y procrean hijos; tienen la mesa en común, pero no el lecho”, seguía diciendo la mencionada carta. Conviene recordar que, por aquella época, la misma legislación civil romana favorecía y promovía el matrimonio. Basta con mencionar como muestra de esa política la promulgación en tiempo de Octavio Augusto de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y, en el siglo II, la definición de matrimonio de Modestino, uno de los grandes jurisconsultos romanos de la época clásica, presenta una sorprendente semejanza con la noción cristiana de las nupcias: matrimonio es, según Modestino, *coniunctio maris et foeminae, consortium totius vitae*, “unión de hombre y mujer, consorcio para toda la vida”. El matrimonio romano fue eso y no se confunde con ninguna otra clase de unión entre personas. Con razón se ha dicho que el Derecho Romano es la razón natural escrita; resulta altamente significativo que el Derecho Romano no se refiera para nada a las uniones homosexuales, aunque éstas fueran un fenómeno de hecho muy extendido en el mundo antiguo.

La cultura cristiana se muestra desde sus comienzos como una cultura abierta a la vida y defensora de la existencia de los no nacidos. Los esposos cristianos, se afirma en la ya citada epístola, “no abortan los fetos”, una norma moral invariable, que coincide con otros testimonios correspondientes al mismo período histórico. “No matarás al hijo en el seno de su madre ni quitarás la vida al recién nacido”, proclamaba la “Didaché”, uno de los documentos más venerables de la Antigüedad cristiana (*Did.*, 11, 2). A mediados del siglo II, Atenágoras, en un *Discurso en favor de los cristianos* dirigido al emperador Marco Aurelio, escribió que los cristianos consideraban como homicidas a las mujeres que recurrían a las prácticas abortivas, porque los niños, estando en el seno de la madre, “son ya objeto de la providencia de Dios”. Pocos años más tarde, Tertuliano afirmaba con rotundidad en su *Apologético*: “es un homicidio anticipado impedir el nacimiento... Es ya un hombre aquel que lo será” (*Apolog.*, 81, 8).

### 3. UNA CULTURA CRISTIANA DE LA VIDA

La cultura que impulsó la nueva sociedad cristiana presentaba otros rasgos propios dentro de su orientación fundamental de cultura de la vida. Entre ellos se cuentan la elevación de la condición de la mujer, cuya imagen perfecta es la Virgen María; el respeto, no por temor servil sino por conciencia, a la autoridad constituida, que recomendaba San Pablo a los romanos (Rom, XIII, 1-7) y que San Pedro resumió en un lacónico mandato: “temed a Dios, honrad al emperador” (I Petr, II, 17); aunque éste se llamara entonces Nerón. Y el avance hacia la libertad, terminando gradualmente con la esclavitud, una institución que la civilización

antigua consideraba necesaria para la subsistencia de la sociedad. ¡Qué impulso mayor pudo recibir la supresión de la servidumbre que la epístola a Filemón en que San Pablo rogaba al rico cristiano Filemón que acogiera a su esclavo fugitivo Onésimo, “no como siervo sino como hermano muy amado”! (Fil, 16).

Estas y otras directrices contribuyeron a la construcción de una cultura cristiana y una normativa jurídica que cristalizaron desde la cuarta centuria en un Derecho romano-cristiano, magistralmente expuesto por Biondo Biondi en una importante obra así titulada. La cultura cristiana ha perdurado más de quince siglos, enriquecida con nuevas y ulteriores aportaciones. Incluso cuando grupos sociales más o menos considerables rompieran en Europa la unidad espiritual y que el Enciclopedismo y la Ilustración impulsaran el auge de posturas radicalmente irreligiosas, racionalistas y materialistas, la fuerza secular de la tradición cultural cristiana, sobre todo en lo que afectaba a la vida privada, mantuvo las grandes coordinadas institucionales provenientes de aquella tradición. Ha sido en el siglo xx, y especialmente en la segunda mitad, cuando se ha producido una ruptura que puede presagiar el advenimiento de una nueva cultura. La cultura cristiana estuvo orientada siempre hacia la luz de la vida, vida temporal y vida ultraterrena. ¿Habrá dado comienzo una nueva cultura, merecedora de caracterizarse por el apelativo que se le ha atribuido de “cultura de la muerte”?

#### 4. CAMBIAR EL SENTIDO COMÚN

Un ideólogo marxista de los años veinte del siglo pasado, Antonio Gramsci, afirmaba que la verdadera revolución no consistía tanto en alterar las estructuras sociales como en cambiar el sentido común de la gente. Esto último es lo que ha ocurrido en Época reciente, con la decisiva ayuda de los medios de comunicación social. Esos medios han contribuido con admirable eficacia a una sorprendente confusión de las mentes por la que el bien se convierte en mal y lo malo en bueno, tanto a nivel personal como de la jerarquía de valores de una sociedad. Esta transformación, operada en muy breve espacio de tiempo, ha abierto las puertas a la llamada “cultura de la muerte”.

La “cultura de la muerte” persigue como principal objetivo la lucha contra los principios de moral natural y evangélica. Y esa lucha se hace en nombre de un pretendido progreso humano. Tres puntos fundamentales son puestos especialmente en tela de juicio: el derecho a la vida en sus comienzos y en su final; el matrimonio y la familia y, por último, la función de los padres en la formación de los hijos, directamente relacionada con la libertad escolar. Tratemos de examinar más despacio cada uno de estos puntos.

La negación al concebido del derecho a nacer: la forma menos dramática la representaría la píldora abortiva, la llamada “píldora del día siguiente”, que diversos gobiernos y administraciones territoriales facilitan ya gratuitamente a las mujeres que la solicitan. El favor del aborto declarado se manifiesta en la extensión de los límites temporales dentro de los cuales se considere lícito realizarlo. Esa ampliación de plazos sería considerada, naturalmente, como una medida progresista. El “barco de los abortos”, clínica abortiva ambulante, ha recorrido las aguas de las costas europeas, como antaño lo hicieran las naves corsarias. Una película premiada en un reciente festival cinematográfico ha supuesto la contribución del Séptimo Arte

a la ofensiva abortista presentando como “heroína” a una señora que en los años cincuenta del siglo xx sufrió perjuicios personales por su “caritativa” dedicación a ayudar a abortar a mujeres de condición social humilde.

Pero el aborto se estima ya algo tan común que los medios de comunicación apenas si se ocupan de él, como no sea para dar fe de los avances –los “progresos”– que las estadísticas registran de un año para otro. Un nuevo tema parece haber venido a robarle actualidad al aborto en la campaña contra la vida: la eutanasia. El primer paso fue atribuirle una hermosa y atractiva denominación: “muerte digna”, se dijo, “muerte dulce”. Trátase, sin embargo, para los materialistas que la propagan, de una muerte absoluta, sin esperanza ni despertar a otra vida. La eutanasia por propia decisión y tras larga espera ha sido el argumento de una película española de gran éxito que quiere convertirse en una cuasi-glorificación del protagonista, un conocido tetrapléjico que demandó y obtuvo asistencia ajena para ayudarle a morir. La película, muy aireada previamente por la prensa, se vio honrada con la presencia en el pre-estreno del Presidente del Gobierno español, acompañado por varios de sus ministros; seguidamente, como estaba también previsto, obtuvo importantes galardones en el festival internacional donde fue presentada.

La eutanasia voluntaria puede ser también legalizada; basta para ello que así lo decida por votación mayoritaria el Parlamento de un país, como ha ocurrido ya en varios países de Europa. El mayor riesgo está en que se convierta para muchos en una práctica social y menos voluntaria. Cuando la prolongación de la vida provoque, como está ya ocurriendo, un aumento significativo de la proporción de viejos en relación con la población global, la crisis de la familia incrementará de modo espectacular las cifras de ancianos solitarios. Es la situación de insoportable carga social prevista por el Nazismo en Alemania, representada plásticamente mediante viñetas publicadas en los periódicos de entonces, en las que aparecía un joven trabajador agobiado por el peso de dos viejos, sentados en cada uno de sus hombros. Es bien conocido el hecho de que en Holanda y Bélgica, dos países hipercivilizados en que la eutanasia ha sido en principio despenalizada, muchas personas mayores huyen atemorizadas de ciertas clínicas o residencias, por miedo a ser eliminadas sin su conocimiento e incluso contra su voluntad. La eutanasia infantil, uno de los últimos avances de la “cultura de la muerte”, es una barbaridad de la que no merece la pena hablar.

## 5. MATRIMONIO-FAMILIA EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

La disgregación de la familia, la crisis de la institución familiar, tiene como primer y principal paso la destrucción del matrimonio. Se dijo antes que la Antigüedad cristiana, y también la romano-pagana, tenían una idea muy clara acerca de la noción de matrimonio. En la sociedad actual se ha tratado de introducir ante todo una deliberada ambigüedad terminológica. ¿Qué es el matrimonio?, comienza a plantearse. Y, bajo el mismo nombre y con parecidas consecuencias jurídicas, se pretende equiparar al matrimonio otras uniones de hecho, sin excluir las uniones homosexuales. La triste realidad presente es la creciente fragilidad del matrimonio y su ruptura por el cauce de la separación o del divorcio.

Recuerdo haber viajado a Milán en el verano de 1974, para asistir a un Congreso de Historia Medieval que se celebraba en la Universidad Católica. El divorcio

acababa de aprobarse en Italia mediante un “referendum”. El camino seguido por los divorcistas para conseguir su propósito había constituido un prodigio de “maquiavelismo” político. Se habló de “piccolo divorzio”, un pequeño divorcio dirigido tan sólo a solventar “casí pietosi”, casos extremos que demandaban una comprensiva solución. En España, el divorcio fue admitido durante la transición política, para ser ampliado sucesivamente hasta llegar a la situación actual de permisividad máxima, cuando una alta personalidad pública puede afirmar: “No tiene sentido que si nadie tiene que justificar por qué se casa tenga que justificar por qué se separa”. Las estadísticas registran año tras año con cierto regodeo el incremento de rupturas matrimoniales y no faltan sociólogos que ya prevén la llegada de un momento en que divorcios y separaciones superen las cifras de nuevos matrimonios. Hace bastantes años, un gran jurista ya difunto –Álvaro d’Ors– advertía que, a su juicio, la proliferación del divorcio era, como fenómeno social, más grave que la despenalización del aborto. Porque éste –decía– es un crimen y así lo ha de advertir cualquier conciencia no deformada; el divorcio, en cambio, destruye el mismo tejido de la sociedad.

Resta todavía hacer mención del derecho que compete a los padres de familias a influir eficazmente en la formación fundamental de sus hijos. En las circunstancias actuales, importa resaltar que se trata de un derecho, no de un privilegio. Un derecho, que el Estado, guardián del bien común, ha de proteger, para que esté al alcance de cualquier fortuna, de manera que los padres todos puedan escoger el tipo de centro de enseñanza que prefieran para la educación de sus hijos. Un derecho, insisto –no un privilegio–, del que puedan beneficiarse tan sólo los poderosos, únicos capaces de sufragar los elevados costes que exige la enseñanza en unos centros carentes de ayudas públicas. Aunque esto sea ya un hecho admitido en muchos países occidentales, todavía quedan otros en los que un totalitarismo laicista se opone tercamente a una auténtica libertad de enseñanza.

## 6. UNA NUEVA CULTURA CRISTIANA

Es ya hora de terminar, pero es preciso formular antes algunas conclusiones. La “cultura de la muerte”, ampliamente difundida en los principales países del primer mundo, lleva camino de provocar la desintegración de la sociedad, como ha ocurrido ya en el pasado con otras culturas de la Antigüedad. Parece llegada la hora de abordar la construcción de una nueva cultura cristiana, que sea otra vez cultura de la vida. Para ello hace falta que los cristianos, con ayuda de la gracia de Dios, no tengan miedo a ser minoría, la pequeña grey evangélica. No temer ser diferentes ni constituir excepción, ni pretender justificarse con la socorrida excusa de “todo el mundo lo hace”. Revivir, si es preciso, aquel estado de ánimo imperante a finales del siglo II, que Tertuliano resumía en una frase lapidaria: *fiunt, non nascuntur christiani* –los cristianos no nacen, se hacen–; y hacen cosas nuevas.

Evangelizar a cristianos de nacimiento para que, en virtud de una nueva conversión, se decidan a ser genuinos discípulos de Cristo: hijos de Dios, seguidores del Maestro, al que reconocen con ojos iluminados por la fe. Hombres que creen que Él es, como proclamó el Apóstol Pedro, “el Cristo, el Hijo de Dios vivo”: Jesucristo, el Verbo hecho hombre y que dio la vida por cada uno de nosotros con el fin de salvarnos, de abrimos, más allá de la muerte –que es paso de vida a vida– aquella eterna bienaventuranza para la que hemos sido verdaderamente creados.

Esta es, en suma, la “nueva evangelización” que reclama el papa Juan Pablo II. El resultado habría de ser la aparición de una nueva cultura –“cultura de la vida”– que anime una nueva sociedad cristiana. Una sociedad donde los esposos se profesen amor y fidelidad para siempre; donde los niños puedan nacer y tener familia y los ancianos vivir y morir, rodeados del afecto de los suyos; donde los inmigrantes –hermanos venidos de lejos– encuentren acogida y hospitalidad. Una sociedad amante de la sobriedad cuyos motores sean otros que las tres concupiscencias denunciadas por el Apóstol San Juan: la sensualidad, el afán de riqueza y la “soberbia de la vida”, la ambición de poder (I Jo, II, 16). Para decirlo en pocas palabras: una sociedad integrada por cristianos, que tratan de vivir como auténticos discípulos de Jesucristo. Es todo un desafío, pero vale la pena afrontarlo.

JOSÉ ORLANDIS

## 25 DE DICIEMBRE, UNA FECHA HISTÓRICA

### UN PREÁMBULO

Comúnmente se acepta la noticia, antigua, según la cual la celebración de la Navidad del Señor fue introducida en la primera mitad del siglo IV por la Iglesia de Roma por motivos ideológicos. Se habría colocado el 25 de diciembre para contraponerse a una peligrosa fiesta pagana, el *Natale Solis invicti* (quizá Mitra, como es probable, o quizá el título de un emperador romano). Se habría fijado esta fiesta en el solsticio de invierno (21-22 de diciembre), cuando el sol reanudaba su marcha triunfal hacia su máximo resplandor. Por tanto, en ámbito cristiano, remontando nueve meses, se habría fijado en el 25 de marzo la celebración de la anunciación del Ángel a la Virgen María de Nazaret, y su inmaculada Concepción del Hijo y Salvador. Por consiguiente, seis meses antes de la natividad del Señor se habría colocado también la fiesta de la natividad de su precursor y profeta Juan Bautista.

Por otra parte, Occidente no celebraba el anuncio de la natividad de Juan a su padre, el sacerdote Zacarías, que, en cambio, desde fechas muy lejanas, se conmemora en el Oriente sirio el primer domingo del “Tiempo del Anuncio” (*Sûbarâ*), que comprende en otros cinco domingos la anunciación a la Virgen María, la visitación, la natividad del Bautista, el anuncio a José, la genealogía del Señor según Mateo.

El Oriente bizantino, igualmente desde fechas inmemoriales, celebra el 23 de septiembre también el anuncio a Zacarías.

Tenemos, pues, cuatro fechas evangélicas consecutivas que siguiéndose se entrelazan, a saber: I) el anuncio a Zacarías y II) seis meses después la anunciación a María, III) respectivamente nueve y tres meses después de las primeras dos fechas, la natividad del Bautista, y IV) respectivamente seis meses después de esta última fecha, y naturalmente nueve meses después de la anunciación, la Natividad del Señor y Salvador.

La referencia, digamos, “litúrgica” de todo esto sería, pues, la Natividad del Señor establecida el día 25 de diciembre, y basándose en esta fecha se disponen las fiestas de la anunciación nueve meses antes, y de la natividad del Bautista seis meses antes. Los historiadores y liturgistas plantean al respecto varias hipótesis que unas más y otras menos son aceptadas. El problema es que ya en los siglos II-IV fueron planteadas distintas fechas que tenían en cuenta cálculos astronómicos o ideas teológicas.

Una fecha “histórica” externa, es decir, que no fuera bíblica, patristica ni litúrgica, y que confirmase las opiniones de los estudiosos no se conocía aún.

### UNA REFERENCIA: EL ANUNCIO A ZACARÍAS

Lucas está atento a la hora de situar la historia. Por ejemplo, cita “un edicto de César Augusto” para el censo de Quirino (en torno al 7-6 a. de C.), durante el cual

nace el Señor (Lc 2, 1-2). Además coloca en el año decimoquinto del imperio de Tiberio César (27-28 d. de C.) el comienzo de la predicación preparatoria del Señor por parte de Juan Bautista (Lc 3, 1). Y escribe: "Y era el mismo Jesús, al comenzar [su ministerio después del Bautismo, Lc 3, 21-22] como de treinta años" (Lc 3, 23), de hecho tenía 33 ó 34 años.

Según su sugestiva narración evangélica, el Ángel del Señor, Gabriel, el mismo de la anunciación a María (Lc 1, 26-38), al terminar Zacarías la ofrenda de incienso en el santuario había anunciado al anciano sacerdote que su mujer Isabel, estéril y anciana, daría a luz un hijo, destinado a preparar un pueblo para Aquel que iba a venir (Lc 1, 5-25). Lucas se preocupa de colocar este hecho con precisión gracias a un dato conocido por todos. Refiere que Zacarías pertenecía a la "clase [sacerdotal, *ephêmería*] de Abías" (Lc 1, 5), y cuando se le aparece Gabriel "ejercía su ministerio sacerdotal en el turno [*tâxis*] de su orden [*ephêmería*]" (Lc 1, 8).

Así remite a un hecho general que no presenta dificultades, y a otro específico y puntual que presenta un problema. El primer hecho, conocido por todos, era que en el santuario de Jerusalén, según la narración del cronista, el mismo David había dispuesto que los "hijos de Aarón" estuvieran distribuidos en 24 *tâxeis*, hebreo *sebaot*, los "turnos" perennes (1 Cr 24, 1-7, 19). Dichas "clases", alternándose en un orden inmutable, debían prestar servicio litúrgico durante una semana, "de sábado a sábado", dos veces al año. La lista de las clases sacerdotales hasta la destrucción del templo (año 70 d. de C.) según el texto de los Setenta era establecido por sorteo de la siguiente manera: I) Yehoyarib, II) Yedayas, III) Jarín, IV) Seorín, V) Malquías, VI) Miyamín, VII) Hacós, VIII) Abías, IX) Jesús, X) Secanías, XI) Eliasib, XII) Yaquín, XIII) Jupá, XIV) Yesebab, XV) Bilgá, XVI) Imer, XVII) Jezir, XVIII) Hapisés, XIX) Petajías, XX) Ezequiel, XXI) Yaquín, XXII) Gamul, XXIII) Delayas, XXIV) Maazías (la lista, en 1 Cr 24, 7-18).

El segundo hecho es que Zacarías pertenecía al "turno de Abías", el VIII. El problema que plantea esto es que Lucas escribe cuando el templo sigue en actividad y, por tanto, todos podían conocer sus funciones, y no anota cuándo estaba en ejercicio el "turno de Abías". Tampoco dice en cuál de los dos ciclos anuales Zacarías recibió el anuncio del Ángel en el santuario. Y parece que a lo largo de los siglos nadie se ha interesado en recordarlo o investigarlo. La misma Comunidad madre, la Iglesia de Jerusalén, judeo-cristiana de idioma arameo, que tradicionalmente (al menos durante dos siglos) fue gobernada por los parientes de Jesús, Santiago y sus sucesores, no parece que se preocupase de este detalle, que para los contemporáneos era obvio.

## EL "TURNO DE ABÍAS" CON FECHA SEGURA

En 1953, la gran especialista francesa Annie Jaubert, en su artículo "Le calendrier des Jubilées et de la secte de Qumran. Ses origines bibliques", en *Vetus Testamentum*, Suplemento 3 (1953) págs. 250-264, había estudiado el calendario del *Libro de los Jubileos*, un apócrifo judío muy importante de finales del siglo II a. de C. Pues bien, numerosos fragmentos del texto de dicho calendario, hallados en las cuevas de Qumrán, demostraban no sólo que había sido hecho por los Esenios que allí vivían (desde siglo II a. de C. hasta el siglo I d. de C.), sino que seguía en uso. Este calendario es solar, y no da nombre a los meses, los llama con números

consecutivos. La estudiosa había publicado además sobre este tema otros artículos importantes; véase también el título “Calendario de Qumrán”, en *Enciclopedia de la Biblia*. Y en una célebre monografía, *La date de la Cène, Calendrier biblique et liturgie chrétienne*, Études Bibliques, Paris, 1957, había reconstruido la sucesión de los acontecimientos de la Semana Santa, situando de manera convincente (salvo para algunos) la cena del Señor en martes y no en jueves.

Por su parte, también el especialista Shemarjahu Talmon, de la Universidad Hebrea de Jerusalén, había trabajado sobre los documentos de Qumrán y el calendario de los *Jubileos*, y había logrado establecer con precisión el desarrollo semanal del orden de los 24 turnos sacerdotales en el templo, entonces aún en función. Publicó sus resultados en el artículo “The Calendar Reckoning of the Sect from the Judean Desert. Aspects of the Dead Sea Scrolls”, en *Scripta Hierosolymitana*, vol. IV, Jerusalén, 1958, pgs. 162-199; se trata de un estudio esmerado e importante, pero que, hay que decirlo, pasó casi inadvertido en el gran circuito, pero no para Annie Jaubert. La lista que el profesor Talmon reconstruye indica que el “turno de Abías (*Ab-Jah*)” prescrito por dos veces al año, tenía lugar: I) la primera vez, del 8 al 14 del tercer mes del calendario, y II) la segunda vez del 24 al 30 del octavo mes del calendario. Ahora bien, según el calendario solar (no lunar, como es el actual calendario judío), esta segunda vez corresponde en torno a la última década de septiembre.

Como señala también Antonio Ammassari, “Alle origini del calendario natalizio”, en *Euntes Docete* 45 (1992), págs. 11-16), con la indicación sobre el “turno de Abías”, Lucas se remonta a una preciosa tradición judeo-cristiana jerosolimitana, que ha encontrado como narrador esmerado de historia (*Lc* 1; 1-4), y ofrece la posibilidad de reconstruir algunas fechas históricas.

Así el rito bizantino recuerda el 23 de septiembre el anuncio a Zacarías, y conserva una fecha histórica segura, y casi precisa (quizás con un desfase de uno o dos días).

## FECHAS HISTÓRICAS DEL NUEVO TESTAMENTO

La principal datación histórica sobre la vida del Señor versa sobre el acontecimiento principal: su resurrección en la narración unánime de los cuatro Evangelios (y del resto de la Tradición apostólica del Nuevo Testamento, véase *1 Cor* 15, 3-7) ocurrió durante el amanecer del domingo 9 de abril del año 30 d. de C., fecha astronómica segura, la fecha de su muerte, por tanto, fue hacia las 15 horas del viernes 7 de abril del mismo año 30.

Según los datos establecidos por la reciente investigación, antes mencionada, hay una trama impresionante de otras fechas históricas.

El ciclo de Juan Bautista tiene establecida (aproximadamente) la fecha histórica del 24 de septiembre de nuestro calendario gregoriano del año 7-6 a. de C. para el anuncio divino a su padre Zacarías. En el cómputo actual sería en el otoño del año 1 a. de C., pero sabemos que desde el siglo VI hay un error de unos seis o cinco años sobre la fecha real del año de la natividad del Señor.

La natividad del Juan Bautista nueve meses después (*Lc* 1, 57-66), (aproximadamente) el 24 de junio, es una fecha histórica.

Por tanto, en el ciclo de Cristo Señor, que Lucas coloca en forma de díptico especular con el del Bautista, la anunciación a la Virgen María de Nazaret “en el sexto mes” después de la concepción de Isabel (*Lc* 1, 28) resulta otra fecha histórica.

Por consiguiente, y por fin, la natividad del Señor el 25 de diciembre es una fecha histórica, es decir, 15 meses después del anuncio a Zacarías, nueve meses después de la anunciación a su Madre la Virgen María, seis meses después del nacimiento de Juan Bautista.

La santa circuncisión ocho días después del nacimiento, según la ley de Moisés (Lev 12, 1-3), es una fecha histórica.

Y así, cuarenta días después del nacimiento, el 2 de febrero, la “presentación” del Señor en el templo según la ley de Moisés (Lev 12, 4-8), que marca el *hypapantê*, el Encuentro con su pueblo, es una fecha histórica.

## PROBLEMAS LITÚRGICOS

La fecha de la Navidad está rodeada de una serie de problemas. En primer lugar, se da el hecho de que en algunas Iglesias se unió y a veces se confundió el 25 de diciembre con el 6 de enero, día que reunía la memoria de todos los acontecimientos que rodeaban la natividad del Salvador.

Luego, la distinción aproximada entre memoria de un hecho, que puede durar generaciones, la devoción en torno a este hecho, que puede manifestarse con un culto no litúrgico, y la institución de una fiesta “litúrgica” con fecha y oficio propios, que comprende la liturgia de las horas santas y la de los misterios divinos.

Aquí hay que tener en cuenta, cosa que generalmente no se hace, la increíble memoria de las comunidades cristianas respecto a los acontecimientos evangélicos y los lugares donde sucedieron.

La Anunciación, por ejemplo, había entrado en las formulaciones de algunos de los “Símbolos bautismales” más antiguos ya en el siglo II. En la misma época fue representada en el arte cristiano primitivo, como en las catacumbas de Priscila. En el mismo Nazaret, como ha demostrado espléndidamente la arqueología, la comunidad local conservó y veneró sin interrupción alguna el lugar de la Anunciación, y fue visitado por un constante flujo de peregrinos que a lo largo de los siglos dejaron grafitos y frases conmovedoras, hasta nuestros días.

Cuando comenzó el culto “litúrgico” de la madre de Dios, ya entrado en el siglo V, se creó la fiesta “litúrgica” del *Euaggelismós*, la anunciación a María. Esta adquirió una resonancia tan extraordinaria que en Occidente los Padres la incluyeron entre los “orígenes de nuestra redención” (con la Navidad, los Reyes Magos y las bodas de Caná), y en Oriente fue considerada tan solemne y casi dominante, que su fecha en el rito bizantino anula el domingo e incluso el jueves santo; cede sólo ante el viernes santo, y si cae en el domingo de Resurrección divide la celebración de modo que se celebra mitad del Canon pascual y mitad del Canon de la Anunciación.

Antes de la Construcción de la Basílica constantiniana de Belén (tercera década del siglo IV), la comunidad cristiana había conservado ininterrumpidamente la memoria y la veneración del lugar del nacimiento del Señor.

En Egipto, la Iglesia copta conserva con constante devoción la memoria de los lugares donde la Sagrada Familia estuvo durante su huida (Mt, 2, 13-18), sobre los que fueron construidas iglesias que aún ofician.

Podemos mencionar también los lugares santos de Palestina, sobre todo los de Jerusalén: el *Anástasis*, la resurrección (reducidamente llamado “santo sepulcro”), el Gólgota, el Cenáculo, el “Monte de Galilea” que es el de la Ascensión, el Get-

semaní, Betania, la piscina probática (*Jn* 5, 1-9), donde fue construida una iglesia, el lugar de la "Dormición" de la Madre de Dios en Cedrón, etc. De todos estos lugares existe una documentación preciosa, impresionante e ininterrumpida, que llega hasta nuestros días, de los peregrinos que los visitaron siempre con grandes sacrificios y peligros, y dejaron descripciones y relatos escritos de la veneración que recibían, y de los usos de la devoción de los habitantes y de otros visitantes.

Aquí el problema interesante es la elección de las fechas para las celebraciones "litúrgicas". Respecto a la celebración "litúrgica", en el sentido que hemos visto arriba, del Señor, de su Madre y de Juan Bautista, ¿se trató de decisiones arbitrarias dictadas por ideologías o cálculos ingeniosos? No creo. El 23 de septiembre y el 24 de junio para el anuncio y la natividad de Juan Bautista, y el 25 de marzo y el 25 de diciembre para la anunciación del Señor y su natividad, no fueron fechas arbitrarias ni se copiaron de ideologías de la época. Las Iglesias habían conservado memorias ininterrumpidas y cuando decidieron rendirles celebraciones "litúrgicas" lo único que hicieron fue sancionar el uso inmemorial de la devoción popular.

Hay que tener en cuenta también el hecho poco señalado de que las Iglesias se comunicaban las "fechas" de sus celebraciones, y asimismo, por ejemplo, las de los "testimonios de los mártires" que llamaban la "natividad de los mártires" a la gloria del cielo. Para los grandes aniversarios, como las fiestas del Señor, de los apóstoles, de los mártires, de los santos obispos de las Iglesias locales y, desde el siglo V, también la de la Madre de Dios, las Iglesias aceptaron con gusto las propuestas de las Iglesias hermanas. En la práctica, casi todas las grandes fiestas del Señor y de la Madre de Dios proceden del Oriente palestino y fueron aceptadas con gran entusiasmo por las Iglesias del Imperio y, antes de los grandes cismas del siglo V, también por la inmensa cristiandad del Imperio parto. La Navidad, como parece, procede de Roma y fue aceptada, aunque con vacilaciones, por todas las Iglesias.

Con esto queremos decir que las Iglesias tenían la posibilidad de controlar y verificar, y hay que decir que nuestros antiguos padres no eran unos inocentes que se lo creían todo, sino que justamente desconfiaban y rechazaban todo intento ilícito e ilegítimo de culto "no comprobado".

En todo esto el evangelista Lucas tiene un papel destacado, cuando con oportunas y hábiles menciones remite a lugares y acontecimientos, a fechas y personas.

## EL CLAN DE CAÍN

La Iglesia madre judeocristiana había conservado otras muchas memorias sobre su Señor, el judío Jesús, el "Diácono de la circuncisión" (*Rom* 15, 8), que la investigación moderna con paciencia y trabajo está sacando a la luz después de siglos de oscuridad. Algunas son intensas y resplandecientes.

Una se refiere a la elección de la Madre de Dios. Después de la caída de Adán, los Tres se reunieron urgentemente en consejo. El Padre informó que para comenzar de nuevo había elegido a María, la Virgen de Nazaret, y había decidido hacer de ella la Madre del Hijo, dotándola con la Virginitad permanente a imitación de su Virginitad paterna. El Hijo, por su parte, informó que Él también había elegido a María por madre, y había decidido que asistiera a los "tres terribles Misterios" de la Natividad virginal, de la Cruz y de la Resurrección gloriosa. El

Espíritu Santo informó que había elegido también a la misma María, para darle como dote nupcial su divina Suavidad, para entregarle su *Paráklésis*, la Abogacía poderosa contra el Enemigo, y su Consuelo irresistible. Así vino a los hombres "del Espíritu Santo y de la Virgen María" (Lc 1, 32; y el Símbolo apostólico) Cristo Señor, que, "engendrado en la divina eternidad por el Padre sin madre" el Mismo "nació en el tiempo de los hombres de la Madre sin padre" (los Padres). Así que el Hijo de Dios e Hijo de María tuvo como Término divino de su existencia humana al Espíritu Santo, en el cual es consubstancial al Padre, y como Término humano la Virgen Madre, mediante la cual es consubstancial a todos los hombres.

Todos los hombres no ya que "salvar", término que en la edad moderna se ha vuelto equívoco, sino redimir del pecado. El pecado de Adán, que se configura también con el pecado de Caín (*Gen 4*, 1-12). Después del fratricidio consumado contra el inocente Abel, Caín tuvo miedo del castigo, pero no tanto del de su Señor misericordioso, sino del de los hombres (*Gen 4*, 13). Pero el Señor misericordioso le concedió una señal, "la señal de Caín", que le sirviera de salvación de la muerte.

Entonces el Señor después del diluvio, entre todos los descendientes de Noé, actuó con sabiduría y paciencia según las dos irresistibles leyes de la redención, la "selección regresiva" o "concentración" que es elección de "uno", un "resto" y asumido en favor de todos los demás y es eliminación de los demás de esta operación, y por "subsunción progresiva", que es agregación universal de todos en la salvación obtenida por el "resto". Por eso el Señor de todos los pueblos de la tierra (*Gen 10*) eligió a Sem y a sus descendientes (*Gen 10*, 21-31). De la descendencia de Sem eligió a la familia de Téraj, padre de Abraham (*Gen 11*, 27-32). De los hijos de Téraj eligió a Abraham (*Gen 12*, 1-3) y a sus descendientes Issac y Jacob. De los doce hijos de Jacob eligió a la tribu de Judá (*Gen 49*, 8-12). De la tribu de Judá eligió a la semitribu de los *Cainitas* (o Queniceos) con Caleb, y por capital Hebrón (*Jos 14*, 6-15). De esta semitribu (o clan) eligió a la familia de Jesé, y de los ocho hijos de Jesé eligió a David (1 *Sam 16*, 1-12), sobre el que posó su Espíritu divino omnipotente y mesiánico (1 *Sam 16*, 13).

De David por fin e irreversiblemente descendió en la carne (*Mt 1*, 1; *Rom 1*, 3) mediante la Virgen María; sin la participación de ningún hombre (*Mt 1*, 16), el Hijo de Dios, Hijo de Abraham, Jesucristo, el Redentor.

La "señal" que Caín recibió es su confluencia y la de todos los pecadores en su posteridad pecadora, resumida por los Cainitas, el "clan de Caín"; cuyo Jefe divino y humano es el Hijo de Dios, nacido del Espíritu Santo y de la Virgen María. Por eso el Hijo de Dios, el Impecable "se hizo pecado por nosotros" (2 *Cor 5*, 21); "haciéndose maldito por nosotros" según la Ley, porque cuelga de un Palo (*Gál 3*, 13, que cita *Dt 21*, 23), para obtener la Bendición y la Promesa de Abraham que es el Espíritu Santo (*Gál 3*, 14), "asumió la carne de pecado" cargada, por tanto, de muerte (*Rom 8*, 3) que siendo y permaneciendo Dios se hizo también esclavo obediente hasta la muerte y muerte de cruz (*F/p 2*, 6-8); llevando a la cruz a Caín y a su descendencia, el Hijo de Dios destruyó la incapacidad de Adán y Eva de dar hijos a Dios, y abrió en "subsunción progresiva" ilimitada las puertas de entrada al Padre en el Espíritu Santo.

Es también el contenido de las liturgias de Oriente y Occidente para el domingo de Resurrección y el Viernes Santo, aunque también de la Navidad, la Anunciación y natividad de la Virgen.

La Navidad del Señor en la carne es una fuente inagotable, que no conoce la trivialidad del frío "árbol" material, sino la sorpresa renovada, la maravilla jamás saciada, el estupor adorante frente a Aquel que desde el Océano infinito de la Divinidad bienaventurada quiso arribar a la orilla triste y dolorosa de la historia de los hombres con un único objetivo: "Dios permaneciendo lo que era quiso hacerse también lo que no era, Hombre creado, verdadero, limitado, mortal, para que los hombres creados, limitados, mortales, permaneciendo lo que eran se convirtieran por fin en dioses por gracia" del Espíritu Santo. Esta es la "fórmula de intercambio" o "fórmula de la divinización", que procede de la Sagrada Escritura; está codificada fielmente por los Padres y se vive con eficacia infinita en la santa liturgia de la Iglesia.

TOMMASO FEDERICI\*

---

\*El autor es profesor emérito de teología bíblica. Publicado en *30 días en la Iglesia y en el mundo* (Madrid) Año XVIII, N° 11/2000, pp. 45-50.



# JURISPRUDENCIA



CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO  
15.7.2005  
Recurso de protección, fiscalización  
parlamentaria sobre particulares

A sus antecedentes oficio de la H. Cámara de Diputados.

Resolviendo a fojas 8

A lo principal, primer y segundo otrosí:

VISTO:

Atendido el mérito de los antecedentes, de los que se desprende que la acción constitucional de protección hecha valer, dice relación con actos ejecutados por un Diputado de la República, en su nombre y el de otros parlamentarios, en el contexto de una sesión desarrollada en la H. Cámara del Congreso Nacional, los que por su propia naturaleza, no procede impugnar por esta vía extraordinaria, toda vez que se trata de actos ejecutados por otro Poder del Estado en el ejercicio de sus funciones; teniendo presente, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales, y por adolecer el recurso interpuesto, en opinión unánime de la Sala, de manifiesta falta de fundamentos, se declara inadmisibile el deducido en lo principal de fojas 8 por don Fernando Saenger Gianoni.

Al tercer y cuarto otrosí, téngase presente.

Proveyendo a fojas 25: Estése al mérito de autos.

Rol N° 301-2005.

Pronunciada por los Ministros sres. Gabriela Corti O., Luis Alvarado Th. y el abogado integrante sr. Fernando Farren C.

COMENTARIO

Al leer este fallo (o “minisentencia”, *proprie loquendo*) no puede menos que meditarse en lo difícil que resulta para los jueces (para algunos, habría que decir con mayor rigor) el entender su función, que no es la de ser burócrata (uno más) sino la de proteger los derechos de las personas –en la más pura tradición indiana<sup>1</sup> y luego

---

<sup>1</sup>J. de Solórzano y Pereyra, *Política indiana* (5 vols.). Edic. anastática de [la de 1648, imprenta de Diego Díaz de la Carrera, Madrid.] Biblioteca de Autores Españoles (tomos 252-256). Cía. Iberoamericana de Publicaciones. Madrid-Buenos Aires. 1972, vol IV, Libro V,

republicana<sup>2</sup>– y no proteger los derechos o decisiones de los órganos del poder, sean legislativos o gubernativos. Parece olvidarse que si la judicatura se convierte en defensa de los privilegios del poder ya desaparece la idea misma de república, de Estado de Derecho y de libertades ciudadanas, para prohiar simplemente una tiranía y la peor de todas como es la tiranía democrática que, por principio, es totalitaria<sup>3</sup>.

Este fallo incide en una protección deducida por el profesor de derecho constitucional, don Fernando Saenger Gianoni, uno de los abogados más prestigiosos del foro de Concepción, miembro fundador y vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, en razón de haberse enterado por la prensa que un diputado (A. Navarro Brain) había solicitado oficiar al Director de la Policía de Investigaciones de Chile para que éste indicara las veces que el recurrente había viajado a Argentina a partir de 1997, y ello en razón de haber participado este distinguido colega en la defensa o como abogado de la llamada “Colonia Dignidad”.

Varias consideraciones deben hacerse desde el solo punto constitucional, ya que lo referido pugna con la Carta de 1980 de modo frontal y repugna con la idea misma de justicia. Veamos algunas.

1. La Cámara de Diputados tiene atribuciones, conferidas por la Constitución, para fiscalizar única y exclusivamente “los actos del Gobierno” (art. 48 n° 1 inc. 1°). Luego, jamás podrá fiscalizar las actividades de una persona privada, sea natural o jurídica, o de un grupo o asociación privada sin personificación. De hacerlo, sus actos son nulos (art. 7°), es decir, “inexistentes” para el Derecho y sólo “vías de hecho”, proscritas por el Derecho. Ni la tal Colonia ni sus abogados pueden caer o ser incluidos en el texto constitucional, ya que ninguno es “Gobierno”; y esto aparece tan evidente que da vergüenza ajena que el fallo en análisis no lo haya advertido ni mínimamente, y nada menos un Tribunal Superior de Justicia (*o tempora o mores!*).

2. Pero ha de agregarse de inmediato que en el caso *Saenger* se trataba de lo que la letra a) del mencionado N° 1) del art. 48 cit., esto es de un oficio que un diputado, a nombre propio y de otros tres diputados, solicita antecedentes sobre una persona privada a una autoridad pública y en relación con su actividad de abogado de una persona privada.

Se advierte de inmediato que si la Cámara está expresamente impedida de fiscalizar a personas particulares<sup>4</sup>, mucho más le está prohibido ello a un

---

cap. III, n° 7 (“las Audiencias [tribunales] son los castillos roqueros [de las Indias], donde se guarda justicia, los pobres hallan defensa de los agravios y opresiones de los poderosos y a cada uno se le da lo que es suyo con derecho y verdad”).

<sup>2</sup>Vid. *Constitución de 29.12.1823*, cuyo Título XIII De la Suprema Corte de Justicia estuvo vigente hasta 1875, por disposición de la Constitución de 1833 (Disposición 3ª transitoria), la cual disponía en la primera de sus atribuciones, “1. Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales”.

<sup>3</sup>Vid. M. Ayuso Torres, *Sobre la esencia y las formas del fenómeno totalitario*, en *Ius Publicum* 1/1998, 41-52, y *El poder y sus límites*, en *Ius Publicum* 12/2004, 13-29.

<sup>4</sup>E incluso a órganos que no ejercen funciones de gobierno, como son v.gr. las municipalidades; vid. al respecto mi *El artículo 48 n° 1 de la Constitución, “fiscalizar los actos del gobierno”, su sentido y alcance*, en *Rev. de Derecho Público* 55-56/1994, 127-142.

diputado, por una doble razón, ya que la atribución de “fiscalizar los actos del Gobierno” sólo le ha sido conferida a la “Cámara de Diputados” y no a diputados en particular, y además porque aquí no se trata de “actos del Gobierno” sino de una persona particular, y por tanto carece de toda atribución un diputado para solicitar esos antecedentes.

3. Es más. Aún, por mera hipótesis, si fuera posible admitir una tal actuación de un diputado en tal materia, ello tampoco sería conforme con la Constitución, ya que para que tal procediese ella requiere expresamente “el voto favorable de un tercio de los diputados presentes de la Cámara” (letra a) cit. inc. 2º), lo que no consta que haya ocurrido según da testimonio el Boletín correspondiente de la Sesión 54 de dicha Cámara, de 22.3.2005, pp. 49 a 51, en que no aparece aprobada tal exigencia (publicación que es oficial) y, por ende, ha de tenerse por no cumplida y, por tanto, un acto nulo (según art. 7º).

4. Lo dicho bastaría –y más que de sobra– para tener por acreditada la completa antijuricidad de la actuación recurrida, no sólo del diputado mencionado sino incluso del Director de la Policía de Investigaciones de Chile, que no podía haber enviado el oficio 175, de 19.4.2005 (que, en fotocopia, tengo a la vista), en donde señala no sólo los viajes del recurrente a Argentina de 1995 al 2003, sino de otros abogados que también tuvieron intervención en la defensa de la referida Colonia.

Pero para que prospere una acción de protección –como es sabido– ese acto u omisión ilegal o arbitrario debe *afectar los derechos fundamentales* que la Constitución protege y ampara a través de esta acción procesal (art. 20). Y aquí llega a ser sobreaabundante el número de derechos violados por el acto recurrido del parlamentario mencionado.

Primeramente, el “*derecho a la libertad personal y a la seguridad individual*” (art. 19 n° 7 letra a), que reconoce el derecho natural, fundamental y esencial (que emana de la naturaleza humana, art. 5º inc. 2º/límite de los órganos del Estado, cualquiera sea, incluida la Cámara de Diputados y sus integrantes), de “*entrar y salir del territorio*” de la República, guardando las leyes, sin que se tenga que rendir cuenta de ello si se trata de un particular, lo que también consagran tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7º) y el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos (art. 9º).

Una tal intromisión en las actividades de una persona privada, de un particular, implica *per se*, en el caso que sea obra de un diputado, una clarísima violación del derecho que la Constitución reconoce y asegura a toda persona del “*respeto y protección de la vida privada*” y la de “*su familia*” (art. 19 n° 4), derecho natural, fundamental y esencial (art. 5º inc. 2º), el cual se ve afectado al inmiscuirse en ello una autoridad u órgano del Estado que carece enteramente de atribuciones jurídicas para actuar así, puesto que no se encuentra habilitado para ello por el Derecho<sup>5</sup>. Y hay afectación a este derecho, ya que viajar al extranjero forma parte, obviamente, de la vida privada tratándose de un particular (que no está inculpa-do ni sometido a proceso penal alguno), y que no debe rendir cuenta a nadie, y menos aún a la Cámara de Diputados o a alguno de sus miembros diputados. La

---

<sup>5</sup>De lo que sí posee atribuciones un juez de la República en un debido proceso y siempre que se atenga en ello a lo dispuesto por la ley procesal penal.

intromisión aludida es una violación pura y simple del derecho al respeto a la vida privada que toda persona posee, y lo peor es que el tribunal de protección desconoció su “deber de protegerlo”, deber jurídico que le impone dicho mismo art. 19 n° 4, en concordancia con lo dispuesto por el art. 1° inc. 4°, 6° incs. 1° y 2°, 20 inc. 1° y 73 de la Constitución<sup>6</sup>.

¿Qué diría el Tribunal cuya minisentencia comentamos si ese mismo diputado pide oficiar a la Superintendencia de Bancos para que le envíe información respecto de un particular, o a un Hospital público para que le informe sobre la ficha médica de una persona particular, o aun al Ministerio de Justicia para que le envíe información de las actividades de una corporación de derecho privado, v.gr. club deportivo, asociación cultural o iglesia evangélica? ¿Adoptaría el mismo predicamento y lo declararía inadmisibles, así de entrada sin audiencia, y por sí, ante sí?

Cabe agregar, además, la afectación de la “*integridad síquica*” que importa el saberse espiado y más encima dar a la publicidad documentos que son privados, y que no tienen por qué estar en conocimiento de personas ajenas a uno (art. 19 n° 1). También, tal ilícita intromisión significa afectar la *igualdad ante la ley* y actuar directamente violándola (art. 19 n° 2). Y qué decir de la verdadera “*comisión especial*” en que se erige el parlamentario citado al atribuirse una competencia propia de un juez sin tener la más mínima calidad de tal (art. 19 n° 3 inc. 4°).

No es mi intención alargar este comentario pero no puede soslayarse la vulneración en que el acto recurrido incurre respecto de la ley 19.628, que legisla sobre la protección de la vida privada y su título IV, en el cual específicamente se regula el tratamiento de datos personales por parte de los organismos públicos, tema sobre el cual el tribunal ni siquiera parece haberse acordado.

Como tampoco puede dejar de mencionarse el grave atentado a la *libertad en el ejercicio de la noble función de abogado*, al pretender averiguarse viajes, estadías, duración de ellos y si tienen relación con determinada defensa de personas o entidades. Ello es inadmissible en un Estado de Derecho, y es propio de gobiernos tiránicos y totalitarios en que aparece normalmente como medio de intimidación de las personas que se atreven a disentir de los diktat del poder; por qué no decirlo, ello es una típica forma de terror policíaco<sup>7</sup>.

5. Para terminar, cómo no señalar los efectos perversos que produce esta verdadera arbitrariedad judicial que ha significado la introducción del trámite de “admisibilidad” en el Auto Acordado de su tramitación (reforma de julio 1998), trámite de inconstitucionalidad patente y grosera, como hemos mostrado y demostrado a poco de su vigencia<sup>8</sup>. Aquí en 13 líneas se declara “inadmissible” el recurso deducido porque carecía de fundamentos, ya que no sería posible impugnar en protección “actos ejecutados por otro Poder del Estado en ejercicio de sus funciones” (sic).

---

<sup>6</sup> Iguales disposiciones establecen el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

<sup>7</sup> Tan bien ilustrados por los socialismos sean nacionalistas (Gestapo alemana nazi), o marxistas (KGB rusa, o Stasis/Alemania oriental, o cubana castrista, entre otras).

<sup>8</sup> Vid. *El derecho fundamental de acceso a la justicia. A propósito de requisitos de admisibilidad*, en Rev. Chilena de Derecho, Número especial 1998 (Jornadas de Derecho Público, 1998), 273-278.

Con el mismo argumento, entonces, no cabría protección en contra de actos del Poder Ejecutivo (Presidente de la República, Ministros de Estado, Intendentes, Seremis, etc.) y el recurso de protección sólo procedería entre particulares... ¿No saben los ilustres ministros que la protección nació precisamente para amparar los derechos fundamentales frente al actuar ilegal o arbitrario de la autoridad?<sup>9</sup>.

Pero más aún, ¿no conocían los falladores el fallo que la misma Corte de Apelaciones de Valparaíso en una sentencia, notable en este aspecto, estudiara detalladamente el punto y estableciera en sus considerandos 5º a 9º (no en 13 líneas) que era procedente la acción de protección para impugnar nada menos que un acuerdo del Senado que declaraba culpable a un acusado por la Cámara de Diputados? ¿Desconocían los roles 45-93 y 48-93 y el fallo de 26.3.1993 *Cereceda Bravo con Senado de la República*, redacción Ministro Sr. Fuenzalida Cerpa y ministros Sra. Inés González A. y Julio Torres A./RDJ t.90/1993, 2.5, 67-91, con comentarios de profesores Bruna Contreras (91-94 y 95-96) y Soto Kloss (94-95)? Dicha sentencia es exhaustiva en el análisis hasta de los antecedentes históricos del establecimiento de la acción de protección, y de la función judicial cuyo principio de universalidad no admite inmunidades de jurisdicción (consid. 2º del fallo *Cereceda* cit.).

Y es que admitirlas es simplemente dimitir de su función de juez (art. 73 de la Constitución) y violarla de modo flagrante al infringir además su art. 6º incs. 1º y 2º, además de vulnerar directamente los derechos del recurrente al impedir el acceso a la justicia, y a una tutela judicial efectiva, con un debido proceso racional y justo (art. 19 nº 3, incisos 1º y 5º). Tal “inadmisibilidad” ¿no es acaso “obstrucción a la justicia” pero por obra del propio juzgador? ¿Y no es acaso “abandono de deberes”, al negarse a conocer un asunto que cae bajo la órbita de su competencia desde que la propia Constitución en su artículo 20 otorga la acción de protección a quien sea agraviado por un acto u omisión de “quienquiera sea el ofensor”, como lo expresa claramente su texto y se comprueba con la historia fidedigna de su establecimiento?<sup>10</sup>

¿No es ésta una muestra más del escarnio del Derecho y la Justicia a que lleva el tan tristemente célebre trámite de “inadmisibilidad” en la acción de amparo general que es el llamado “recurso de protección”, que no es sino un medio de “denegación de justicia” en manos de juzgadores indolentes, temerosos u obsesivos, o, talvez, poco diestros en el manejo del Derecho Público?

Fallos como éste, ciertamente, desprestigian la nobilísima función de juzgar, a la que tantos y tantos jueces de la República dedican sus mayores desvelos y hasta su propia vida, para que las disputas y contiendas entre personas sean decididas de modo justo y equitativo y contribuir así a la paz social, la cual tiene en los gobernantes y muy especialmente en los jueces, los principales artífices en aras del bien común.

EDUARDO SOTO KLOSS

---

<sup>9</sup> Vid. mi *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1982; también mi *El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre*, en “20 años de la Constitución chilena de 1981-2001”. Finis Terrae-Conosur Ltda. Santiago. 2001, 421-436.

<sup>10</sup> Vid. sesión 214, de 25.5.1976, como lo recuerda el fallo *Cereceda* cit. consid. 7º y 8º; más ampliamente, mi *El recurso de protección* cit. anexo 8, 523-549.



CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO  
14.4.2005  
Invalidación de sanción disciplinaria/  
acto ilegal y arbitrario

Santiago, catorce de abril de dos mil cinco.

VISTOS:

A fojas 1, doña Patricia Lorena Ramírez Fuentes, cédula de identidad número 09.719.019-4, ingeniera, domiciliada en Hernando de Aguirre 1133, Dpto. 1601, ciudad de Santiago, interpone *recurso de protección* en contra de la Municipalidad de Huechuraba, representada por la señora Alcaldesa doña María Carolina Plaza Guzmán. A fojas 27, evacúa el correspondiente informe don Simón Eduardo Yébenes Flores, por su representada la Alcaldesa de la I. Municipalidad de Huechuraba. A fojas 32, se trajo los autos en relación, escuchándose en la vista alegatos de los abogados de las partes.

Y TENIENDO PRESENTE:

- 1º. Que, la recurrente, en su recurso, y en síntesis, sostiene:
- a. Que con fecha 17 de diciembre de 2004, fue notificada del Decreto N° 523-2004, dictado por la Municipalidad de Huechuraba, que dispone su destitución como funcionaria de dicha Municipalidad.
  - b. Que el referido acto es arbitrario e ilegal, debido a que ese decreto se dictó siete meses después de haberse dictado el decreto N° 203, de 2004, de la Municipalidad de Huechuraba, que puso término al sumario administrativo que fuera ordenado por decreto N° 1714, de 2003, en el que se le impuso la sanción de suspensión del empleo por treinta días y con goce del 50% de sus remuneraciones.
  - c. Que, además, la medida disciplinaria de suspensión no pudo ser dejada sin efecto, puesto que la Contraloría General de la República, en dictamen N° 60604, vinculante para la Municipalidad, conociendo del decreto municipal N° 203, dispuso en forma perentoria que en aquellos casos en que el Alcalde rebaje la Sanción Administrativa ordenada imponer por la misma ley en las situaciones que ésta contempla deberá dictar un decreto fundado, en el que exprese las razones o motivos que influyeron en tal decisión y luego perentoriamente señala que el Municipio deberá dictar un nuevo decreto que ponga término al proceso sumarial en comento, el cual deberá contener los fundamentos que se tuvieron en consideración al disponer una sanción inferior.

- d. Que, asimismo, la medida adoptada por la Municipalidad se aparta de lo dictaminado por la Contraloría General de la República, infringiendo con ello la Ley 10.333 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, que establece que los dictámenes del Organismo Contralor son obligatorios para la Administración, con lo cual se altera la situación jurídica previamente existente, sin importarle que hay derechos adquiridos que se han estabilizado a favor del administrado configurando un estatuto personal inmodificable.
- e. Que, con el acto que se impugna, se le ha conculcado sus derechos constitucionales que se encuentran garantizados en los números 2, 3 inciso cuarto, 4, 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política.

2°. Que la recurrida, informando el recurso, pide su rechazo, planteando en primer lugar su extemporaneidad, y luego se refiere al fondo, y explica:

- a. Que el recurso deducido en su contra debe declararse primeramente extemporáneo, debido a que la recurrente tomó conocimiento del acto que motiva el recurso, esto es el Oficio N° 60604 de la Contraloría General de la República, el 10 de diciembre 2004, venciendo el plazo para interponerlo el 25 de diciembre del mismo año, y sólo fue presentado el 31 de diciembre de 2004.
- b. Que, en cuanto al fondo, la Contraloría General de la República mediante oficio N° 60604 de 7 de diciembre de 2004, señaló la improcedencia de aplicar a Patricia Ramírez Fuentes la medida disciplinaria de suspensión del empleo por treinta días, en atención a la gravedad de los antecedentes, salvo que el Municipio fundamente la aplicación de esta sanción menor a la destitución, establecida en el inciso final del artículo 69 del Estatuto Administrativo para funcionarios municipales, y es del caso que la Municipalidad, teniendo a la vista todos los antecedentes recogidos en el sumario respectivo, no encontró argumentos ni atenuantes para fundamentar una medida menor, por lo que tuvo que aplicar en definitiva la sanción de destitución.
- c. Que, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 56 de la Ley N° 18.695, en relación con el artículo 63, letra c), d) y j) de la misma ley, la potestad disciplinaria se encuentra radicada en el Alcalde, por lo que mediante una resolución fundada puede imponer una sanción distinta de la propuesta por la Contraloría General, sólo que, en tal caso, se encuentra afecta al trámite de toma de razón.

3°. Que, de lo relacionado aparece de manifiesto que con el recurso de protección de marras se pretende que se deje sin efecto el Decreto N° 523 de la Municipalidad de Huechuraba, de 14 de diciembre de 2004, que en su parte resolutive dejó sin efecto el decreto N° 203 de 26 de mayo de 2004 y además sancionó a la funcionaria Patricia Lorena Ramírez Fuentes con la medida disciplinaria de destitución, y en cambio, se mantenga la vigencia del decreto N° 203, que en el mismo sumario administrativo ya la había sancionado con la medida disciplinaria de suspensión del empleo por treinta días y 50% del goce de sus remuneraciones.

4°. Que, el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar a quien, por causa de actos u omisiones

arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías preexistentes que la misma Carta Fundamental enumera, mediante la adopción inmediata por parte de la Corte de Apelaciones de providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

5°. Que, en lo que respecta a la alegación de extemporaneidad del recurso, debe procederse a su rechazo, teniendo en cuenta que el acto impugnado es el Decreto Municipal N° 523, de 17 de diciembre de 2004, y no el Oficio N° 60604 de Contraloría General de la República, de 7 de diciembre de 2004, como lo sostiene la recurrida, de modo que el plazo para su interposición debe contarse desde la fecha en que la recurrente tomó conocimiento del decreto municipal, lo que aconteció el 17 de diciembre último, oportunidad en que fue notificada, y desde esa fecha a la de presentación del recurso –31 de diciembre– no había transcurrido el plazo de quince días que refiere el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de la Excm. Corte Suprema.

6°. Que, sentado lo anterior, para resolver sobre la procedencia o no del recurso de marras, debe entrarse a examinar a la luz de la normativa legal, si el acto administrativo es ilegal o arbitrario. En efecto, en esta dirección, debe tenerse primeramente en cuenta que de acuerdo al mandato constitucional de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, los órganos de la administración del Estado, entre los cuales por mandato del artículo 1° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado se encuentran las Municipalidades, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Por su parte, en ese mismo sentido, el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración el Estado, dispone que los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrá más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes. La misma Constitución Política de la República, en sus artículos 87 y 88, manda que ese control de legalidad le corresponde a la Contraloría General de la República, quien tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría. En este mismo sentido, la ley 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, en su artículo 6°, dispone que corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen. Además, en su artículo 9°, inciso 1°, dispone, que el Contralor General estará facultado para dirigirse directamente a cualquier jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos e informaciones o de dar instrucciones relativas al Servicio. En su inciso 2°, señala que el Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de Servicios o

funcionarios, los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores y podrá, también, dirigirse a cualquier autoridad o funcionario para impartir instrucciones relativas a la fiscalización que legalmente le corresponda, y en el 6º indica estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran. Y el artículo 19 preceptúa que los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición. A su turno, los artículos 51, 52 y 53 de la Ley Nº 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, disponen que corresponde a la Contraloría General de la República la fiscalización de éstas, y en el ejercicio de este control de legalidad, el Organismo Contralor podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control, y además, en lo que respecta a las resoluciones que afecten a los funcionarios municipales le corresponde proceder a su registro. En lo que se refiere al decreto Nº 203 de la Municipalidad de Huechuraba, el correspondiente registro se cumplió con observación por parte del Organismo Contralor, quien en su dictamen 53.409, de 26 de noviembre de 2003, representa a la Municipalidad que al aplicarle una sanción inferior a la de suspensión, que conforme a la ley en esta situación correspondía, procede que dicte un decreto fundado, en el que exprese las razones o motivos que influyeron en tal decisión, pronunciamiento que encuentra su respaldo en la propia Ley Orgánica Constitucional Nº 10.336, en su artículo 133 bis, cuando dispone que la resolución que impone una sanción distinta de la correspondiente a los funcionarios municipales deberá hacerlo mediante resolución fundada. También en esta línea argumental, en lo que se refiere a la responsabilidad administrativa de los empleados municipales, la Ley 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para los funcionarios municipales, en su título V, se encarga de establecer el procedimiento, el que concluye con el decreto del Alcalde que absuelve o aplica la medida disciplinaria.

7º. Que del contenido de las normas legales anteriormente citadas aparece de manifiesto que el sumario administrativo para perseguir la responsabilidad funcionaria de los empleados municipales concluye con el decreto del Alcalde que absuelve o sanciona con una medida disciplinaria y que la Contraloría General de la República, en su condición de organismo contralor, tiene la atribución de fiscalizar la legalidad de los actos de las Municipalidades, atribución que puede llevarla a efecto mediante la toma de razón o a través de los otros medios que le franquea la ley y que exterioriza o manifiesta por medio del correspondiente dictamen, los que revisten el carácter de obligatorios y deben cumplirse por los organismos que están bajo su fiscalización.

8º. Que, en virtud de lo anterior, y para dar cumplimiento a las normas de control y de procedimiento administrativo, lo que procede, en el caso que nos ocupa, es que la Sra. Alcaldesa de la Municipalidad de Huechuraba, obedeciendo lo ordenado por la Contraloría General de la República en su dictamen Nº 60604 de 07 de diciembre de 2004, debió dictar un decreto fundado en el que exprese las razones o motivos que influyeron en su decisión de aplicar a la funcionaria municipal Patricia Ramírez Fuentes la medida de suspensión de su empleo por treinta días. Sin embargo, la Sra. Alcaldesa de la Municipalidad, desconociendo el dictamen de Contraloría General de

la República y apartándose del procedimiento administrativo y de las normas legales que lo regulan, en lugar de fundamentar su medida de suspensión, como se le había ordenado por el Organismo Contralor, procedió ilegal y arbitrariamente por medio del decreto N° 523-2004 a dejar sin efecto el decreto N° 203 de 26 de mayo de 2004, por el cual ya se había sancionado en el sumario, y procedió por segunda vez, en el mismo sumario y con los mismos antecedentes, a través de este nuevo decreto, a imponer a la misma funcionaria la medida disciplinaria de destitución.

9°. Que, de lo reflexionado precedentemente, aparece de manifiesto que la recurrente Sra. Alcaldesa de la Municipalidad de Huechuraba al dictar el decreto N° 523 incurrió en una actuación ilegal y arbitraria que lesiona las garantías constitucionales contempladas en los artículos 19 números 3 inciso 4° y 24 de la Constitución Política de la República, puesto que, en lo que se refiere a la primera garantía, fue sancionado con la medida disciplinaria de destitución del empleo por la autoridad alcaldía cuando ya había precluido su facultad sancionatoria, al imponerle, con anterioridad en el mismo sumario administrativo y con los mismos antecedentes, la sanción de suspensión, y además también se ha afectado su derecho de propiedad, al privarlo con la medida de suspensión de un bien incorporal, incorporado a su patrimonio, como lo es su estabilidad en el empleo municipal.

Por estas consideraciones, y atendido además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre "Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales", se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 6 por doña Patricia Lorena Ramírez Fuentes, dejándose sin efecto el Decreto Municipal N° 523 de la Municipalidad de Huechuraba, de 14 de diciembre de 2004, mediante el cual dejó sin efecto el Decreto Exento N° 203 del 26 de mayo de 2004 y aplicó la medida disciplinaria de destitución a la recurrente, debiendo dar cumplimiento a lo ordenado por la Contraloría General de la República en orden a fundar el decreto que aplica la medida disciplinaria de suspensión. Regístrese, comuníquese y archívese. Devuélvase en su oportunidad el sumario administrativo.

Redacción del Ministro Juan Eduardo Fuentes Belmar.

Rol N° 8.898-2.004.

Dictada por la Sexta Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el Ministro señor Hugo Dolmesch Urra, y conformada por el Ministro señor Juan Eduardo Fuentes Belmar y la Abogada Integrante señora Paulina Veloso\*.

## COMENTARIO

### *Sobre la pretendida autotutela invalidatoria de la Administración*

Este tema parece un cuento de nunca terminar. Y es que no se trata de un diálogo de sordos sino de algo mucho peor y perverso: es la contumacia de despreciar la Constitución y los derechos de las personas, haciendo afirmaciones que no sólo

---

\*Sentencia confirmada por la Corte Suprema (29.6.2005, rol 1834-05).

son contrarias a la Constitución sino contrarias a la lógica más elemental. Frente al absolutismo de quienes afirman apodícticamente sin base constitucional una pretendida potestad invalidatoria de la Administración pareciera que no valen, y ni siquiera existieran, las normas fundamentales, ni los derechos de las personas, ni la primacía de éstas (ontológica y teleológicamente), ni la expresa servicialidad del Estado (art. 1º inc. 4º), ni el respeto por parte del Estado, en cada uno de sus órganos, de los derechos de las personas (ídem), que son un “límite” a las potestades de dichos órganos (conferidas a éstos por la Constitución y las leyes conformes a ella, ya que intrínsecamente carecen de ellas, a menos que les sean otorgadas “expresamente” por dichas normas), como lo reconocen los arts. 5º inc. 2º, 6º incs. 1º y 2º y 7º incs. 1º y 2º de la Carta Fundamental.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema se había uniformado ya hacia 1996, tal como lo mostrábamos en aquella época<sup>1</sup>, y aún hoy, en general, se mantiene, en cuanto no admitir la invalidación administrativa respecto de actos que han conferido derechos adquiridos de buena fe a sus destinatarios, ha habido pronunciamientos de alguna sala del supremo tribunal que ha pretendido justificarla<sup>2</sup> como potestad intrínseca o inherente (al modo del absolutismo imperial romano o monárquico inglés o francés (siglos XVI-XVIII), y, obviamente al margen de nuestra Constitución: art. 7º inc. 2º, de tradición más que sesquicentenaria); a lo cual se ha venido a agregar en mayo de 2003, la ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, que

---

<sup>1</sup>Vid. *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, II, 194-211.

<sup>2</sup>V. gr. 4ª Sala/redacción Ministro Sr. Marín Vallejos, *Salinas Lolic*, en esta revista N° 5/2000, 177-185 y mi comentario en 185-195, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 96/1999, 2.5, 175-183, y comentario. Sobre la inconsistencia de “poderes intrínsecos o inherentes” de la Administración en el ordenamiento chileno vid. además de *Salinas* cit. 191, el caso del amparo económico *ANAP con Metro S.A.* (C. Suprema 31.1.2000/Sala Constitucional, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 97/2000, 2.5, 8-19; nuestro comentario en *Ius Publicum* 4/2000, 185-190). De allí que sea jurídicamente inaceptable la afirmación que a veces toca leer en algunos fallos en orden a que “la misma potestad de que está investido para dictar actos administrativos encierra la de invalidar aquellos que son contrarios al ordenamiento jurídico, en uso de un poder de autocontrol”, como se publica en *La Semana Jurídica* N° 266 (12-18.12.2005 p. 9 col. 2 consid. 6º/Corte de Concepción, 5.10.2005). Da la impresión de querer aplicar aquí en el derecho público aquello de los civilistas de que “quien puede lo más puede lo menos”, olvidándose –desgraciadamente– que *ningún órgano del Estado* (cualquiera sea la función que desarrolle) “*ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias*” tiene más *poderes jurídicos* (“autoridad o derechos”, en la terminología decimonónica del art. 7º inc. 2º, ya que viene del art. 160 de la Constitución de 1833) *que aquellos que “expresamente”* le hayan sido conferidos por la Constitución y las leyes (tal como prescribe perentoriamente el art. 7º inc. 2º, disposición de larga tradición entre nosotros).

Un tal poder invalidatorio inherente o intrínseco no pasa de ser una invención pura y simple de legistas al servicio del gobierno de turno, o jueces que se autoerigen en legisladores o constituyentes sin atribución alguna para ello, invención que no sólo carece de asidero constitucional sino que, además, vulnera tanto la igualdad ante la ley (art. 19 n° 2), como el erigirse la Administración en “comisión especial” (art. 19 n° 3 inc. 4º) al determinar por sí y ante sí que determinado acto jurídico es contrario a derecho, lo que es propio, exclusivo y excluyente de un juez y no de un órgano administrativo, sin perjuicio de pretender la Administración aprovecharse de su propia negligencia o torpeza (nemo allegans) y, además, frecuentemente avasallar los derechos adquiridos del afectado (art. 19 n° 24).

ha venido a establecer por vía legal –pero contrariando la Constitución– la aludida invalidación de actos administrativos por su autor (art. 54)<sup>3</sup>, en circunstancias que la propia Contraloría General de la República venía alineándose en la misma vía que los tribunales de protección<sup>4</sup>.

No creo sea necesario repetir aquí la inconsistencia jurídica que significa que el autor de un acto administrativo proceda por sí y ante sí a dejarlo sin efecto porque según él lo habría emitido en contrariedad a Derecho, no obstante que ha producido efectos en sus destinatarios, los cuales han sido ajenos a esa pretendida antijuridicidad. Sin entrar a explicar la aberración jurídica e iniquidad que significa ser “juez de su propia causa” y determinar por sí y ante sí que su propio acto es disconforme a Derecho (al más puro estilo de satrapía oriental, “diklat” del socialismo nacionalista/nazi, o “ukase” de la monstruosa tiranía socialista marxista/URSS-soviética)<sup>5</sup>, nos parece útil ahora insistir en la *incoherencia lógica* que conlleva aceptar –poco menos que como principio– la autotutela administrativa invalidatoria.

1. En efecto, basta contemplar lo que es un acto administrativo en el derecho chileno para comprobar que la referida invalidación no resiste fundamentación lógica (ni qué decir que no la resiste ni mínimamente desde el punto de vista normativo institucional).

Aunque sea de “Perogrullo”, recuérdese que el acto administrativo se emite, dicta o produce por un órgano de la Administración del Estado para *satisfacer una necesidad* sea de la comunidad, de un ciudadano o grupo de ellos, sea de la propia Administración (v.gr. en lo que concierne a su organización y a sus funcionarios o trabajadores). Esa “necesidad” es el “motivo”, hecho que justifica y da fundamento fáctico a la emisión de esa decisión en que consiste el acto administrativo (su fundamento normativo será la habilitación jurídica de la atribución que la ley confiere para actuar, y que le permite emitir tal acto administrativo).

Pues bien, ese acto administrativo tiene un (o varios) destinatario(s), a quien va dirigido y respecto del cual produce el o los efectos jurídicos propios del acto de que se trata. En el caso de la sentencia que comentamos, la “necesidad” es mantener la disciplina laboral en la Municipalidad de Huechuraba (Región Metropolitana), para lo cual después de un debido procedimiento administrativo disciplinario, se ha aplicado una medida sanción al inculpado, que ha alterado aquélla. Ese acto administrativo, una vez afinado el procedimiento con la notificación pertinente, produce su efecto jurídico, cual es ser sancionado con una medida disciplinaria que se ejecuta al efecto (suspensión de 30 días en el ejercicio del cargo público y con el descuento del 50% de sus remuneraciones).

Al producir efectos el acto administrativo –notificado o publicado, según sea el caso– esos efectos jurídicos entran al patrimonio del destinatario, y no se piense que

---

<sup>3</sup>Vid. nuestra crítica en *La ley 19.880, sobre procedimientos administrativos ¿aleluya o miserere?*, en “La ley 19.880, sobre procedimientos administrativos”, Conferencias Santo Tomás de Aquino 2003. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2004, 75-106, específicamente, 96-97.

<sup>4</sup>Vid., entre otros, Dictámenes 5.845/1986, 19.966/1995, 23.851/1995, 31.493/1995, 4.128/2001, 17.545/2001, especialmente importante 31.636/2001, 12.272/2002, 34.748/2003, etc.

<sup>5</sup>Que ya lo hemos hecho en comentario a *Salinas Lolic* cit. espec. 190-194 y más breve en *La ley 19.880* cit. 96-97 y 100-103.

sólo entran los efectos de los actos de beneficio (v.gr. una concesión, un premio, una subvención, una franquicia, una autorización), ya que también entran al patrimonio del destinatario los efectos jurídicos de los actos de gravamen o sanción (como v.gr. una expropiación o una sanción disciplinaria como es el caso de *Ramírez Fuentes* en comentario), desde que ambos efectos (beneficio o gravamen) son “bienes” sobre los cuales dicho destinatario tiene derecho de propiedad, “bienes incorporeales”, como les denomina la Constitución en su art. 19 nº 24 inc. 1º, bienes que son “intangibles”, es decir intocables, puesto que ni siquiera cabe la posibilidad que sean expropiados (especialmente, este caso de una “sanción disciplinaria”).

Todo acto administrativo, una vez terminado su procedimiento de elaboración (o enca, notificado o publicado, según sea el caso), produce el efecto jurídico propio de su especie y, por ende, entra como bien jurídico al patrimonio de su destinatario, y en cuanto bien, aquí incorporal, forma parte de su propiedad, de la cual sólo puede ser privado por medio de la “expropiación”, en las condiciones que la propia Constitución establece (art. 19 nº 24 inc. 3º). Y esas condiciones no son, precisamente, los pretendidos “poderes invalidatorios” del autor de ese acto administrativo.

Una vez producidos el o los efectos propios del acto administrativo de que se trata, e ingresados, por tanto, al patrimonio de su destinatario, su autor carece de poder jurídico para volver sobre él, queda desasido, ha agotado su competencia al respecto, por cuanto la Constitución reconoce expresamente que esos efectos constituyen un “bien” sobre el cual ese destinatario posee un derecho de propiedad, intangible. Y no se olvide que las potestades públicas tienen un “límite” infranqueable como son los *derechos de las personas* (arts. 1º inc. 4º, frase final y 5º inc. 2º), personas que son, en último y primer término, el fundamento y la causa de existir del propio Estado y de sus órganos, y el motivo único de la función de ellos, como es el bien común, esto es el bien de esas personas, todas y cada una, que conforman la comunidad política.

Todo acto administrativo, pues, produce efecto jurídico, sea al interior de la Administración, como v.gr. respecto de los funcionarios públicos, sea al exterior de ella cuando se trata de destinatarios ajenos a ella. Y si ello es así, esos efectos resultan “adquiridos” –en beneficio o gravamen– y, por tanto, reconocidos, garantizados y protegidos por la propia Constitución (art. 19 nº 24 20 inc. 1º)<sup>6</sup>.

Si ello es así, su autor carece de la posibilidad jurídica de volver sobre él para dejarlo sin efecto, invalidándolo, por cuanto carece de potestad para ello, tanto más que avasalla la propia Constitución al pretender ejercer una atribución que no le ha sido conferida (art. 7º inc. 1º y 2º), y además al vulnerar los derechos del destinatario,

---

<sup>6</sup>El acto administrativo –una vez afinado el procedimiento de su elaboración– produce de suyo efecto jurídico, cual es el derecho que otorga o reconoce o comprueba, según sea el tipo de acto, o la sanción o gravamen que establece; esto es, su efecto jurídico es directo, y emana del hecho de ser una orden o imperativo de actuación tanto para la Administración que la emite como para su destinatario, y ello supuesto que tal decisión haya sido dictada conforme a la Constitución y las leyes adecuadas a ésta (art. 6º inc. 1º), única condición para que tal acto administrativo sea válido. De allí que todo acto administrativo produzca efectos jurídicos, aún si resulta no ser conforme a Derecho, ya que tal efecto (jurídico) será originado en tal caso en una vía de hecho que no en una vía de Derecho (o sea no en un acto jurídico), “vía de hecho” cuyo efecto será “purificado” (es decir, juridizado) por la “buena fe” en que se encuentre el destinatario frente al autor de ella. Vid. sobre esto último nuestros trabajos sobre la “nulidad de derecho público”.

lo que aquélla prohíbe, pues sólo prevé (en estado de normalidad constitucional) la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, como modo de poder ir contra ellos y mediando siempre la correspondiente indemnización.

Así, desde la propia lógica del acto administrativo en Chile, y su inserción en el ordenamiento constitucional, aparece que no es posible jurídicamente admitir la pretendida autotutela administrativa invalidatoria.

2. Pero ¿y en qué queda lo dispuesto por el art. 53 de la ley 19.880 que la prevé? Hemos señalado en otro lugar tanto la infracción en que ese artículo 53 incurre respecto a la ley 18.575, ya que la modifica sin que haya sido adoptada por el quórum legal para modificar una ley orgánica constitucional (como es la 18.575), como respecto de la Constitución<sup>7</sup>.

Si bien esas afirmaciones son indiscutibles, sin vuelta de hoja, cabe señalar que la propia invalidación que pretende la autoridad administrativa como emanación de dicho art. 53 aludido, no es tal si se atiende al propio tenor de la ley 19.880 y ello porque conforme a su art. 52 los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan *consecuencias favorables* para los interesados “y no lesionen derechos de terceros”, lo cual conduce a afirmar que no procede la invalidación (que de suyo es con efecto retroactivo) si se trata de actos favorables o de beneficio, puesto que ella produciría consecuencias desfavorables a sus destinatarios, lo que la propia ley no consiente en este art. 52<sup>8</sup>.

En el caso *Ramírez Fuentes* se ha producido un hecho curioso, que da la impresión que produjo desorientación en la autoridad municipal. Como la Contraloría General registró con observaciones un decreto municipal que aplicara la medida disciplinaria de suspensión del ejercicio de su cargo por 30 días con descuento de 50% de sus remuneraciones, haciendo ver que los hechos inculcados a la funcionaria –ahora recurrente de protección– merecían la destitución, por lo cual ese decreto que aplica una medida de suspensión había de ser “fundado”, justificándose debidamente la decisión municipal de adoptar una sanción menor, según lo establece la ley 10.336, art. 133 bis; la Alcaldía debía *completar* el acto

---

<sup>7</sup>Vid. trabajo citado en nota 3 precedente.

<sup>8</sup>Puede bien advertirse la incoherencia lógica que existe entre los arts. 52 y 53; en efecto, si la invalidación –en la noción que desde 1958 la Contraloría General de la República ha dado y aplicado– es de suyo retroactiva, ya que se pretende retrotraer la situación dejando sin efecto un acto administrativo que su autor pretende ilegal y que por ello la propia autoridad que lo ha dictado lo invalida ¿cómo puede, entonces, decirse que no cabe retroactividad del acto administrativo (a menos que sea favorable a su destinatario)?; la invalidación sería, pues, *ex nunc* y no retroactiva, pero entonces sería “revocación” (y no “invalidación”) la cual sólo tiene efectos para el futuro; pero aún así no sería procedente respecto de los actos favorables o de beneficio. ¿Querría decir que la invalidación sólo procedería para los actos administrativos de gravamen o sanción? Pero ella tampoco podría tener efecto retroactivo, a menos que fuera favorable al afectado, según dicho art. 52; y tampoco podría tener efecto hacia el futuro –*ex nunc*– si fuera perjudicial (*in pejus*) al destinatario (gravado o sancionado), desde que el acto inicial ya ha quedado afinado, por haber producido sus efectos, tal como lo demuestra acertadamente el caso *Ramírez Fuentes*, cuya invalidación ha sido declarada *ilegal y arbitraria* por el tribunal de protección y confirmada por la Corte Suprema. ¿En qué queda, entonces, la pretendida invalidación? ¿Sólo para tener efectos favorables? ¿No sería ello, acaso, un paradoja, un parto de los montes? ¿Una humorada más del legislador?

anterior fundamentándolo, o bien dictar un nuevo acto administrativo explicando los motivos, razones o fundamentos que le habían llevado a aplicar suspensión y no destitución. El hecho es que la medida aludida de suspensión había sido aplicada y los descuentos del sueldo de la sancionada ejecutados. Pues bien, después de 7 meses del acto sanción, la Alcaldía en vez de modificar el acto originario agregándole una “parte considerativa” que justificara la decisión, lo dejó simplemente sin efecto, invalidándolo y dictando un nuevo decreto aplicando la medida de destitución a la afectada (talvez porque carecía de justificación la primitiva sanción menor, o bien porque resultaba más simple destituir y no dictar una fundamentación, que requiere un trabajo lógico de coherencia).

Al actuarse así por la autoridad municipal aparece más que obvio que se incurre en un acto administrativo ilegal y arbitrario que agravia varios derechos fundamentales protegidos por el art. 20 de la Constitución.

Bien se advierte que *estando afinada* la primera decisión sancionadora, esto es, producido sus efectos, no cabía que la autoridad volviera sobre su acto dejándolo sin efecto, ya que había agotado su competencia, quedando desahogada del asunto, y el afectado sancionado precisamente tenía un “derecho adquirido”, cual el no ser sancionado por el mismo hecho otra vez y mucho menos con una sanción mayor. Es lo que el fallo señala precisamente al acoger la pretensión de protección invocando el art. 19 n° 24 de la Constitución puesto que la medida de destitución que pretende aplicarse vulnera su bien incorporal/derecho a la estabilidad en el empleo público, que posee desde que no cabe dejar sin efecto un acto precedente que ha producido todos sus efectos en el Derecho, ya que “ha precluido su facultad sancionatoria” (consid. 9°).

Llama la atención en la actuación municipal que no se haya advertido que al invalidar el decreto/sanción originario ya ejecutado en su plenitud e íntegramente y dictar otro en su reemplazo destituyéndose a la funcionaria afectada, lo que se estaba haciendo era aplicar dos sanciones por los mismos hechos –*non bis in idem*– e incluso la segunda sanción sin procedimiento sumarial, ya que el anterior se encontraba afinado, agotado y, por ende, “fenecido”<sup>9</sup>. Con toda razón la protección intentada ha sido acogida por la jurisdicción.

Y es que *no procede en nuestro Derecho* la pretendida potestad de autotutela invalidatoria por parte de la Administración en la medida que el acto administrativo que se pretende dejar sin efecto por estimarlo ilegal el propio autor que lo dictó, ha producido efectos y han ingresado al patrimonio de su destinatario, siendo adquiridos de buena fe<sup>10</sup>.

EDUARDO SOTO KLOSS

---

<sup>9</sup>Recuérdese la proscripción que hace la Constitución para el Presidente de la República de “hacer revivir procesos fenecidos” (art. 73).

<sup>10</sup>De pretender la Administración que el destinatario no ha adquirido derechos por no encontrarse de buena fe, no es ella la competente para decidir por sí y ante sí, que existiría “mala fe”, puesto que ello es erigirse en juez de su propia causa/“comisión especial”: art. 19 n° 3 inc. 4°, y recaer en un acto inválido por carecer de competencia para ello (art. 7°); tal decisión es propia de un tribunal de la República, en un debido proceso y con la indispensable “contradictoriedad” (*audi alteram*) y doble instancia, como corresponde en nuestro Derecho vigente. Vid. nuestro *Derecho Administrativo* cit., II, 206-208.

## CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

18.1.2006

Tercer Juzgado Civil

(14.1.2005)

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS SERVICIOS DE SALUD  
(MUERTE DE CINCO NEONATOS POR ENVENENAMIENTO CON POTASIO)

### LA CORTE:

Visto, I. *Respecto al recurso de casación de forma*. Visto y teniendo presente: I. Que en conformidad al artículo 768 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil, se podrá desestimar el recurso de casación en la forma si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, situación que se da en el presente caso, puesto que de existir los vicios en que el recurso se funda, ellos pueden ser subsanados por la vía de la apelación. Por esta razón, se rechazará el recurso de casación de forma interpuesto en lo principal de fs. 245. II. *Respecto de la apelación*. Visto: En el fundamento 15°, se reemplaza la frase que comienza “Que por otro lado el perjuicio también ha existido y que termina con Víctor Alexis Guajardo Salazar”, por la siguiente: “Que por otro lado el perjuicio también ha existido respecto de los cinco menores”; en el motivo 16°, se reemplaza la frase “sólo corresponde respecto de los menores Paz Paz y Guajardo Salazar”, por la siguiente: “corresponde respecto de los cinco menores” y más adelante se agrega a la lista de las personas que serán indemnizadas los nombres de Jocelyn Alejandra Parada Toloza, Patricia Ester Osorio Albornoz y Pamela Esilda Navarrete Sáez. Se la reproduce en lo demás y se tiene presente: 1. Que entre los días 20 y 21 de octubre de 1999, fallecieron en la Unidad de Neonatología del Hospital Regional de Concepción, los menores Anton Fadi Carrasco Parada, de 19 días de vida; Esteban Mauricio Cabello Osorio, de 26 días de vida; Marco Antonio Jara Navarrete de 6 días de vida; Manuel Ignacio Paz Paz de 7 días de vida; y Víctor Alexis Guajardo Salazar, de 17 días de vida; 2. Que de los certificados de defunción que rolan a fs 2, 4, 6, 8 y 10, aparece la bronconeumonía como causa de la muerte de los menores Esteban Cabello Osorio, Marco Antonio Jara Navarrete, Manuel Ignacio Paz Paz, Víctor Alexis Guajardo Salazar, agregándose en el caso de este último, la prematuridad. Respecto del menor Anton Fadi Carrasco, el certificado de defunción no indica la causal de fallecimiento; 3. Que sin duda resulta anormal que fallezcan en dos días sucesivos 5 menores de edades muy parecidas, que presentan los mismos síntomas (bradicardia, esto es, ritmo cardíaco más lento que el normal), internados en una misma Unidad de Neonatología, y ello explica que se haya practicado una investigación destinada a aclarar las causas reales de la muerte de los menores; 4. Que el tribunal a quo sólo acogió la demanda de indemnización de perjuicios respecto de los menores Manuel Ignacio Paz Paz y Víctor Alexis Guajardo Salazar, (fallecidos el 20 de octubre de 1999) pues respecto de ellos se encuentra pro-

bado que se les suministró una alimentación parenteral que contenía exceso de potasio, lo que la hacía incompatible con la vida. En efecto, los niveles normales de potasio en adultos vivos van de 3,5 a 5.0 nmol/lit, en cambio en los menores Paz Paz y Guajardo Salazar se comprobó una hiperkalemia de 120 nmol/lit y de 71.9 nmol/lit, respectivamente. Cabe agregar que en el caso de Manuel Ignacio Paz Paz, fallecido el día 19 de octubre de 1999, no tenía indicado potasio, sino únicamente una solución de suero glucosado de 10%, más cloruro de sodio al 10% y sin potasio (declaración de la doctora María Roxana Aguilera Vidangos, rolante a fs. 42 del cuaderno de documentos). Por consiguiente, respecto de estos dos recién nacidos no puede merecer dudas que hubo falta de servicio que genera responsabilidad para la demandada; 5. Que la sentencia en examen rechazó la demanda respecto de los menores Anton Fadi Carrasco, Esteban Mauricio Cabello Osorio y Marco Antonio Jara Navarrete porque, según ella, no se pudo acreditar la relación causal entre la falta de servicio (mala preparación de las mezclas) y el perjuicio (muerte de los menores); 6. Que, sin duda, en el caso de estos tres menores no existe el mismo grado de certeza que el existente respecto de Paz Paz y Guajardo Salazar en orden a que sus fallecimientos sean la consecuencia de haber recibido exceso de potasio, porque respecto de ellos no fue posible analizar las mezclas de la alimentación que les fue suministrada ya que al ser los primeros en fallecer, cuando se detectó que algo anormal estaba ocurriendo, ya esas muestras habían sido eliminadas; y 7. Que no obstante lo anterior, concurren en la especie una serie de hechos y circunstancias que permiten a este tribunal extraer presunciones, que por reunir los requisitos del artículo 1712 inciso 3° del Código Civil, se deben estimar suficientes para constituir plena prueba, conforme lo establece el artículo 426 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, de que los menores Carrasco, Cabello y Jara también fallecieron por haber recibido un exceso de potasio. En efecto, se trata de cinco recién nacidos de edades muy cercanas, que estaban internados en la misma Unidad del Hospital Clínico Regional de Concepción, que fallecieron en días seguidos, a todos los cuales se les suministró potasio en su alimentación (no obstante incluso que a uno de ellos, el menor Paz Paz, no se le había prescrito); que presentaron los mismos síntomas: agravamiento brusco con bradicardia persistente, sin respuesta al tratamiento (declaraciones de doctora María Roxana Aguilar a fs. 42 del cuaderno de documentos); que estos síntomas son típicos del exceso de potasio (declaración del Dr. Aldo Bancari Molina, a fs. 34 del cuaderno de documentos); y que 5 fallecimientos en dos días excede en mucho el promedio mensual de fallecidos en la Unidad de Neonatología, que es de 6 a 8, mensuales (declaración de doctora Aguilar a fs. 42 del cuaderno de documentos), lo que lleva a concluir que si fallecen en dos días seguidos 5 niños, ello tiene que deberse a una situación anormal, que en el caso de autos puede ser explicado por el suministro excesivo de potasio; y 8. Que por las anteriores reflexiones esta Corte revocará la sentencia de primer grado en cuanto no acogió la demanda interpuesta por Jocelyn Alejandra Parada Toloza, Patricia Osorio Albornoz y Pamela Esilda Navarrete Sáez, por las muertes de sus hijos Anton Fadi Carrasco Parada, Esteban Mauricio Cabello Osorio y Marco Antonio Jara Navarrete, respectivamente, y dará lugar a esa demanda, en la forma que se dirá en la parte resolutive. Por las anteriores consideraciones, lo dispuesto en los artículos 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República, 4 y 44 de la ley 18.857 (sic = 18.575) Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración

del Estado, 1698 y 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil: 1. Se rechaza el recurso de casación interpuesto en lo principal de fs. 245; y 2. Se revoca la sentencia de catorce de enero de dos mil cinco, escrita de fs. 234 a 243 vta. sólo en cuanto no dio lugar a la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por Joselyn Alejandra Parada Toloza, Patricia Osorio Albornoz y Pamela Esilda Navarrete Sáez y se declara que se hace lugar a ella sólo en cuanto la demandada deberá pagarles a cada una de ellas a título de indemnización de perjuicios por daño moral por la muerte de sus respectivos hijos, la suma de \$ 30.000.000 de pesos, suma que se reajustará conforme a la variación del I.P.C., entre la fecha de esta sentencia y su pago efectivo, con intereses corrientes para operaciones reajustables que se devengarán desde que sea constituida en mora y hasta su pago efectivo. Se confirma en lo demás la sentencia apelada. Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción de la Ministro doña Irma Meurer Montalva. Rol 1154-2005.

Pronunciada por los Ministros srta. Irma Meurer Montalva, sr. Juan Rubilar Rivera y el abogado integrante sr. René Ramos Pazos.

### *TERCER JUZGADO DE LETRAS DE CONCEPCIÓN:*

#### *VISTO:*

Son partes en esta causa Rol 5966-03, como demandante doña Jocelin Alejandra Parada Toloza, estudiante, domiciliada en Costanera s/n, Curanilahue, Víctor Omar Guajardo Aguilera, chofer y doña Patricia Odette Salazar Muñoz, labores de casa, ambos domiciliados en valle Eulogio Barra n° 298-2, Población René Schneider, Chiguayante, Cecilia de las Nieves Paz Orellana, asesora del hogar, domiciliada en Baldomero Lillo, Block 7, departamento 14, Fundición Lota Alto, Lota, Pamela Esilda Navarrete Sáez, labores de casa, domiciliada en calle Esmeralda n° 112, Sector Polvorín, Lota y Patricia Ester Osorio Albornoz, asesora del hogar, domiciliada en pasaje 6 Casa 42, Villa Alonso de Ercilla, San Pedro de la Paz, Concepción, y como demandada el Servicio de Salud Concepción, representado por su director Dr. Sergio Castro Alfaro, cirujano dentista, con domicilio en calle O'Higgins n° 297, Concepción.

A fojas 35, rola demanda de indemnización de perjuicios, en juicio ordinario. A fojas 29, la demandada contestó la demanda. A fojas 44, rola la Réplica de la demandante. A fojas 51, rola Dúplica de la demandada. A fojas 55, rola acta de audiencia de conciliación, sin resultado. A fojas 58, se recibió la causa a prueba. A fojas 69, se resuelve reposición al auto de prueba. De fojas 1 a 14, la demandante acompañó documento. De fojas 73 a 88, la demandada acompañó documentos. A fojas 91 y 97, la demandada rindió prueba testimonial. A fojas 95, la demandante acompañó documentos. A fojas 103, la demandante formuló observaciones a la prueba. A fojas 113, se citó a las partes a oír sentencia. A fojas 230, se dictó medida para mejor resolver. A fojas, 233, se trajo a la vista, con citación, expediente criminal rol 21.474 del Tercer Juzgado del Crimen de Concepción, solicitado en la medida para mejor resolver.

## CONSIDERANDO:

1°. Que a fojas 15 comparecen el abogado Rafael Poblete Saavedra, en representación de Jocelin Alejandra Parada Toloza, el abogado Hugo Castellón Venegas, en representación de Víctor Omar Guajardo Aguilera y Patricia Odette Salazar Muñoz, y el abogado Christian Ríos Coles, en representación de Cecilia de las Nieves, Paz Orellana, Pamela Esilda Navarrete Sáez y Patricia Ester Osorio Albornoz, demandando de indemnización de perjuicios en juicio ordinario, en contra del Servicio de Salud Concepción, solicitando que en definitiva se acoja la demanda y se condene a la demandada al pago de las sumas que indica en el petitorio de su presentación, con los reajustes a intereses que se señalan, o las sumas que el Tribunal determine, por concepto de indemnización por daño moral por la muerte de 5 menores en el Hospital Regional de Concepción por intoxicación o envenenamiento por potasio.

Funda la demanda en que el fallecimiento de los 5 menores, hijos de los actores, se produjo por una causa común, hiperpotasemia, ya que el suero (alimentación parenteral), suministrado a los 5 niños contenía potasio en exceso, lo que condujo a la intoxicación y provocó que posteriormente cursaran una bradicardia extrema que conduce al paro cardíaco. Señala que el resultado de las muestras demostró fehacientemente que los menores presentaban altos niveles de potasio, sustancia que estaba presente incluso en un menor que no la tenía indicada. Que si bien se explicó a los familiares que la causa de la muerte de los menores fue una bronconeumonía, lo cierto es que ella corresponde a una complicación posterior de la hiperpotasemia, intoxicación que se omitió en los certificados de defunción. Que el Hospital reconoció que el exceso de potasio se debió a un error en la unidad de mezclas del Hospital, donde en las mañanas se preparaban alimentaciones parenterales para adultos (con mayores dosis de potasio y otros compuestos) y en las tardes se preparaban los sueros para niños, por lo que era previsible que las confusiones podían tener consecuencias fatales. Que participaron en la elaboración tres auxiliares que reconocieron el error, así como que, no los supervisó directamente un Químico Farmacéutico, debiendo hacerlo. Señala que respecto de estos hechos, se tramita la causa criminal Rol 21.474-99 en el Cuarto Juzgado del Crimen de Concepción, en el cual la Policía de Investigaciones concluyó que pudo existir negligencia en la preparación de las mezclas de las recetas que fueron suministradas a las recién nacidos, incluyendo a un menor que presentaba hiperpotasemia sin que se le hubiera recetado potasio, lo que permite acreditar aún más la negligencia por parte del Hospital Regional de Concepción. Que también se pudo constatar que el menor Carrasco Parada presenta hiperpotasemia al tomar muestras en su autopsia. Que la causa común de muerte fue la administración de suero ya que si bien eran prematuros, no estaban en peligro de muerte. Que en la madrugada del día 20 de octubre de 1999 fallecieron los menores Carrasco Parada, Cabello Osorio y Jara Navarrete. Que los otros dos menores que cursaron los mismos síntomas fallecieron en las horas siguientes y el día 21 de octubre de 1999 falleció el menor Paz Paz. Que el día 20 de octubre de 1999 se habría ordenado el retiro de todos los sueros preparados el día anterior en la unidad de mezclas y se habrían tomado muestras sólo de los sueros de los dos menores que permanecían graves, pues las mezclas de los tres niños fallecidos habían sido eliminadas. La demandante se funda,

asimismo, en la pericia médico legal n° 240-01 de la Unidad de Responsabilidad Médica del Servicio Médico Legal, evacuada en la causa penal, informe que señala fundamentalmente que podría existir una causa común de fallecimiento de los menores, y que se presume que por error fue utilizado un matraz de suero glucosado al 10%, conteniendo excedentes de cloruro de potasio, reenvasado. De esta manera, indica el actor está acreditada la falta de servicio pues se incurrió en un error en la preparación o administración de las mezclas. Que si bien el sumario administrativo no logró individualizar a los funcionarios que prepararon las mezclas, la responsabilidad por falta de servicio no requiere su individualización ni la prueba de su culpa, por lo que es plenamente aplicable en la especie. Que, el demandado no puede desconocer la falta de servicio por no estar probada la intoxicación por potasio de los 3 primeros menores fallecidos, puesto que una vez detectado el error, utilizó todos los medios a su alcance para atenderlos. Hace el demandante también algunas consideraciones doctrinarias relativas a la carga de la prueba, sosteniendo que cuando por hecho mismo del demandado no es posible rendir la prueba correspondiente (en la especie, por no haberse tomado muestras a las bolsas de suero de los tres primeros menores fallecidos) no le corresponde probar su acción debiendo el Tribunal dar por probado el hecho cuya prueba se obstaculiza. Los fundamentos de derecho de su acción son el artículo 38 inc. 2° de la Constitución Política de la República, los artículos 4 y 44 de la ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, según los cuales se trata en la especie de una responsabilidad objetiva, junto con los artículos 1° inc. 4° 6, 7, 19 n° 20 y 24 de la Constitución Política de la República, y 11 de la Ley 18.469 que regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud, ordenando a los Servicios de Salud proporcionar las prestaciones a que son llamados con los recursos y medios disponibles. Por lo expuesto, el actor solicita que en definitiva se declare que se condena a la demandada al pago de \$ 200.000.000 para los actores Víctor Omar Guajardo Aguilera y Patricia Odette Salazar Muñoz; \$ 100.000.000 para la actora Jocelin Alejandra Parada Toloza; \$ 100.000.000 para la actora Cecilia de las Nieves Paz Orellana; \$ 100.000.000 para la actora Pamela Esilda Navárrete Sáez y \$ 100.000.000 para la actora Patricia Ester Osorio Albornoz, sumas reajustadas conforme a la variación del IPC entre la fecha de ocurrir el hecho y la de su pago efectivo, más los intereses corrientes para operaciones reajustables, o las sumas mayores o menores que el Tribunal determine.

2°. Que a fojas 35, la demandada solicitó el rechazo de la demanda, con costas, por cuanto las necropsias de los menores fallecidos (las cuales reproduce en su contestación), no llevan a la conclusión en ninguno de los casos de que la causa del fallecimiento fue la hiperkalemia. Además la situación de cada uno de los recién nacidos era de riesgo obstétrico, algunos más, otros menos, pero todos presentaban un riesgo que era diverso del normal. Por otro lado, a lo menos tres de los menores fallecidos presentaban patologías que explican por sí mismas su fallecimiento. Respecto de los menores en que se pudo establecer hiperkalemia, no se ha acreditado en ningún proceso que dicha hiperkalemia fuera la causa precisa y directa de la muerte. En cuanto a los argumentos de derecho señalados por la demandante, la demandada estima que no son aplicables básicamente porque no se ha causado daño por la institución y no ha habido falta de servicio. Indica

además que si bien los perjudicados no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión origina la falta, deben acreditar en cambio la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo y que ella es la causa del daño experimentado, por lo tanto, la responsabilidad no es objetiva. Por otro lado, y en relación con la cita que efectúa el demandante al informe del fiscal que llevó a cabo la investigación sumaria, señala que los supuestos, las hipótesis y las probabilidades a que este informe arriba, no son suficientes para establecer la relación causal y menos servir de fundamento a una condena solicitada de \$ 600.000.000. Que en cuanto al monto de la indemnización, de estimarse que proceda, esta debe ser justa y no puede dejarse al capricho del actor y que deben considerarse la culpabilidad del autor del daño, el carácter de víctima por repercusión que tienen los demandantes; y, entre otros, la situación económica de la demandada, por lo que solicita que en el caso de ser condenada, la indemnización sea rebajada a \$1.000.000 a favor de cada uno de los demandantes o la suma que el Tribunal determine conforme al estricto mérito del proceso. Finalmente indica que el Servicio de Salud goza de privilegio de pobreza, por lo que no procede su condenación en costas.

3°. Que a fojas 44 el demandante replica reproduciendo las argumentaciones de la demanda y además señalando que la contestación contiene una confesión expresa respecto de la hiperpotasemia, que sólo pudo ocurrirles a los lactantes por la vía de la alimentación parenteral, así como también reconoce la demandada la cercanía de los fallecimientos y que todos ellos ocurrieron mientras los menores se encontraban bajo la responsabilidad y custodia del Hospital. Vuelve a remitirse al informe del fiscal y haciendo citas que hacen alusión a la extrañeza que causó al personal la simultaneidad de los fallecimientos, a la sospecha de una causa común, a la certeza de que al menos dos de los menores fallecieron de hiperkalemia ya que falta explicar por qué en la unidad de mezclas se estaba trabajando sin un profesional químico farmacéutico que supervisara directamente. También replica advirtiendo que existió una irregularidad administrativa de momento que los certificados de defunción indican que los menores fallecieron de bronconeumonía omitiendo cualquier referencia a la hiperkalemia y aún cuando la necropsia de uno de los menores (Carrasco Parada) señala que éste se presentaba sin signos de bronconeumonía. Que por otra parte es falso que los cinco menores presentaran situación de riesgo pues si bien eran prematuros, 3 de ellos se encontraban próximos a ser dados de alta y todos ellos empeoraron gravemente al ser alimentados con suero que contenía potasio en cantidades incompatibles con la vida. Que los fallecidos no eran recién nacidos, como señala la demandada en su contestación, pues ya habían sobrevivido con largueza el periodo crítico de las primeras horas posteriores a su nacimiento. Que no puede sostener la demandada, como lo hace, que no está acreditada la hiperkalemia de los tres primeros menores fallecidos, porque si bien no se tomaron los exámenes correspondientes, ello ocurrió por el obrar a lo menos culposo del Servicio quien destruyó las bolsas de suero, por lo que nadie puede valerse de su propia torpeza y que tan efectiva es la causa común de la muerte, que se cambiaron de ahí en adelante los procedimientos de nutrición parenteral. Que en cuanto a que la demandada sostiene que debe rechazarse la demanda porque no está comprobado que el Servicio haya causado daño, replica que en derecho público ha de estarse a la noción del daño sufrido

y no del daño causado a diferencia del derecho privado en que debe perseguirse a un hechor culpable o doloso. Que las indemnizaciones no resultan exageradas si se comparan lo pedido en situaciones similares. Que atendiendo a que el demandado puede manipular y hacer desaparecer las pruebas, no puede darse esta carga a las víctimas. Que la demandada nada ha dicho de la causa criminal existente por los mismos hechos, iniciada luego de que el sumario administrativo determinó que existían responsabilidades administrativas, sin individualizar a los responsables.

4°. Que, a fojas 51 el demandado duplica dando por reproducidos la totalidad de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la contestación de la demanda.

5°. Que a fojas 91, la demandada rindió la testimonial de doña Carolina Paz Delgado Schneider, quien expresó:

Que reconoce como suyas las firmas puestas en los protocolos de autopsia rolantes de fojas 73 a 88 y de su autoría. Al punto 1 del auto de prueba, esto es, la efectividad de que la muerte de los menores fue una consecuencia directa de una intoxicación por potasio contenido en el suero que se les suministró en el Hospital Regional de Concepción, señala que no, porque no tiene elementos en la autopsia para probar que la causa haya sido esa, que no hay signos morfológicos específicos de hiperpotasemia a nivel de los órganos que permitan determinar a ésta como la causa de muerte de los niños. Señala que le correspondió realizar las autopsias porque era el médico anatómo patólogo de turno. Señala que la causa inmediata de la muerte de la mayoría de los niños es una suma de patologías en la que ellas por separado o en conjunto pueden ser la causa de la muerte. Luego relata la causa de la muerte según autopsia en cada uno de los menores, haciendo hincapié en que son niños de alto riesgo noenatológico pues son prematuros y de bajo peso, presentando cuadros infecciosos que aumentan el riesgo. Contrainterrogada para que diga si en las autopsias detectó hiperpotasemia o hiperkalemia, responde que en las autopsias habitualmente no se toman niveles sanguíneos de potasio, en dos de los menores (Cabello Osorio y Carrasco Parada) se hicieron pruebas encontrándose un nivel mayor a 15 miliequivalentes por litro, pero esto no es de valor científico, debido a que todos los cadáveres presentan niveles altos de potasio por la autólisis celular que ocurre normalmente después del fallecimiento en donde al romperse las células se libera potasio dentro de ellas, esto lo confirmó tomándole muestras a cadáveres distintos a los de los niños en donde todos resultaron mayor a 15 miliequivalentes por litro. Explica que en el certificado de defunción del menor Carrasco Parada figura como causa de su muerte Bronconeumonía porque el certificado de defunción lo firma el médico tratante en base a los hechos clínicos y no cuenta con el resultado de la autopsia en ese momento. Contrainterrogada para que diga si la hiperkalemia aumenta el riesgo de muerte de estos niños, responde que no es la persona indicada para evaluar el riesgo agregado de un trastorno metabólico en un recién nacido prematuro y de bajo peso. Indica que la bronconeumonía no puede tener por causa una hiperkalemia, que los efectos de la hiperkalemia son alteraciones en el ritmo cardiaco pero que el estudio de estas alteraciones no compete a su especialidad, que no se asocia a mayor riesgo de infecciones, qué no sabe hasta qué edad los menores presentan riesgo vital debido a su prematuridad.

6° Que a fojas 97, la demandada rindió la testimonial de doña María del Carmen Mercado Martínez y don Aldo Bernardo Santiago Bancalari Molina, quienes expresaron:

La primera, neonatóloga del Hospital Regional de Concepción, que todos estos recién nacidos eran de muy alto riesgo perinatal, lábiles, que en cualquier momento pueden agravarse incluso no mediando ningún evento conocido, hace un relato de cada una de las patologías de los menores, haciendo hincapié en su situación de riesgo por tratarse de niños prematuros y de bajo peso.

El segundo, también se refiere al riesgo de los menores por ser prematuros y de bajo peso y hace un detallado relato de las patologías de cada uno de los menores, las que le constan según las fichas clínicas, de los comentarios de los colegas y porque es el jefe de Neonatología del Hospital Regional de Concepción. Señala que todos los niños de pretérmino presentan un riesgo mayor por su condición en que la mortalidad va de un 10% en los niños de bajo peso a un 50% en los niños de extremo bajo peso. Señala que los tres menores que fallecieron primero tenían patologías que explican por sí mismas el fallecimiento.

7°. Que de fojas 1 a 10 la demandante acompañó certificados de nacimiento y defunción de los menores fallecidos, documentos públicos no objetados, que acreditan que doña Patricia Osorio Albornoz es madre del niño Esteban Mauricio Cabello Osorio, quien nació el día 24 de septiembre de 1999 y falleció el día 20 de octubre del mismo año; que doña Pamela Esilda Navarrete Sáez es madre del niño Marco Antonio Jara Navarrete, quien nació el día 14 de octubre de 1999 y falleció el día 20 de octubre del mismo año; que doña Joselyn Alejandra Parada Toloza es madre del niño Anton Fadi Carrasco Parada, quien nació el día 1 de octubre de 1999 y falleció el día 20 de octubre del mismo año; que doña Cecilia de las Nieves Paz Orellana es madre del niño Manuel Ignacio Paz Paz, quien nació el día 14 de octubre de 1999 y falleció el día 21 de octubre del mismo año y que don Víctor Omar Guajardo Aguilera y doña Patricia Odette Salazar Muñoz, son los padres del niño Víctor Alexis Guajardo Salazar, quien nació el día 3 de octubre de 1999 y falleció el día 20 de octubre del mismo año.

8°. Que de fojas 73 a 88 la demandada acompañó copias de las autopsias de los menores de autos, todos evacuados por la Dra. Carolina Delgado.

9°. Que a fojas 95 la demandada acompañó ciertos documentos rolantes en la causa criminal rol 21.474 del Cuarto Juzgado del Crimen de Concepción y en los tomos I y II del cuaderno de documentos de la misma causa.

10°. Que dicha causa criminal rol n° 21.474 del Cuarto Juzgado del Crimen de Concepción fue traída a la vista a fojas 233 y en ella consta:

- a) Que se inicia por denuncia del Director del Hospital Regional de Concepción, Dr. Héctor González Jerez, en que remite expediente de investigación sumaria por establecer eventuales responsabilidades por el fallecimiento de 5 recién nacidos los días 20 y 21 de octubre de 1999, en la unidad de recién nacidos del dicho Hospital.

- b) De fojas 5 a 10 rolan certificados de defunción de los cinco menores fallecidos.
- c) A fojas 12 presta declaración judicial la Paramédico Juana Millán González, quien señaló que le correspondió preparar la nutrición parenteral del menor Guajardo Salazar. Que esto se hace en una cámara de flujo laminar a la que ingresan dos funcionarios con ropa estéril y un tercero se queda fuera de la cámara para entregar los materiales necesarios para hacer la preparación de acuerdo a la receta que prescribe el médico tratante de cada paciente. Que las recetas se pegan por fuera en el vidrio de la ventana de la cámara, lo mismo la etiqueta que posteriormente llevará el preparado para ir verificando que la receta diga lo mismo que la etiqueta y que eso sea lo que se está utilizando. Que las preparaciones parenterales llevan electrolitos, aminoácidos, vitaminas y lípidos todas en diferentes cantidades y de acuerdo con las exigencias y las recetas de cada paciente. Que el día 19 de octubre efectuó alimentaciones parenterales a hidrataciones, que ocupó potasio (0,5 o 1 cc) extraído de ampollas de 5 cc y lo sobrante se va dejando en la misma ampolla junto a la jeringa que se ocupó, cada electrolito tiene su jeringa y es muy difícil equivocarse. Ignora por qué en el análisis de la preparación parenteral que preparó para el recién nacido Guajardo Salazar, éste contenía mayor cantidad de potasio de la que debía llevar. Que para preparar la nutrición pide a la arsenalera glucosa, corta el matraz (bolsa de suero) mide en la probeta lo indicado en la receta, el matraz lo desocupa y va agregando los electrolitos en las cantidades señaladas y lo que a continuación dice la receta hasta terminar, lo sella y lo entrega a la arsenalera para que lo rotule con la etiqueta que estaba pegada en el vidrio. Que en el proceso son supervisados por la farmacéutica María Antonieta Núñez, quien a veces ingresa a la cámara, pero el día 19 realizó labores administrativas, pero igual supervisó.
- d) Que a foja 13 rola declaración judicial del paramédico José Antonio Manríquez Manríquez, quien declara en lo sustancial que él prepara los sueros de hidratación según receta. Que el día 19 de noviembre entre las 10 y las 12 del día trabajó pesando la droga que posteriormente se usará en los preparados y de las 12 en adelante trabajó en preparaciones para adultos. Que no recuerda si el día 19 de noviembre preparó alguna hidratación con potasio, ignora por qué se detectó potasio en el recién nacido Paz Paz. Que las alimentaciones parenterales son las más completas (tienen más componentes), siempre están acompañados por un químico farmacéutico y ese día estaba doña María Antonieta Núñez.
- e) A fojas 14 presta declaración judicial Flor María Villegas Becerra, auxiliar paramédico quien señala que en esa unidad en la mañana se preparan mezclas para adultos y en la tarde para niños, que los funcionarios se van rotando, que terminada la labor de la mañana se guardan los electrolitos (sodio y potasio) en envases plásticos rotulados y luego se llevan al refrigerador para ser utilizados en adultos nuevamente. Que esa tarde le correspondió arsenalear y nadie le pidió más potasio de lo normal. Que la química María Antonieta Núñez ese día realizó labores administrativas pero igual supervisó.
- f) A fojas 15 presta declaración judicial doña Griselda Cristina Loyola, supervisora subrogante de enfermería, quien declara que la mañana del 20 de octubre, la coordinadora Edith Herrera le informó la muerte de 3 recién nacidos durante el turno de la noche y de las medidas que había ordenado la

Dra. Aguilar. Supo que los menores que habían fallecido estaban con suero y que los síntomas de todos ellos habían sido semejantes y que habían dos más que estaban graves. Se enteró de que se estaban tomando muestras de sangre y suero de los 2 niños graves y ordenó que se retiraran todos los sueros preparados por el día anterior en la unidad de mezclas. En el transcurso del día se enteró de que los dos menores graves habían fallecido y que lo común en todos ellos era el suero.

- g) A fojas 16 presta declaración judicial doña María Edith Barrera Vera, quien señala que al llegar a su turno de las 7:50 hrs del día 20 de octubre, la enfermera de turno le señala que se habían agravado simultáneamente varios niños, luego una enfermera y la matrona de turno le señalan que tres niños habían fallecido, diciendo que algo raro pasó, que hay que investigar porque los tres niños sufrieron bradicardia intensa, que no respondieron a medicamentos y no había relación con la saturación de oxígeno. Les informó lo ocurrido a los doctores Bancalari, Loyola y Núñez. Al medio día la doctora Aguilar le informa que al parecer habría pasado algo grave con las mezclas y había otros dos recién nacidos graves a quienes se retiran las mezclas y ella misma las analiza, así como también las analizó el químico farmacéutico de la unidad de mezclas, arrojando valores de potasio fuera de lo normal. Las mezclas de los niños fallecidos ya se habían retirado, bajó al incinerador pero ya habían sido eliminadas.
- h) A fojas 17 presta declaración la Dra. María Eugenia Mercado, quien declara que el día 19 cumplió turno de 8:00 a 8:00. De los tres niños fallecidos durante la noche, los dos primeros eran niños extremadamente graves, pero el tercero se agrava bruscamente no estando en condiciones tan críticas. Junto con eso se agravan otros dos niños con características clínicas semejantes (bradicardia) uno de los cuales estaba en cuidados intermedios, donde están los niños con estabilidad clínica, este hecho hace pensar en forma más categórica que existiría una causa común que explicara los hechos clínicos de estos niños. Posteriormente se enteraron de que algunos de estos niños presentaban en su sangre elevados niveles de potasio.
- i) A fojas 18 rola informe policial n° 607 de la Brigada de Homicidios de la Policía de Investigaciones, en que constan las declaraciones policiales del denunciante Dr. Héctor González, Director del Hospital Regional; de las madres de los menores fallecidos, coincidentes, todas en que sus respectivos hijos no presentaban signos visibles de brondoneumonía que fue lo que se les informó como causa de muerte; del Dr. Jorge León, Dr. Aldo Bancalari; de la químico farmacéutico María Antonieta Núñez; de la matrona María Eugenia Herrera; de la Dra. María Aguilar; de la enfermera Griselda Loyola; de la Dra. María Eugenia Mercado, de las enfermeras Ruth Caro y June Toloza y los paramédicos que prepararon las mezclas Juana Millán, Flor Villegas y José Manríquez, coincidentes en torno a que primero fallecieron tres niños con síntomas similares (bradicardia), lo que hizo sospechar una posible intoxicación por potasio, luego se agravaron otros dos que posteriormente fallecieron en cuyos sueros y sangre había cantidades de potasio por sobre el rango normal.
- j) De fojas 55 a 59 rolan las recetas médicas de prescripción parenteral de los menores donde se observa que cuatro de los menores tenían prescripción de potasio en tanto que el menor Paz Paz no lo tenía prescrito.

- k) A fojas 63 y siguientes rola el informe del fiscal que llevó a cabo el proceso sumarial quien concluye que los recién nacidos Paz Paz y Guajardo Salazar fallecieron por hiperpotasemia, la que quedó debidamente fundamentada, en los otros tres casos no fue posible, con los medios existentes, demostrar que el origen del fallecimiento hubiese estado en una hiperpotasemia.
- l) A fojas 71 comparece a la presencia judicial el Dr. Aldo Bancalari quien declara que todos los menores presentaron bradicardia, que pudiera tener como causa más probable un exceso de potasio en la sangre cuyo origen sería un exceso de potasio en la solución endovenosa administrada. A fojas 72 presta declaración la Dra. Roxana Aguilar, quien declara que los dos últimos fallecidos se debió a una hiperpotasemia y que por los síntomas presentados por los tres recién nacidos que fallecieron primero, podría pensarse que habría una causa similar. A fojas 73 declara el Dr. Víctor Hugo Pacheco, cardiólogo del Hospital Regional, quien vio el monitoreo cardiaco de dos de los recién nacidos, lo que le sugirió una intoxicación por potasio que fue confirmado por el nivel plasmático de potasio. A foja 80 declara la químico farmacéutico María Antonieta Núñez, quien señala que ese día realizó trabajo administrativo, por lo que solamente supervisó las recetas y no preparó ninguna mezcla. A fojas 86 presta declaración judicial el Dr. Héctor González, Director del Hospital Regional, quien señala que por las características de las muertes se sospecha de exceso de potasio en el organismo de los recién nacidos, que presumiblemente había sido transfundido en las mezclas de suero. A fojas 87 declara el tecnólogo médico Manuel Cisterna quien analizó dos muestras de suero de los recién nacidos fallecidos que tenían alto contenido de potasio. A fojas 88 declara ante la presencia judicial el Dr. Ernesto Núñez, jefe del Servicio de Pediatría del Hospital, quien determinó que se realizara autopsia a todos los niños fallecidos. A fojas 100 declara la Dra. Carolina Delgado, quien realizó las autopsias a los 5 menores.
- m) A fojas 104 rola oficio del médico legista de la Coordinadora Técnica de la Unidad de Responsabilidad Médica de Santiago, que señala que con los antecedentes tenidos a la vista, sólo es posible concluir que existió un fenómeno relacionado con una concentración inusual de potasio en las mezclas analizadas, las que probablemente fueron las causantes de los trastornos descritos, paro cardiaco y muerte.
- n) A fojas 114 rola pericia médico legal n° 240-01, efectuada por la Clínica Forense del Servicio Médico Legal de Santiago, que indica que tratándose de los menores Guajardo Salazar y Paz Paz con trazado electrocardiográfico y evaluación cardiológica se concluye que se trata de un bloqueo cardiaco intraventricular por lo que se sospecha hiperkalemia que se objetiva con electrolitos plasmáticos que muestran un nivel de 15 meq/lit y 35,6 meq/lit, respectivamente. Luego repite las conclusiones del fiscal que instruyó sumario administrativo.

11°. Todos los documentos y declaraciones mencionados, constan también en el sumario administrativo ordenado por resolución exenta n° 01666/1999 del Servicio de Salud de Concepción, sumario acompañado por la parte demandante a fojas 95, en copias autorizadas, en la forma de cuaderno de documentos de la causa criminal a que se hizo referencia en el considerando anterior. Dicho sumario administrativo concluye que:

- a) Que de los casos expuestos, como ha quedado fundamentado, los recién nacidos Guajardo Salazar y Paz Paz, fallecen por hiperpotasemia, alteración que está debidamente documentada clínica y electrocardiográficamente, tanto por los resultados de los exámenes de laboratorio realizados en vivo, como de las muestras obtenidas de las mezclas endovenosas que se estaban suministrando a ambos pacientes, que en este caso en particular debieron ser rescatadas. Se confirma igualmente que esta causa de muerte no tiene reflejo anatomopatológico específico descrito en las autopsias correspondientes, lo que se funda en la declaración de la especialista anatomopatóloga responsable de estos exámenes; conclusión que es confirmada posteriormente por un peritaje efectuado por dicha especialista. Por lo que se concluye que en estos dos casos la causa de muerte no tiene fundamento anatomopatólogo, sino que de apoyo clínico y de laboratorio específico. (considerando 5°)
- b) Que investigado el posible origen de la hiperpotasemia, es posible inferir hipotéticamente, que esta elevada concentración de potasio llegó a ambos pacientes a través de las mezclas endovenosas que les fueron suministrada durante su hospitalización el día 20 de octubre de 1999. (considerando 14)
- c) Que dada la complejidad del proceso de elaboración de las mezclas endovenosas y el número de personas que participan en el mismo, si bien se logró establecer fehacientemente en base a presunciones debidamente fundadas, el error que motivó el desencadenamiento de los hechos que originaron la instrucción del presente sumario, no fue posible identificar al funcionario presumiblemente responsable del error que condujo al resultado ya conocido. (considerando 20).

12°. Que en atención a que la demanda planteada lo es por indemnización de perjuicios por falta de servicio, debe tenerse en consideración lo siguiente:

- a) Que la responsabilidad del Estado emana de la Constitución Política de la República, que en su artículo 38 inciso 2° consagra la responsabilidad del Estado en sentido amplio al establecer que “cualquier persona que sea lesionada en su derecho por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño”.
- b) Que la Ley n° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 4° señala que “El Estado será responsable por los daños que causen los Órganos de la Administración en el ejercicio de su función, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar a los funcionarios que los hubiesen ocasionado”.
- c) Por su parte el artículo 44 de la citada ley señala que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.
- d) Que esta falta de servicio existe cuando el servicio no se presta, se presta en forma deficiente o tardíamente y en estos casos es el Estado, por medio de su órgano, el directamente responsable por los hechos y actos de sus agentes.
- e) Que, relativo a la responsabilidad que de esta falta de servicio emana, los preceptos legales citados efectivamente establecen lo que se ha denominado “responsabilidad objetiva”, que no es enteramente idéntica a la objetivación de responsabilidad del derecho privado, pero que ciertamente importa liberar

a la víctima de individualizar al autor del daño y probar su culpa o dolo. En todo caso, igualmente se exige que exista relación de causalidad entre el daño producido y la acción dañosa.

13°. Que, en esa línea de razonamiento, el Tribunal debe analizar si las actuaciones del Servicio de Salud (Hospital Regional de Concepción), importan una ausencia de servicio, una deficiencia o una tardanza en su prestación, por otro lado si se ha producido realmente perjuicio en quien lo alega y si entre estas actuaciones y el perjuicio ha mediado un vínculo o relación de causalidad directa. En la especie, si efectivamente existió una administración excesiva de potasio a los menores y si esto desencadenó su fallecimiento.

14°. Que del análisis de la prueba testimonial rendida por la demandada detallada en el fundamento 5 y 6, conforme a las reglas del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil y la documental de ambas partes según el artículo 346 del mismo cuerpo legal y el artículo 1702 del Código Civil, del análisis del expediente criminal Rol 21.474 traído a la vista y sumario administrativo n° 01666-1999 acompañado en copias autorizadas, este Tribunal tiene por acreditados los siguientes hechos:

- a) En la unidad de mezclas del Hospital Regional se preparan las mezclas de alimentación parenteral en la cual se utilizan distintos elementos como suero glucosado, electrolitos (entre ellos el potasio) y medicamentos. Las mezclas son preparadas en una cámara de flujo laminar, preparación en la que participan tres personas, una de las cuales ocupa el rol de arsenalero. En este proceso debe estar presente un profesional químico farmacéutico, según el propio manual instructivo redactado por la jefa de unidad María Antonieta Núñez, la que sin embargo el día 19 de octubre de 1999 se encontraba cumpliendo labores administrativas por lo que no supervisó.
- b) Que, en el Hospital Regional de Concepción falleció el menor Antón Fadi Carrasco Parada, el día 20 de octubre a las 1:30, según su certificado de defunción por prematuro, membrana hiliar severa y bronconeumonía, aunque la necropsia arrojó que no tenía señales de bronconeumonía. Que su agravamiento fue repentino pues se encontraba estable. Que, habiéndosele tomado muestras post mortem, los análisis indicaron 50.2 meq/lit. de potasio. Que no fue posible certificar que la causa de la muerte estuviera directamente relacionada con la hiperpotasemia.
- c) Que falleció Esteban Mauricio Cabello Osorio el día 20 de octubre a las 1:40 am, por bronconeumonía según el certificado de defunción, que este menor estaba en una situación de riesgo extremo, que su cuerpo presentó 34.5 meq/lit de potasio post mortem.
- d) Que falleció Marco Antonio Jara Navarrete el día 20 de octubre a las 3:05 am, por bronconeumonía bilateral según el certificado de defunción. Que no se le tomaron muestras ni se realizó examen de ningún tipo para determinar las concentraciones de potasio en su cuerpo, que la necropsia establece con precisión que padecía de membrana hiliar.
- e) Que falleció Manuel Ignacio Paz Paz el día 21 de octubre a las 15:35 hrs, según su certificado de defunción por bronconeumonía bilateral, estaba es-

table antes del agravamiento repentino, se comprobó su severa hiperkalemia en vida (120 mmol/l). No tenía prescrito potasio.

- f) Que fallece el menor Víctor Alexis Guajardo Salazar el día 21 de octubre a las 19:50 hrs. a causa de bronconeumonía y prematuridad según el certificado de nacimiento. Se comprobó su hiperpotasemia plasmática severa (71.9 mmol/l).
- g) Que los niveles normales de potasio en adultos vivos van de 3.5 a 5.0 mmol/l y en cadáveres superan los 15 mmol/l, por la liberación de potasio de las células, sin que pueda precisarse científicamente a cuánto puede ascender la concentración de potasio post mortem.
- h) Que a causa del fallecimiento de los tres primeros menores, fueron retiradas todas las mezclas de alimentación parenteral preparadas el día anterior, sospechándose una posible intoxicación por potasio.
- i) Que lograron ser analizadas las mezclas que estaban siendo suministradas a los menores Paz Paz v Guajardo Salazar, las que arrojaron concentraciones de potasio "incompatibles con la vida", según los dichos de la doctora Aguilar a fojas 42 del cuaderno de documentos y del Dr. León a fojas 44 del mismo cuaderno. Que las otras tres mezclas no lograron ser analizadas pues fueron prontamente incineradas.
- j) Que los menores fallecidos presentaban riesgo obstétrico diverso del normal.

15°. Que, de las probanzas ponderadas y de los hechos acreditados, pueden obtenerse presunciones que revisten al carácter de gravedad, precisión y concordancia, por cuanto todas ellas apuntan hacia el mismo sentido, esto es, que ha existido la falta de servicio reclamada al Servicio de Salud, que consistió en una deficiente prestación de servicio al contener las alimentaciones parenterales cantidades de potasio incompatibles con la vida. Que por otro lado el perjuicio también ha existido con el fallecimiento de los menores, pero que la relación causal entre la falta de servicio (la mala preparación de las mezclas) y el perjuicio (la muerte) sólo ha podido establecerse respecto de los menores Manuel Ignacio Paz Paz y Víctor Alexis Guajardo Salazar. En efecto, si bien estos menores tenían un riesgo obstétrico diverso del normal, con el exceso de potasio se les expuso a un riesgo aún mayor, debiendo el Hospital, para prestar correctamente el servicio a que está obligado, haber estado incluso más atento a lo que se administraba a estos pacientes en atención a su gravedad. Por lo demás, no le parece suficiente prueba a este Tribunal para desvirtuar la conclusión a que se ha arribado, las necropsias efectuadas a los menores que han descartado como causa de la muerte la intoxicación por potasio, esto en atención a que, como se expuso latamente en el considerando 11, en estos dos casos la causa de muerte no tiene fundamento anatomopatológico, sino que de apoyo clínico y de laboratorio específico, más aún la propia especialista a quien le correspondió efectuar las autopsias ha reconocido desconocer los efectos de una intoxicación por potasio a más de una alteración cardíaca. Sólo a mayor abundamiento, la demandada tampoco probó con precisión la causa exacta de la muerte de los menores, sino que discurrió sobre la base de que los menores pudieron fallecer por cualquiera de sus múltiples patologías, pero este Tribunal estima que si se suministra una cantidad de potasio incompatible con la vida (como ha quedado probado que ocurrió, incluso respecto de un menor al que no se le había prescrito potasio), lo normal es que esto traiga consecuencias fatales, que [si] la fatalidad se desencadenó por una causa distinta de la normal, debió probarse.

16°. Que respecto del daño moral que se reclama, como se ha dicho en el considerando anterior, sólo corresponde respecto de los menores Paz Paz y Gajardo Salazar. Que es innegable que los sufrimientos y aflicción causados a los padres de estos menores deben ser indemnizados, teniendo el Juez facultades para regular prudencialmente el monto de dichos perjuicios. Que por lo anterior, la demandada deberá indemnizar a doña Cecilia de las Nieves Paz Orellana, a Don Víctor Omar Guajardo Aguilera y a doña Patricia Odette Salazar Muñoz, en la suma de \$ 30.000.000 (treinta millones de pesos) a cada uno de ellos, por concepto de daño moral, sumas que se reajustarán conforme a la variación del IPC, entre la fecha de esta sentencia que es cuando se fija y hasta la fecha de su pago efectivo, con intereses corrientes para operaciones reajustables desde la mora y hasta su pago efectivo.

17°. Que en cuanto a las costas, no procede condenar a ellas a la demandada por gozar de privilegio de pobreza.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad además, a lo dispuesto en los artículos 1698, 1702, del Código Civil; 160, 170, 341, 346, 384 y 426 del Código de Procedimiento Civil, 38 de la Constitución Política del Estado, ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, se declara:

- 1º) Que ha lugar a la demanda deducida en lo principal del escrito de fojas 15, sin costas, sólo en cuanto la parte demandada deberá pagar a los actores Cecilia de las Nieves Paz Orellana, Víctor Omar Guajardo Aguilera y Patricia Odette Salazar Muñoz, la suma de \$ 30.000.000 (treinta millones de pesos) a cada uno de ellos, por concepto de daño moral, sumas que se reajustarán conforme a la variación del IPC, entre la fecha de esta sentencia y hasta la de su pago efectivo, con intereses corrientes para operaciones reajustables desde la mora y hasta su pago efectivo.
- 2º) Que no ha lugar en lo demás.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Rol N° 5966-03

Dictado por doña Gabriela Vargas Rojas, Juez subrogante del Tercer Juzgado Civil de Concepción.

## COMENTARIO

*Geteilte Schmerz, mittel Schmerz  
Geteilte Freude, doppelte Freude<sup>1</sup>*

Una vez más nos encontramos ante trágicos casos en que por omisiones del debido servicio, por ausencia de las prestaciones debidas de un Servicio Hospitalario estatal, se ha producido la muerte de cinco recién nacidos en el Hospital Regional

---

<sup>1</sup>“Así como el dolor compartido es medio dolor, el gozo compartido es doble alegría” (proverbio alemán).

de Concepción debido a la ausencia de cuidado en la preparación del suero que se les daba a estos prematuros, el cual contenía exceso de potasio que les produjo bradicardia, paro cardíaco y su posterior fallecimiento.

En *Ius Publicum* hemos incluido varios de estos casos: el de la arsenalera del Hospital Regional de Antofagasta (*Baeza Rojas/Nº 10 (2003) 199-218*), el del niño en cuyo parto quedó tetraplégico (*Torres Velásquez/Nº 12 (2004) 245-264*), el de la profesora en que por un diagnóstico errado terminó con gangrena en su brazo derecho el cual debió serle amputado (*Campillo Mañan/Nº 14 (2005) 235-251*). En realidad, son no pocos los casos en los que se han visto demandados los Servicios de Salud de Concepción (*Campillo* y ahora *Tolosa Parada*<sup>2</sup>) y de Talcahuano (*Torres cit.*<sup>3</sup>), aunque no significa que desaguizados hospitalarios estatales no se produzcan en otras regiones; los señalados son sucesos que han despertado interés jurídico y han terminado los procesos judiciales, con las condenas correspondientes a dichos Servicios (que son entes estatales personificados) al pago de indemnizaciones (y prestaciones de salud de por vida<sup>4</sup>) en atención a la alteración brutal en las condiciones normales de vida de las víctimas (tetraplégicos/invalidez total: *Baeza Rojas* y *Torres Velásquez*; amputación de brazo/incapacidad laboral total: *Campillo Mañan*), y de sus familias, o reparación a sus padres o hijos por la muerte de las víctimas de esas omisiones de cuidado fatales (*Oviedo Pérez*, *Tolosa Parada*), o aún, la alteración física y síquica de una mujer a quien se le han cercenado los pechos por un error inexcusable (*Hernández Espinoza*).

En *Tolosa Parada* y *otros* ha de observarse que el tribunal de primera instancia acogió la demanda de responsabilidad del Servicio de Salud de Concepción respecto de la muerte de dos de los prematuros, ya que quedó probado en el proceso criminal que fuera también incoado –y tenido a la vista– que el suero utilizado contenía un exceso de potasio “que era incompatible con la vida” de esos neonatos, más aún que uno de ellos ni siquiera tenía recetado dicho elemento en su alimentación; y, además, que no había sido revisada dicha alimentación por el profesional químico-farmacéutico como era de rigor. Se había desechado la demanda respecto de los otros tres neonatos fallecidos horas antes por cuanto las muestras del suero que se les había dado habían sido eliminadas por el Hospital. La Corte –con pleno acierto– acoge también respecto de estos tres la pretensión indemnizatoria deducida por sus padres respectivos, ya que se da en este caso y en cuanto les concierne un cúmulo de presunciones graves, precisas y concordantes, según lo acredita su considerando 7º sobre la base de los hechos acreditados en primera instancia.

Pero lo que nos interesa comentar aquí es un punto que merece ser analizado con rigor a fin de esclarecer el tema de la responsabilidad del Estado –aquí de sus organismos “Servicios de Salud”– y su fundamento, ya que son diferentes las

---

<sup>2</sup>También *Hernández Espinoza*, el caso del error de diagnóstico de cáncer de mamas (Gaceta Jurídica 274/2003, 59-75).

<sup>3</sup>También *Oviedo Pérez*, el caso de muerte por infección intrahospitalaria de paciente que se recuperaba de postoperatorio (Gaceta Jurídica 259/2002, 38-51).

<sup>4</sup>Vid. *Baeza Rojas cit.*; también *Torres Velásquez* / avenimiento, en *Ius Publicum* 14/2005, 253-256, si bien el Servicio de Salud de Talcahuano se ha negado a dichas prestaciones incumpliendo lo acordado, por lo cual se encuentra demandado por incumplimiento de obligaciones de hacer, de indemnización de perjuicios por los daños que ello ha producido en el menor (vid. rol 3108-2005 del 1º Juzgado de Letras de Talcahuano).

consecuencias según sea el fundamento que se le dé en nuestro Derecho chileno, y que puede llevar a los más perversos efectos, como es la irresponsabilidad del Estado y, por ende, la indefensión de las víctimas de los perjuicios y daños que produzca en su actividad<sup>5</sup>.

1. Si se lee con detención la sentencia del tribunal de primera instancia se advertirá que en la demanda se acciona de “indemnización por daño moral por la muerte de cinco menores en el Hospital Regional de Concepción por intoxicación o envenenamiento por potasio” (consid. 1º), y se fundamenta la pretensión indemnizatoria en los arts. 38 inc. 2º de la Constitución y 4º y 44 de la ley 18.575 “según los cuales se trata en la especie de una responsabilidad objetiva, junto con los arts. 1º inc. 4º, 6º y 7º, 19 nº 20 y 24 de la Constitución y 11 de la ley 18.469” (ídem).

La sentencia referida, en su considerando 12º, sin embargo, expresa que “la demanda planteada lo es por indemnización de perjuicios por falta de servicio” para lo cual –agrega– “debe tenerse en consideración lo siguiente”, que va desgranando en sus letras a) a e). En éstas, sienta: (1º) que *la responsabilidad del Estado emana de la Constitución* (art. 38 inc. 2º); (2º) que la ley 18.575 art. 4º agrega que tal responsabilidad surge “en el ejercicio de su función”, sin perjuicio de las que pudieran afectar a los funcionarios; (3º) que su art. 44 añade que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio<sup>6</sup>; (4º) que esta falta de servicio existe en los casos que menciona (ausencia de prestación, prestación deficiente o tardía), y (5º) que estos preceptos “establecen lo que se ha denominado “responsabilidad objetiva”, no en el sentido civilista del término, “pero que ciertamente importa liberar a la víctima de individualizar al autor del daño y probar su culpa o dolo”, exigiéndose, sí, la existencia de una relación de causalidad entre daño producido y acción estatal dañosa.

2. Pues bien, nos interesa aquí con la necesaria brevedad de un comentario de sentencia, volver sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado en el Derecho chileno, dada la atávica práctica de nuestros legistas de copiar doctrinas extranjeras en lugar de analizar con rigor y lucidez nuestro propio régimen vigente<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Un caso de aberración espeluznante en tal sentido es *Arévalo Bascuñán* (C. Suprema 27.8.2003, rol 3876-2001), pretensión desechada de responsabilidad del Estado-Fisco, ante lesiones que dejaron minusválida de por vida a una señora transeúnte en la vía pública producida por disparos de un gendarme que perseguía a un recluso escapado del penal de Tocopilla; rechazo en atención que no había “falta de servicio” porque la transeúnte no era “usuario del servicio” ya que dicha falta de servicio dice relación –según la Corte Suprema– con los usuarios y no terceros (¡sic!). Un comentario breve sobre este caso en J.M. Valdivia, *Nuevas fronteras de la falta de servicio*, Gaceta Jurídica 301/2005, 7-25, en 14-17.

<sup>6</sup>Precepto aplicable a los organismos fiscales, personificados/instituciones y gobiernos regionales, pero no a las municipalidades y empresas estatales, ya que dicho artículo (título II) no les es aplicable, según lo dispuesto en el art. 18 de la ley 18.575 (utilizo su texto original con las modificaciones introducidas por distintas leyes y no su texto refundido).

<sup>7</sup>Plenamente válido resulta a casi década y media cuanto decíamos en *El derecho público ¿por qué tan desconocido?*, ahora en *Derecho Administrativo* (2 vols.). Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1996, I, 21-34. Cierto es que tal planteamiento ha sido ideado por los legistas de la defensa fiscal, cuyos objetivos no son, obviamente, ni el rigor doctrinario ni la justicia, sino

2.1. Certeramente dice el consid. 12º, letra a) “Que la responsabilidad del Estado emana de la Constitución Política de la República, que en su art. 38 inc. 2º consagra la responsabilidad del Estado en sentido amplio”, respecto de la Administración del Estado en cualquiera de sus organismos<sup>8</sup>.

Digo “ceteramente” porque éste es el derecho chileno vigente y reconocido por la propia Constitución. La historia de su establecimiento y el texto mismo lo confirman de manera irrefragable. A ello nos hemos referido en el comentario que hicieramos en esta misma Revista a *Torres Velásquez*<sup>9</sup>, pero valga ahondar más en ello ahora.

(a) Respecto al *aspecto histórico*, su origen se encuentra en la Sesión 410 (30.08.1978) de la Comisión encargada de estudiar y proponer el texto de una nueva Constitución (“Comisión Ortúzar”, del nombre de su presidente, don Enrique Ortúzar Escobar), sesión en la cual el comisionado Sr. Juan de Dios Carmona Peralta propone incluir un inciso 2º al artículo 48 del proyecto que se preparaba (hoy 38), idéntico al actualmente en vigor, y que se aprueba por dicha Comisión con la siguiente consideración de su presidente: “se refiere al *perjuicio* que puede causar un acto arbitrario o ilegítimo de la Administración y del que podrán conocer los tribunales ordinarios (cursivas nuestras; 3440). Ha de observarse que no es nada nuevo lo planteado por la Comisión aludida al aprobar dicho texto, puesto que los tribunales ordinarios han conocido siempre de las demandas de indemnización de perjuicios, o sea del resarcimiento del daño producido por los órganos de la Administración del Estado, o sea de acciones de responsabilidad del Estado-Administración, como lo hemos mostrado en otra ocasión (y ello desde mediados del siglo XIX y sin interrupción hasta hoy, y aún en pleno Chile indiano, por la Audiencia de Santiago de Chile)<sup>10</sup>.

Y el fundamento básico que invocaban los fallos ya desde el siglo XIX bajo el imperio de la Constitución de 1833, no era otro que el derecho de propiedad vulnerado, “lesionado”, por el acto dañoso producido por un órgano de la Administración del Estado, incluso fuerzas armadas (Ejército, Marina) en caso de guerra, como los casos conocidos por responsabilidad del Estado por daños producidos a raíz de los combates de la revolución de 1891 (v.gr. *Bozo, King y Cia., Veer, Vega, Perramon, Zanelli, Chinchilla Hnos., etc.*)<sup>11</sup>. Es

---

una defensa de los intereses estatales, no pocas veces con total desprecio de los derechos de las personas, lo que hace que esa actuación vulnere frecuentemente nada menos que el art. 5º inc. 2º de la Constitución que obliga a todo órgano del Estado no sólo a respetar los derechos de las personas sino además “promover su ejercicio”.

<sup>8</sup>O sea, fisco, municipalidades, gobiernos regionales, servicios personificados y empresas estatales (vid. sobre los organismos que la integran nuestros *Apuntes de Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile. Santiago. 2005, fascículo “Organización de la Administración del Estado”).

<sup>9</sup>Ius Publicum 12/2004, 255.

<sup>10</sup>Vid. mi *La responsabilidad municipal*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 78/1981, Primera Parte, sección Derecho, 39-48; ahora en *Derecho Administrativo* cit., II, 343 y notas 30 a 34.

<sup>11</sup>*Bozo con fisco* (C. Suprema 30.5.1894, Gaceta de los Tribunales 1894, I, 961/753-754); *King y Cia. con fisco* (C. Suprema 2.12.1892, GT 1892, II, 2641/725-726); *Veer con fisco* (C.

decir, fundamentados en la lesión sufrida por la víctima del daño producido por la actividad estatal, incluso independiente de la consideración de ser lícita o ilícita tal actividad (v.gr. *Abalos/1889*, *Lapostol/1930*, *Galletué/1984*, etc.)<sup>12</sup>.

Ese mismo fundamento es el que recoge la Constitución de 1980, y no puede ser más clara su expresión, desde que se inicia el precepto disponiendo que “Cualquier persona que sea lesionada...”, vale decir, se centra la responsabilidad en la víctima, ya que ésta es el eje de la responsabilidad del Estado, la cual no se estructura sobre la idea de “sanción al culpable” (como en el orden civil), de imposible concreción en lo que concierne al Estado/persona jurídica, sino de “restitución” a una víctima en lo que ha sido “privada de lo suyo” por un acto u omisión de la Administración, “lo suyo” tanto en el ser (integridad física o/y síquica –lato sensu– art. 19 n° 1) como en el tener (art. 19 n° 24). De allí su “objetividad”, carácter en el que tanto he insistido<sup>13</sup>.

- (b) Pero no sólo ello es así si se considera la historia tanto fidedigna del establecimiento del art. 38 inc. 2° mencionado como también la historia de la jurisprudencia judicial recaída en la materia y durante más de 150 años. También lo es si se considera el texto mismo de dicho inciso 2°.

Si se analiza este texto en su enunciado se advertirá que comprende una oración dispositiva: “Cualquier persona... tribunales establecidos por la ley” y seguido de una frase adversativa: “sin perjuicio... el daño”. En tal virtud, no cabe duda que este inciso 2° se refiere a la *responsabilidad de la Administración* y no a una mera accionabilidad genérica para recurrir a la justicia, sea de nulidad u otras pretensiones (como suele aún escucharse a 25 años de su vigencia), ya que carecería de toda coherencia lógica (y gramatical/sintaxis) y de sentido que se diga “sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario que haya producido el daño” si la frase contra la cual se adversa, o sea se contrapone, fuera referida a otro orden temático o de materia. Lo que dice el inc. 2° del art. 38 referido no es otra cosa que la responsabilidad de la Administración originada por la lesión que su actividad ha producido en una víctima (“cualquier persona”) no obsta, no impide, no es obstáculo para que surja y/o se persiga también, la

---

Suprema 10.10.1895, GT 1895, II, 2829/725-728); *Vega con fisco* (C. Suprema 29.12.1893, G T 1893, III, 3695/74-75); *Zamora con fisco* (C. Suprema 18.7.1894, GT 1894, I, 1527/1169); *Perramon con fisco* (C. Suprema 5.1.1896, GT 1896, III, 5126/519); *Zanelli Hnos. con fisco* (C. Suprema 7.4.1894, GT 1894, I, 243/157-158); *Chinchilla Hnos. con fisco* (C. Suprema 8.1.1894, GT 1894, III, 3968/233); pudiéndose agregar aún *Zegers con fisco* (C. Suprema 26.7.1897, GT 1897, II, 2242/57); *Sucesión Solar con fisco* (C. Suprema 5.8.1897, GT 1897, II, 2343/121-122); *Vallejos con fisco* (C. Suprema 4.3.1898, GT 1898, I, 8/10-11); *Palma con fisco* (C. Suprema 17.3.1898, GT 1898, I, 165/97-99); incluso en *Portales y otros con fisco* (C. Suprema 3.1.1907, Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 6/1908, 2.1, 74) se establece que a pesar de tratarse de daños producidos en 1891 y originados en requisición de autoridad competente, no cabe oponer la prescripción del art. 2332 del código civil ya que es aplicable el art. 141 de la Constitución (art. 150 del texto originario/1833).

<sup>12</sup>Vid. *Derecho Administrativo* cit., II, 385-389 (en comentario nuestro) 392-397 y 430-434, respectivamente.

<sup>13</sup>Para la razón de ser una “restitución” a la víctima y no “sanción a un culpable” y sus razones histórico-filosóficas vid. mi *Derecho Administrativo* cit., II, 244-262 resp., en donde he analizado detenidamente el tema.

responsabilidad del funcionario específico que produjo en concreto el daño en el ser y/o tener de una determinada persona/víctima<sup>14</sup>.

En conclusión, la propia Constitución reconoce de manera expresa y formalmente la responsabilidad del Estado por los daños que produzca su actividad, y la plantea sobre la base de la *lesión* sufrida por una víctima (“cualquier persona”), esto es, el menoscabo, perjuicio, detrimento, privación “de lo suyo”, en su ser y/o tener, siendo lo debido/lo justo el que sea restituida en aquello de que fue privada, y de no ser ello posible sea compensada ella misma (o sus herederos, en caso de muerte), y aquellos que están a su cuidado (v.gr. padres, esposa, hijo)<sup>15</sup>.

2.2. Aparece fundamental insistir que es la propia Constitución la que reconoce la responsabilidad del Estado-Administración, en su art. 38 inc. 2º, y sobre la base de la lesión sufrida por la víctima por la actividad (lato sensu) de cualquiera de sus órganos, lo que significa que es la mismísima Constitución la que establece el régimen aplicable desde que la “lesión” es privación de “lo suyo”, o sea vulneración del tener (*su tener*: art. 19 nº 24) y/o del ser (*su ser*: art. 19 nº 1), y, por lo tanto, toda ella está estructurada sobre la víctima, a fin de “restituir la” en la situación anterior (en lo posible) al daño producido<sup>16</sup>.

Como se advierte, lejos se está de un planteamiento en que (1º) la Constitución no establecería normas sobre la responsabilidad del Estado, y (2º) que sólo sería la ley (v.gr. 18.575 art. 44) la que establecería el “régimen” concreto, sobre la base de la llamada “falta de servicio”. Estas afirmaciones que no son meramente hipotéticas, han sido sostenidas en algunos casos de ajusticiados a raíz del 11.9.1973, por la 4ª Sala de la Corte Suprema, si bien no han sido formuladas como regla general por las otras tres salas, las cuales en ciertos casos si bien admiten la aplicación de la “falta de servicio”, fundamentan la responsabilidad del Estado precisamente en la Constitución (art. 38 inc. 2º)<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup>Cierto que el texto que comenzó a regir el 11.3.1981 modificó en cuanto a los tribunales competentes para conocer la materia el texto propuesto por la Comisión Ortúzar, pero la ley 18.525, de reformas constitucionales, de 1989, restituyó en ese aspecto el texto elaborado por dicha Comisión, texto que es el actualmente vigente.

<sup>15</sup>Casos *Torres Velásquez y Campillo Mañan*, para citar en materia semejante a *Tolosa Parada y otros*.

<sup>16</sup>En el mismo sentido vid. J.J. Martínez Estay, *La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el derecho público chileno*, en “Derecho de daños”. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2002, 171-201.

<sup>17</sup>4ª Sala: *Domic Bezic* (en Gaceta Jurídica 263/2002, 29-61 y en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 99/2002, 2.5, 126-152, con mi comentario en 152-154) y *Pizani Burdiles* (Gaceta Jurídica 274/2003, 108-117; RDJ t. 100/2003, 2.5, 17-22, con comentario nuestro en 22-30); también respecto a lesiones graves por disparo de carabínero en servicio, *Santibáñez Viani* (Ius Publicum 14/2005, 225-234; RDJ t. 101/2004, 2.5 (en prensas); vid. consid. 15. obiter dictum, que repite consid. 5º de *Domic* cit.). Si se leen dichos considerandos con atención podrá concluirse con entera certeza que son ellas proposiciones más bien poéticas o talvez de discurso político partidista, pero carentes de todo sustento jurídico, sea de tipo normativo positivo (positivista), sea de tipo normativo natural (iusnaturalista). En general contradicción con estas formulaciones de la 4ª Sala, vid., entre otros, *Torres Velásquez, Castillo Mañan, Hernández Espinoza, Oviedo Pérez* (obiter dictum consid. 10º), citados; también el excelente fallo (3ª Sala/redactor M. Daniel) *Quintana Olivares* (RDJ t.98/2001, 2.5, 13-23).

3. Pues bien, es tal la incoherencia de esos planteamientos de la 4ª Sala Suprema en esos casos, que merece ser desenmascarada, pues apunta a fines que no son otros que establecer en la práctica, primeramente, la omnipotencia del legislador –ya que él establecería el régimen concreto según su libre arbitrio al no tener cobertura constitucional (como se pretende)– y, en segundo lugar, la irresponsabilidad del Estado al establecer el pretendido régimen de “falta de servicio”, régimen de tipo subjetivo y perverso en su “onus probandi” para las víctimas de los daños producidos por el Estado-Administración. Veámoslo con detención.

- (a) No parece advertirse que si la Constitución no establece un régimen de responsabilidad del Estado<sup>18</sup>, en buenas cuentas es que se plantea que no es responsable, así derechamente, ya que una cosa tan fundamental como es la responsabilidad aludida si no se le da cobertura constitucional es que no se le estima fundamental y, por ende, de no necesaria aceptación. Y si la Carta Fundamental no la acepta ¿cómo la ley la va a plantear sin caer de inmediato en lo inconstitucional?

Pero si se estimara que al no establecerse por la Constitución ello no significa un repudio, la ley, por tanto, podría recogerla y determinar sea su régimen general, sea regímenes especiales incluso por las actividades distintas desarrolladas por los órganos de la Administración del Estado. Si tal postura se acepta quedaría librada la materia al soberano arbitrio del legislador, el cual podría establecer un régimen general de corte estatista –lo que no sería nada extraño dado su visceral colectivismo cuando se trata de privilegiar al Estado– o con escasas garantías para las víctimas afectadas, o abiertamente contrario a los derechos fundamentales de ellas<sup>19</sup>. Y, en consecuencia, las personas quedan libradas a la discrecionalidad legislativa sin ningún resguardo serio y efectivo de sus derechos cuando son violados por la Administración dañosa.

No se olvide que la Constitución de 1980 ha establecido de modo clarísimo la sujeción plena de todo órgano del Estado a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad (art. 6º inc. 1º), y sus preceptos obligan directamente a cada uno de sus órganos (ídem inc. 2º), al punto que sus actividades (e inactividades, debiendo jurídicamente actuar) si producen daño originan su responsabilidad (art. 6º inc. 3º y 7º inc. 3º). De allí que no hay tal omnipotencia del legislador para plantear un régimen de responsabilidad del Estado, si la Constitución no hubiera reconocido tal responsabilidad, ya que sencillamente no podría legislar sobre el tema, puesto que ello sería inconstitucional (art. 7º incs. 1º, 2º y 3º), al carecer de competencia en la materia. Como tampoco es libre para establecer cualquier régimen si la Constitución

---

<sup>18</sup> “la responsabilidad y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional” dice la 4ª Sala cit., en *Santibáñez Viani*, consid. 15 (obiter dictum); en *Domic Bezić*, consid. 5º.

<sup>19</sup> Cuanto señalo no es precisamente algo imaginado por una fantasía ardiente; piénsese en los regímenes especiales que el legislador ha imaginado por los daños producidos por la Empresa de Correos de Chile, o por el Servicio de Aduanas, o por el Servicio Agrícola y Ganadero o el latrocinio abiertamente inconstitucional de la ley 19.966 en materia de daños producidos por los Servicios de Salud (vid. mi comentario en *Ius Publicum* 15/2005, 131-136).

reconoce tal responsabilidad y menos aún si ésta ha determinado y precisado un tal régimen<sup>20</sup>.

Muy distinta es la situación de derecho positivo reconocida y estructurada con un régimen *basado en el daño sufrido por la víctima*, que ha plasmado la Constitución de 1980 (art. 38 inc. 2º), aunque no quiera reconocerlo la 4ª Sala Suprema en los fallos ya mencionados, inventando soluciones ad hoc para negar las indemnizaciones solicitadas, negativas que podían haber tenido justificación pero jamás por las razones aducidas como fundamento.

- (b) Pero donde la *incoherencia* aparece más patente es al pretenderse que el “régimen” que nuestro ordenamiento de derecho público –propio del Estado– ha establecido sería el que habría estructurado la ley 18.575 sobre la base de la llamada “falta de servicio”.

Ya en otra ocasión nos detuvimos a mostrar lo incoherente que esta teoría es con la Constitución al trasladarse a Chile la construcción francesa de la “*faute du service*” que no es otra cosa que “culpa del servicio” (*faute*: culpa), “culpa” en la cual no cabe jurídicamente que incurra el Estado, que es una persona jurídica, compuesta en su Administración de personas jurídicas (fisco, municipalidades, instituciones, gobiernos regionales y empresas del Estado) y que, por ende, carece de sustrato psicológico como para actuar con culpa o dolo<sup>21</sup>.

Digo “trasladar” la construcción francesa, ya que pareciera no haberse tenido ninguna advertencia para comprender (1º) que incluso hoy y desde hará más de 30 a 40 años y aún más, “la *faute du service*” ha dejado de ser el criterio fundante de la responsabilidad del Estado-Administración, y (2º) que el art. 44 de la ley 18.575 *no plantea en su texto* (ni podría hacerlo si quisiera ser coherente con la Constitución art. 38 inc. 2º) la falta *del* servicio (como “culpa” *del* servicio) sino que habla de falta *de* servicio, o sea, “omisión” de la prestación legalmente debida, ya por inactividad simplemente, ya por actuación deficiente (inoportuna o inadecuada o inconveniente), algo que es bien distinto y diferente (“omisión” que resulta plenamente concordante con el precepto constitucional referido).

Este segundo punto (2º) lo hemos analizado ya en otras ocasiones<sup>22</sup>, en cuanto a que el mencionado artículo 44 de la ley 18.575 consagra expresamente –para que no quepa duda alguna– la responsabilidad del Estado-Administración por las “*omisiones*” dañosas, cosa que sin duda estaba obviamente implícita tanto en el texto de la Constitución (art. 38 inc. 2º: “cualquiera persona que sea lesionada...”, lesionada sea por acto y omisión, actuación o inactividad), como en el art. 4 de la misma ley 18.575 en sus preceptos generales, que

---

<sup>20</sup>Lo que veremos de inmediato en el párrafo b) que sigue.

<sup>21</sup>Es al funcionario que produce el daño a quien cabe imputarle dolo o culpa en su producción, pero ello ya no es materia de “responsabilidad del Estado” sino de “responsabilidad funcionaria”, sea patrimonial (civil), sea penal, sea disciplinaria (incluso acumulables); es lo que expresamente dispone la frase final (adversativa) del inc. 2º del art. 38 de la Constitución: “sin perjuicio de...”. Hemos tratado el punto en comentario a *Torres Velásquez* cit. (Ius Publicum 12/2004, 256 s. y notas); antes, *Derecho Administrativo* cit., II, 308-311, más breve.

<sup>22</sup>*Torres Velásquez* cit., y *Contra Arredondo González* (Ius Publicum 6/2001, 187-210, espec. 206-210).

son *aplicables a todo* organismo de la Administración del Estado (incluido aquellos a quienes no les es aplicable el título II de dicha ley y, por tanto, no les es aplicable el referido art. 44)<sup>23</sup>.

Respecto del primer punto (1º) aparece imprescindible ahondar más.

- (1º) Es un hecho indesmentible, fácilmente comprobable para quien está al tanto de la bibliografía jurídica francesa en la materia, que la teoría de la “falta del servicio”, desde sus inicios allá por 1873 (*Blanco*) planteaba –como el comisario de gobierno David lo haría notar en sus conclusiones– que la responsabilidad del Estado no era “*ni general ni absoluta*”, y ello como un principio general de derecho francés resulta enteramente incompatible con la Constitución de 1980, la cual desde las “Bases de la Institucionalidad” (capítulo I) establece el principio diametralmente opuesto, cual es que *toda* vulneración a la Constitución cometida por un órgano del Estado (incluidos, obviamente, los órganos de su Administración) y que produzca daño *origina* la responsabilidad del Estado, como expresamente lo disponen, de manera clarísima, los arts. 6º inc. 3º y 7º inc. 3º, y lo reitera específicamente para la Administración el art. 38 inc. 2º, contemplando incluso esta disposición la acción constitucional correspondiente para perseguirla ante los tribunales ordinarios de justicia. Ya aquí, desde la base, es posible advertir la incoherencia brutal que significa trasladar mecanismos jurídicos incompatibles con nuestro ordenamiento constitucional<sup>24</sup>.
- (2º) Ya desde 1923, en Francia no era posible afirmar que la teoría de la *faute du service*, (“culpa del servicio”) era fundamento de la responsabilidad del Estado, ya que existía también un régimen de “responsabilidad” “sin culpa” (*sans faute*), cuyo “*arrêt de principe*” fue el caso *Couitéas* (Consejo de Estado/CE. 30.11.1923; G.A. cit. 248-255), y también un régimen de responsabilidad del Estado *por riesgo* (v.gr. *Cames*, CE. 21.6.1895, G.A. 39-44), todos ellos regímenes creados por vía jurisprudencial, a los que luego se agregarían regímenes especiales regulados por vía legislativa, como daños producidos por la Administración con ocasión de vacunaciones obligatorias (1964, ahora

---

<sup>23</sup>Valga recordar que si se estima que el art. 44 mencionado no habla de “omisiones” (falta *de*) sino de la “culpa” (*faute du service*) del servicio, ello resulta enteramente incompatible con el art. 38 inc. 2º de la Constitución, como lo pusiera de relieve con agudo rigor G. Fiamma, *La acción constitucional de responsabilidad del Estado por falta de servicio*, en Revista Chilena de Derecho 16/1989, 429-440, espec. 437-439.

<sup>24</sup>Tribunal de Conflictos, *Blanco*, 8.2.1873, en Long, Weil, Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (15è, éd.) Dalloz. Paris. 2005, 1-7. “Ni general”, es decir que la responsabilidad no es aplicable a todos los órganos de la Administración ni a toda autoridad de ella, lo que significa que allí se plantea pura y simplemente la “irresponsabilidad” del Estado; “ni absoluta” o sea no es sin excepción, contiene, pues, cotos de inmunidad a los que no alcanza esta responsabilidad. Toda la historia de la materia en los más de 130 años que van desde *Blanco*, muestra el constante esfuerzo del Consejo de Estado por ir terminando con esos “cotos” o campos de irresponsabilidad estatal; puede verse al respecto F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*. Puf. Paris. 1995, 144-150; 233-242; 293-297, 319-322; 377-379 y 402-406, según los distintos períodos en que analiza el tema; y Paillet *cit.* 1-10 (nota siguiente).

en el Code de la Santé Publique), por vehículos de la Administración (1957 y 1985), por accidentes nucleares (1968, 1990 y otras leyes), etc.<sup>25</sup>.

- (3º) Y es más, toda la literatura reciente de los últimos años está de acuerdo en comprobar que la idea de la “faute du service”/“culpa del servicio”, es hoy obsoleta frente a la realidad, especialmente que los mismos franceses advierten que la propia noción es “huidiza” (*fuyante*) e inasible y comprende tal cantidad de tipos y modalidades de extrema variedad y heterogeneidad que incluso autores ha habido que promueven derechamente su abandono<sup>26</sup>; carácter “inasible” y noción meramente “funcional”, mantenido por el propio Conseil d’État a fin de actuar con libertad al decidir los litigios y no estar amarrado por los siempre estrechos o más bien acotados límites de una noción debidamente formulada<sup>27</sup>.

Aún más: la propia idea de la “culpa del servicio”/*faute du service*, ha nacido y se ha desarrollado –con todos sus vericuetos, de distingos y subdistingos– con una finalidad primordial que *no* es la de proteger los derechos de las víctimas de la Administración, como es la idea de la Constitución chilena de 1980, que parte de la base de la primacía de la persona humana, y la consecuencial servicialidad del Estado, debiendo actuar éste en su misión de promover el bien común, con pleno respeto a los derechos de las personas, etc. (art. 1º y art. 5º inc. 2º, 6º inc. 3º, 7º inc. 3º y 38 inc. 2º), sino de proteger los dineros públicos<sup>28</sup>.

- (4º) Por último –y sin que se entienda que el análisis ha sido completamente exhaustivo– ha de señalarse que ya a 1986 se advertía por la doctrina administrativista francesa –esto es hace 20 años– que la responsabilidad del Estado-Administración no respondía a un fundamento único (la culpa del servicio/*faute du service*), lo que ya era cierto desde 1923 como señalábamos (*Couitéas*), sino que había que atenderse “a los hechos” que generan esa responsabilidad<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup>Vid. al respecto M. Paillet, *La responsabilité administrative*. Dalloz. Paris. 1996, 87-190, y J. Moreau, *La responsabilité administrative*. Puf. Paris. 1986, 84-87, 108-110, entre otros.

<sup>26</sup>J. Boulouis, *Supprimer le droit administratif*, en *Pouvoirs* (Puf/Paris) 46 (1988) 5-12, vid. espec. 11.

<sup>27</sup>Recuérdese que el derecho administrativo francés es el fruto de la jurisprudencia pretoriana de esa jurisdicción, un derecho jurisprudencial, si bien no con un *stare decisis* al modo inglés. Vid M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit de la responsabilité administrative*. LGDJ. Paris. 1994.

<sup>28</sup>Vid. a este respecto Fr. Llorens-Frayse, *Le poids de la faute dans la responsabilité administrative*, en *Droits* (Paris/Puf) 5/1987, 65-76. Esta misma autora ha hecho su tesis doctoral sobre *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*. LGDJ. Paris. 1985, “notion obscure et fuyante” en donde estudia el cúmulo de presunciones de culpa de la Administración que ha debido ir inventando el CE para hacer posible la responsabilidad de la Administración y no dejar en la indefensión a las víctimas, lo que sería de una manifiesta iniquidad.

<sup>29</sup>Vid. Moreau *cit.*, 108-110 y 84-87; posteriormente, Paillet *cit.* 87-190. Resulta de interés señalar que precisamente en los daños producidos por la Administración hospitalaria, el régimen francés no aplica, y ello desde hace tiempo (arrêt *Gomez*, AJDA 1991, 167 chr.), la idea ni la noción de “faute du service”/culpa del servicio, sino la noción de “responsabilidad por riesgo”, lo que pone de manifiesto, una vez más, la incoherencia de trasladar estos “injertos extranjerizantes” que en su propio país de origen han sido superados y dejados de lado, pero que nuestros legistas parecen desconocer enteramente (vid. últimamente, v. gr. M. Dumas, CE. 15.7.2004, AJDA 2005, 274 ss.).

Bien se ve, pues, que, como de costumbre, los que plantean soluciones foráneas, “injertos extranjerizantes”, ni siquiera se dan el trabajo de analizar con rigor y profundidad el régimen comparado, tanto en la realidad doctrinaria como normativa y ésta tanto legal como judicial. Si se hubiera conocido bien el régimen francés se habría advertido de inmediato que la idea de *faute du service/culpa del servicio* –incluso mal traducida la expresión al castellano, ya que no es “falta del” sino “culpa del”–, cuya noción para los propios franceses es “huidiza” e “inasible”, había sido dejada ya de mano hace décadas, por no ser apta para reflejar la realidad de los años 1970.

4. Por el contrario, desde el primer momento en que hemos dedicado nuestro estudio a la materia<sup>30</sup> hemos afirmado –y luego reiterado variadas veces<sup>31</sup>:

- 4.1. que el Estado es responsable de los daños que produzca a las personas, cualquiera sea su función, y ello como *principio general del derecho chileno*, lo que implica que esta responsabilidad es general y absoluta sin excepciones<sup>32</sup>, y ello fundamentado en el propio texto de la Constitución (sea de 1833, 1925 y ahora 1980);
- 4.2. que *es la propia Constitución* (art. 38 inc. 2º) la que reconoce la responsabilidad del Estado por los daños producidos por su actividad administrativa;
- 4.3. que la Constitución –en plena concordancia con las “Bases de la Institucionalidad” (arts. 1º a 9º)– plantea dicha responsabilidad *sobre la base de la lesión que sufre una víctima* que no está obligada jurídicamente a soportar el daño, base que responde técnicamente a que 1) la responsabilidad del Estado no puede girar sino sobre el eje del “daño” / “lesión” producido a la víctima, ya que como “lesión”/“daño” injusto, antijurídico reclama como lo debido, como lo justo, la “restitución” de aquello de que ha sido privada, disminuida, menoscabada por el daño/lesión sufrido, y 2) porque siendo el Estado una persona jurídica y el Estado-Administración estando formado por personas jurídicas (fisco, municipalidades, etc.), no cabe ni siquiera mínimamente pensarse que pueda a ellos imputársele dolo o culpa, o sea plantear esa responsabilidad desde una perspectiva subjetiva, lo que es de imposible estructuración, y por ello se trata de una *responsabilidad objetiva*, que atiende precisamente a la “causalidad material”<sup>33</sup>;
- 4.4. que *el régimen aplicativo resulta de la propia Constitución* (art. 38 inc. 2º) que no es otra que la “lesión” sufrida por la víctima, lesión que significa una

---

<sup>30</sup>Vid. *La responsabilidad del Estado administrador, un principio general del derecho público chileno*, en RDJ t.73/1976, Primera Parte, sección Derecho 35-42 (ahora en *Derecho Administrativo cit.*, II 280-292).

<sup>31</sup>Vid. *La responsabilidad del Estado, un retorno a la idea clásica de “restitución”*, en Revista de Derecho Público 27/1980, 133-171 (en *Derecho Administrativo cit.*, II, 244-280), *Bases para una teoría general de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno*, en RDJ t.81/1984, Primera Parte, sección Derecho, 87-96 (en *Derecho Administrativo cit.*, II, 292-307).

<sup>32</sup>Incluso por daños producidos en guerra civil/1891, como lo ha admitido la jurisprudencia de fines del siglo 19 y comienzos del 20; vid. nota 11 precedente.

<sup>33</sup>Como ya lo formulara certeramente la Corte Suprema en *Tirado con Municipalidad de La Reina*, RDJ t.78/1981, 2.5, 35-44 (con comentario nuestro).

*privación de lo suyo*, privación que no emana, precisamente, de una de las formas que la Constitución prevé al efecto que puede realizarse –y siempre con indemnización–, como son la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional efectuada según la forma que la Constitución indica (art. 19 n° 24, incs. 1° a 5°), y la requisición de bienes en casos de estados de excepción constitucional (art. 41 n° 8)<sup>34</sup>. Y siendo ese daño injusto, esa “lesión” antijurídica, debe ser reparado, resarcido, indemnizado por el Estado autor de él, ya que así lo dispone expresamente la propia Constitución (arts. 6° inc. 3°: “infracción” a la Constitución, y 7° inc. 3°: “contravención...” a ella) y a través del debido proceso iniciado por medio de la acción de responsabilidad del Estado que prevé el propio art. 38 inc. 2°;

- 4.5. que debe ser reparada y resarcida esa “lesión” tanto en su aspecto patrimonial – *lesión en el tener* (art. 19 n° 24)– si en ello se ha incurrido, como en su aspecto extrapatrimonial– *lesión en el ser* (art. 19 n° 1, integridad física o síquica)– si ello ha sido afectado, aspecto extrapatrimonial que comprende la alteración en las condiciones normales de vida, tanto de la víctima como de aquellos que deban atenderla, o de los herederos (lato sensu) en caso de muerte de dicha víctima;
- 4.6. que también debe repararse la *lesión antijurídica* sufrida por la víctima en el caso que dicha lesión haya sido *producida por la “omisión”* de actuar con la prestación debida por parte de la Administración, “ausencia” del acto debido que legalmente debía prestar la Administración, “falta de servicio”/“*ausencia de servicio*”, como la ley 18.575 art. 44 formula en tal expresión, y que comprende –como digo– “la omisión de la prestación debida” (sea que no se haya actuado, sea que se haya actuado de modo ineficiente o inoportuno, casos en que precisamente hay ausencia de prestación legalmente debida)<sup>35</sup>.
- 4.7. que la pretensión de entender que el régimen jurídico chileno de responsabilidad del Estado se basaría en la *culpa del servicio/falta/faute du, es contraria a la Constitución*, no sólo por contravenir directamente en su texto (arts. 6° inc. 3°, 7° inc. 3° y 38 inc. 2°) sino por plantear respecto del Estado una perspectiva subjetiva (culpa/dolo) de imposible aplicación, además de significar a la víctima un “onus probandi” perverso o diabólico al tener que probar un hecho negativo, o sea una omisión/deficiencia en el actuar dañoso producto de malicia o negligencia de funcionarios públicos y efectuado no pocas veces

---

<sup>34</sup>Además del “comiso” de los efectos del delito, y de la “confiscación” de los bienes de una asociación declarada ilícita por sentencia ejecutoriada en un debido proceso penal (art. 19 n° 7, letra g).

<sup>35</sup>Sea porque se ha copiado lo sistematizado hace más de 70 años por P. Duez en su clásico *La responsabilité de la puissance publique* (nouvelle édition). Dalloz. Paris. 1938, sea porque no se ha advertido con rigor que, tanto la actuación inoportuna (tardía) como inadecuada o inconveniente (ineficiente) son, con precisión, “omisiones” de la actuación debida; en tales casos *no se ha actuado* según lo que la ley exige del órgano administrativo para que realice la prestación que legalmente le es impuesta; de allí que sea tan importante que un texto legal (art. 44 ley 18.575) haya de modo expreso establecido la responsabilidad del Estado por los daños que produzca su *inactividad*, daños que son mucho más frecuentes de lo que normalmente se cree, y que tanto en materia de daños producidos por los Servicios de Salud como por las Municipalidades (mantención de veredas, calles, plazas, etc.) han originado un contencioso indemnizatorio ya bastante nutrido.

al propio interior de los servicios de la Administración, cuya inexistencia de transparencia y publicidad es conocidamente proverbial.

En conclusión, es a la *víctima* a la que hay que atender cuando se trata de la responsabilidad del Estado, por cuanto es *el daño/lesión* por ella sufrido *el eje* sobre el cual gira el régimen jurídico a fin de reparar ese injusto, antijuricidad que reclama ser resarcida para que el ajuste o equilibrio sea restituido en su situación, que es “lo debido”, “lo justo”, “su” derecho (“*ius suum cuique tribuere*”).

Toda idea, teoría o construcción doctrinaria que tienda a la injusticia, a la iniquidad, debe ser rechazada, y proscrita de plano, porque perturba la paz social al ser contraria a Derecho.

No se echa el vino nuevo contenido en la Constitución de 1980, en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, en el odre viejo de la falta/culpa del servicio, ya que éste es incompatible con la cepa nueva que reconoce la dignidad de las personas humanas con su carácter intrínsecamente prevalente sobre el Estado, el cual es sólo un medio, y nada más que eso, para el bien de aquéllas. No puede olvidarse jamás que esta teoría de la “*faute du service*”/falta-culpa del servicio es una teoría más al servicio de privilegios del Estado y de sus órganos (autoridades y funcionarios), y de un estatismo que desprecia a los ciudadanos mirándolos como súbditos o siervos; la Constitución de 1980 está en las antípodas de ello y esto es su mayor timbre de gloria.

Y es que el Derecho ha sido instituido en razón de los hombres y para su pacífica convivencia<sup>36</sup>, y el mismo Estado no tiene otra razón de ser que el bien común de la comunidad política en el orden temporal, bien común que debe promover “con pleno respeto de los derechos de las personas” (art. 1º inc. 4º de la Constitución), derechos que son un “límite” a los poderes jurídicos que a sus órganos les han conferido la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad (arts. 5º inc. 2º y 6º inc. 1º), puesto que son las personas el principio, sujeto y fin del Estado y del derecho mismo, dada la intrínseca primacía que ellas poseen y que la propia Constitución les reconoce (art. 1º inc. 1º y 4º).

EDUARDO SOTO KLOSS

---

<sup>36</sup>Hermogeniano, en *Digesto* 1.5,2 (*hominum causa omne ius constitum est*), y no para potenciar al Estado y servirle de medio o instrumento de dominación para sus autoridades, y así convertir su función en pura fuerza de subyugación ideológica, como la última centuria ha visto ejemplos tan trágicos como aberrantes (piénsese en el socialismo nacionalista (nazi-Alemania 1933-1945) o en el socialismo marxista/comunismo soviético/1917-1989 y sus transformaciones “renovadas” actuales).



RECENSIONES  
Y  
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Sergio R. Castaño, *Los principios políticos del orden constitucional*. Abaco. Buenos Aires. 2006 (222 pp.).

He aquí una nueva obra del Dr. Sergio R. Castaño, profesor de Teoría del Estado en la Universidad Nacional de Buenos Aires, de Filosofía Política en la Universidad Fausta de Bariloche, Fausta, y prolífico investigador de Conicet.

Ella se viene a agregar a *En defensa de la política* (Abaco 2003), *El Estado como realidad permanente* (La Ley 2003), y *Orden político y globalización* (Abaco 2000).

En este texto el Profesor Castaño licenciado en filosofía y doctor en Derecho, aborda una temática en donde se alían en feliz armonía el Derecho, la Política y la Filosofía, para tratar así el derecho y la justicia, la politicidad del derecho, la constitución y el poder constituyente, la soberanía del pueblo, el trasfondo doctrinal de los derechos individuales modernos, y, por último, la independencia del orden interno ante el derecho internacional.

Dada la riqueza de los temas tratados, y en afán de mostrar al lector solamente algunos aspectos relevantes de la obra, me permitiré referirme brevemente al tema que aborda su capítulo primero Derecho y Justicia, y al problema de la soberanía del pueblo en la sistemática constitucionalista (poder constituyente, poder constituido), una ficción resistente a la lógica.

1. Uno de los mayores males, y más perversos, en la época actual, es el relativismo, que en el campo del conocer lleva a la insólita afirmación que no hay verdad (y si hubiere ni es posible conocerla), y en el campo del obrar no hay bien, ni hay mal, ya que todo dependería del “cristal con que se mira”.

Para el más mínimo sentido común dichas afirmaciones son errores monstruosos, no sólo por la incoherencia lógica que en el campo del conocimiento la primera de ellas conlleva<sup>1</sup>, sino también en el campo de lo práctico o del obrar humano, por la perversidad que envuelve<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Si todo es relativo, también la afirmación del relativismo de no haber verdad es carente de verdad, ya que si ésta no existe tal afirmación también carece de verdad y, por ende, no es cierta ni verdadera. Y es que a cualquiera mente bien formada aparece de claridad meridiana la falsedad del relativismo, y una postura impracticable, además, en la vida práctica, sea entre quienes se dicen o se pretenden civilizados o bantúes.

<sup>2</sup>Si no hay ni bien ni mal, todo es posible, aun las peores atrocidades que se puedan imaginar, como lo vemos hoy y en sociedades que se dicen civilizadas y cuyos gobiernos se alzan a sí mismos como defensores de la dignidad humana, no obstante que aprueban leyes genocidas como el aborto (que le llaman eufemísticamente “interrupción voluntaria del embarazo”/Francia), o la eutanasia/Holanda, o plantean derechamente el “aborto químico” (llamada “píldora del día después”/Chile, entre otros, con los gobiernos democristiano y socialista), o incluso la esterilización (practicada con engaño a mujeres en hospitales públicos/Perú, Chile y tantos otros bajo la influencia de políticas de las Naciones Unidas, empeñadas en despoblar países con fines económicos deleznableles); para el caso de Chile vid. Resolución (Ministerio de Salud) N° 2.326/2000, publicada en el Diario Oficial del 9.12.2000, exenta de la fiscalización de la Contraloría General de la República, dictada por la ministra M. Bachelet Jeria a tres se-

Pues bien, la tiranía o “dictadura” del relativismo que ha venido imponiendo la Europa secularizada de gobiernos agnósticos –cuando no anticristianos– no es sino una forma más “potable” o dulcificada del marxismo, en especial en su interpretación gramsciana, que sin atacar directamente con la violencia de la lucha armada, ha ido vaciando las instituciones sociales más básicas y fundamentales, tales como el matrimonio, la familia, la escuela, la vida política misma, de sus raíces valóricas, de sus raíces trascendentes, y de aquello que ha constituido por siglos los trascendentales, que permiten llevar una vida civilizada, y con respeto de las personas<sup>3</sup>.

Y en cuanto se refiera al Derecho, esa misma posición relativista –planteada antes por el positivismo<sup>4</sup>– lo vacía de todo bien (que en este caso no es sino la *justicia*), de toda conexión con la naturaleza de las cosas, con la naturaleza misma de la persona humana y de su condición de creatura<sup>5</sup>.

En este punto nos parece de gran interés cuanto el autor plantea en su capítulo 1º, que es una introducción iusfilosófica previa al estudio de lo constitucional, que es el objeto de la obra.

Sabido es que el término Derecho es análogo y siendo el analogado primario lo justo, la cosa justa, lo debido, tiene como analogados secundarios tanto la conducta debida, la norma, el poder jurídico como también el derecho llamado subjetivo o facultad e incluso el orden normativo. El profesor Castaño señala que, salvo indicación contraria, utiliza el término Derecho como norma u orden normativo.

---

manas de asumir R. Lagos la presidencia de la República; esta Resolución fija directrices para los Servicios de Salud (estatales) sobre esterilización femenina y masculina, la cual puede ser solicitada incluso por terceros en casos especiales, y que la prevé también para discapacitados mentales. Difícil no recordar las prácticas del socialismo nacionalista alemán bajo Hitler.

<sup>3</sup>Cómo no recordar aquí al cardenal Ratzinger en la homilía de la misa *Pro eligendo Romano Pontifice* (18.4.2005) cuando describía al relativismo como “el dejarse llevar zarandeado por cualquier viento de doctrina”, “una dictadura que no reconoce nada como definitivo y que sólo deja como última medida el propio yo y sus deseos”. Y cómo no traer aquí a colación sus palabras como Cardenal y Arzobispo de München-Freising, en una homilía en la Misa de vísperas de la fiesta de San Juan Bautista, en 1986, en un encuentro sacerdotal en la diócesis de Ratisbona: “Si la familia no concilia ya a varón y mujer, a jóvenes y ancianos, se pervierten las relaciones humanas básicas, para convertirse en una lucha de todos contra todos... De ahí que la destrucción de la familia sea la más segura señal del anticristo, del destructor de la paz, bajo la máscara de quienes afirman traer la paz y la liberación” (en *Servidor de vuestra alegría*. 2ª. edición castellana. Herder. Barcelona. 2005, 50). Vid. sobre la dictadura del relativismo las luminosas páginas de A. Lobato, *El relativismo y la nostalgia del absoluto*, en *Ius Publicum* (Santiago de Chile/Universidad Santo Tomás) 15/2005, 11-19, y J. Ginés, *La dictadura del relativismo*, en *Realidad* (Santiago de Chile) 98/2005, 29-40.

<sup>4</sup>Especialmente por el normativismo kelseniano, vaciado de todo contenido de justicia, y devenido una mera tecnología de normas, con una pretensión de pureza metodológica, incoherente en su base misma, que no es sino un pretexto para inocular un agnosticismo que lleva a usar el Derecho como instrumento del poder, de cualquier signo que sea.

<sup>5</sup>Puede ser de interés sobre la noción fundamental de creatura, de creación y del orden creado, nuestros *El orden natural* (71-85, espec. 74-77) y *Moral y derecho* (87-98 espec. 90-91), en S. R. Castaño /E. Soto Kloss (editores), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005.

Pues bien, tanto para Aristóteles (*to dikaion*) como para los romanos (*ius*) el Derecho es lo justo, es decir, quien dice Derecho evoca de inmediato la idea de justicia<sup>6</sup>, no es Derecho lo que es injusto; de allí que siguiendo esta tradición –que es universal para lo humano– haya dicho Tomás, en el esplendor del renacimiento medieval, que el objeto de la justicia es el Derecho<sup>7</sup>. Virtud cardinal la más perfecta de entre aquellas que rectifican el apetito, y que junto con la prudencia ordenan al hombre de modo inmediato al bien. Y dado que el ser humano tiene una naturaleza sociable, su obrar suele ser principalmente “en relación” con los otros, sus semejantes; aquí es donde interviene indefectiblemente la justicia y no sólo la justicia particular sino la justicia general, cuyo fin propio e inmediato es precisamente el bien común llamado político, esto es, el bien de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política<sup>8</sup>.

Como se advierte, esto es una posición objetivista del bien humano, radicalmente opuesta al subjetivismo/relativismo. Y ello supone obviamente que hay verdad y puede ser conocida, y que hay bien y puede ser conocido y practicado.

Y es que hay un primer principio, primerísimo del obrar práctico –obrar en el que incide la justicia y el derecho– que se impone al hombre como evidente (*per se notum*), como es “haz el bien y evita el mal”, principio universal de rectitud de la praxis. De este principio universalísimo y primario emanan los primeros preceptos de la racionalidad práctica, de tipo individual, familiar, jurídico y económico, y político, que son cognoscibles *per se* y operativos para cualquier hombre sano y que razone con rectitud (y no con perversión de sus facultades)<sup>9</sup>. Ellos son por ejemplo, la conservación e integridad del propio ser (y del inocente que vive en el seno materno); la unión de los sexos, varón y mujer; el cuidado y educación de la prole; la recta vida social tanto en lo jurídico (*suum cuique tribuere*) como en lo político (la primacía del bien común político); y la búsqueda de la verdad y de la Verdad Suma/Dios.

Esos principios –de ley natural, se dice– y que como primerísimos preceptos son universales según lo demuestra la experiencia histórico-cultural de los pueblos, están ordenados, hay en ellos un *orden* de principios, que resulta del orden de las inclinaciones de la propia naturaleza humana, siendo aquellos que dicen

---

<sup>6</sup>Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* (1129, b 28-29) llama a la justicia “lucero de la mañana”, y el *Digesto*, en su inicio mismo (1.1.1.pr.) trae la sentencia de Ulpiano, recordando lo que elegantemente decía Celso, que “el Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo” (*ars boni et aequo*), esto es, del *bien* y de lo *justo*.

<sup>7</sup>Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica* 2-2, 57, 1 resp. (“Unde manifestum est quod ius est obiectum iustitiae”).

<sup>8</sup>Sobre la idea de “persona: ser en relación”, vid. nuestro *La persona humana en la Constitución*, en S. R. Castaño/E. Soto Kloss (editores) en *El derecho natural* cit. 355-382, espec. 364-365. Sobre “bien común político” vid. G. Soaje, *Sobre la politicidad del Derecho. El bien común político*, en Castaño/Soto Kloss, cit. 15-45, espec. 31-44; y J. M. Medrano, *Tomar en serio el bien común*, en ob. cit. 47-69.

<sup>9</sup>Si bien sobre esta materia la literatura es abundante, vid. recientemente, J. J. Ugarte Godoy, *La ley natural*, en S. R. Castaño/E. Soto Kloss (editores) en *El derecho natural en la realidad social y jurídica* cit., 117-167, espec. 125-132; J. García-Huidobro, *El acceso práctico a la ley natural*, en ídem 169-185.

referencia a lo espiritual del ser humano prioritarios sobre aquellos que miran a su condición de substancia<sup>10</sup>.

Pero junto a dichos principios primeros existen los llamados preceptos “secundarios”, cuyas exigencias normativas no poseen la universalidad e imprescriptibilidad de aquéllos; son los que Tomás llama “casi conclusiones” próximas inmediatamente deducidas de esos primeros principios<sup>11</sup>. Y estos “preceptos secundarios” son los que van a ser la ocupación del autor para analizar esos que llama “*principios políticos*” para una teoría de la Constitución.

Y es que estos preceptos secundarios son lo que informan, adviértanlo ello o no los legisladores, abogados o jueces, los ordenamientos positivos de los países, en la inmensa mayoría de sus normas. Y se da aquí una aparente paradoja: no parece posible en la práctica exigir un ordenamiento jurídico estatuido sobre el solo derecho natural, ya que éste se configura por la vía de principios, pilares básicos que sustentan al obrar humano en justicia y paz, pero, por otra parte, resulta imposible establecer un derecho puramente positivado que desconozca o haga tabla rasa de aquellos principios sustentantes, de justicia natural, ya que al carecer de toda base de justicia carece de toda legitimidad/justificación su imposición y dejaría de ser Derecho para convertirse en solo fuerza, o sea violencia, impuesta por el mero arbitrio, discreción o capricho de quien tenga el poder físico de hacerlo. Dejará, pues, de haber convivencia pacífica en esa comunidad política y reinará solamente la anarquía, la delación, la corrupción, el terror.

Lo positivado concreta y determina esa valiosidad mejor: el bien que constituyen esos principios primarios/mandatos racionales, requieran ser adaptados a las circunstancias específicas de tiempo, lugar y personas, o sea históricas, geográficas, culturales, etc. Ya que el Derecho tiene por finalidad realizar lo justo *-hic et nunc-* y para ello, como muy bien dice el autor, el derecho “es una totalidad compuesta de dos partes, la natural (fundante) y la positiva (determinante)”.

Aquí el Profesor Castaño aborda un tema crucial para nuestro tiempo como es la transgresión al fundamento natural primario de las normas, y a través de varios ejemplos aborda lo que puede llamarse la “injusticia” de las normas que pretenden erigirse en Derecho, y que esencialmente no son sino “corrupción” del Derecho, para usar la terminología clásica<sup>12</sup>, o bien “anti Derecho”, que es lo que

---

<sup>10</sup>Sobre las “inclinaciones naturales” vid. nota 9 precedente; también S. R. Castaño, *Consideraciones ontológicas sobre la ley natural en Tomás de Aquino*, en La moral, hoy (Conferencias Santo Tomás de Aquino 2002). Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2003, 113-128, espec. 115-124.

<sup>11</sup>Sobre los “preceptos secundarios” vid. Santo Tomás, *Suma teológica* 1-2, 95.2 ad c; vid. J. J. Ugarte, *La ley natural* cit. 129-141, para distinción entre preceptos primarios y secundarios.

<sup>12</sup>Como decía San Agustín, “la ley si no es justa, no parece que sea ley” (“lex esse non videtur, quae iusta non fuerit”), en *De libero arbitrio*, l c. 5; en *Obras de San Agustín*, tomo III, edición BAC. Madrid. 1947, 263. Que dicho de otro modo, Santo Tomás lo expresa en *Suma teológica* 1-2, 95, 2 resp.: “la fuerza de la ley depende de su justicia” (“unde in quantum habet de iustitia intantum habet de virtute legis”), agregando que “toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley natural, y si se aparta en algo de ésta ya no será ley sino corrupción de ley” (“... si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio”). A este respecto son luminosas las palabras de Pío XII, en *Summi pontificatus*, n° 39 a 43, espec. 41.

ha plasmado la “cultura de la muerte” durante las últimas tres a cuatro décadas en tantos países en donde campea el relativismo en lo político.

Así, trata de la obediencia debida en el caso de una norma que contradice un precepto primario de ley natural, la desobediencia a la ley injusta, la objeción de conciencia, el llamado mal menor, la excepcionalidad en el orden jurídico y la cesión de soberanía judicial.

2. Un segundo interesantísimo tema que se aborda, de manera resuelta, sin rodeos ni eufemismos, en el libro del Dr. Castaño, es el mito de la “soberanía del pueblo”, que nunca está de más volver sobre él.

Inicia el tema tomando pie de la conocida formulación de Kriele en el sentido de que la democracia presupone la existencia de un Estado Constitucional en el que no hay soberano alguno, ya que solamente si no hay soberano alguno puede existir una libertad que perdure basada en los derechos del hombre, lo que hace posible una democracia<sup>13</sup>.

Si bien se advierte, si no hay soberano, ya que ello destruiría la libertad humana y sus derechos, habrá que admitir que el pueblo o comunidad no es soberano y, por ende, no cabe admitir la soberanía del pueblo (o de la nación/Sieyés)<sup>14</sup>, y, entonces, no hay “poder constituyente” ni “poder constituido”. Pero ello se salvaría con la afirmación de que *dentro* del Estado Constitucional no hay soberano, lo que no es obstáculo para afirmar que dicho Estado y los poderes que ejercen sus órganos arrancan, por decirlo así, su fundamentación, legitimidad o justificación de algo anterior, que es la soberanía del pueblo para decidir sus constitución (poder constituyente), poder que se agota de inmediato que es ejercido, y que da origen al “poder constituido”. “Titularidad” en aquél, “ejercicio” en éste. Aquél no manda, no comporta ejercicio de poder, ya que el poder/ejercido está en manos de los órganos del Estado, como competencias, potestades y funciones, todas sujetas a la Constitución. En buenas cuentas, siguiendo el esquema de Sieyés<sup>15</sup>, la soberanía del pueblo/nación viene a ser neutralizada por la ficción de la “representación”, siendo conocido y reconocido en la práctica que esos llamados “representantes” no representan en los hechos ni en el ejercicio de sus actividades a quienes les han elegido, y sólo actúan siguiendo los intereses de los cúpulas partidistas, las que a su vez constituyen verdaderos caciquismos, desde que es ínfima la adscripción efectiva de los ciudadanos a los partidos políticos, precisamente porque ellos no representan los intereses ni las necesidades de esa ciudadanía.

Esa ficción lleva a concebir una titularidad sin ejercicio, una aceptación llana y simple de una incapacidad con el objeto de impedir asumir el ejercicio, y permitir el ejercicio práctico del poder por parte de grupos ideológicos/partidos

---

<sup>13</sup>M. Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*. Depalma. Buenos Aires. 1980 (traducción de su *Einführung in die Staatslehre*. 1972). Sobre la soberanía el Dr. Castaño ha escrito páginas bien agudas en *El Estado como realidad permanente* (La Ley. Buenos Aires. 2003) espec. 78-221.

<sup>14</sup>Vid. v. gr. art. 1º de la Constitución Argentina; o art. 5º inc. 1º de la Constitución de la República de Chile (1980).

<sup>15</sup>E. J. Sieyés *¿Qué es el tercer estado? (Qu'est-ce que le tiers état/*traducción Francisco Ayala). Aguilar. Madrid. 1973. Un lúcido análisis en J. J. Chevallier, *Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours* (4è éd.). A. Colin. 1954, 174-184.

que tratan de imponer sus “sistemas” de reingeniería social, para utilizar terminología gramsciana.

Desgraciadamente, en la política actual no es la realidad la que impera sino la ficción, como ésta de la soberanía del pueblo. Como dice el Dr. Castaño, “la comunidad tiene el derecho y la obligación de ser gobernada, dado que, como multiplicidad, carece del orden que le conferirá el gobierno”. “El derecho que sí posee la comunidad (en tanto autárjica o independiente) es el de determinar –como causa próxima– la forma del régimen y los títulos de sus gobernantes, sea por el acatamiento, sea por el consenso tácito, sea por la elección expresa, etc.

Como bien se señala, al término de este análisis, “la determinación de los títulos de quienes mandan no puede ser confundida con el gobierno del Estado –con el nombre de “soberanía del pueblo” o “de la nación”–, ni siquiera bajo los métodos de elección periódica vigentes en el sistema democrático contemporáneo”. Y es que “si hay imposibilidad de ejercicio es porque la potestad no tiene como sujeto al supuesto titular”.

3. Y puesto que el tema se relaciona con el “poder constituyente”, útil es señalar el parágrafo que el autor dedica en el capítulo III al pensamiento de un afamado teólogo francés, el cardenal Billot, quien en un trabajo “sobre el origen y las formas del poder político” aborda en perspectiva de la filosofía perennis, el poder constituyente, en precisiones muy actuales<sup>16</sup>.

Pudiera parecer ajeno al constitucionalismo como se le ha entendido en el siglo XX, bajo un positivismo contractualista en versión inmanentista (vía Hobbes-Rousseau), el referir un pensamiento aristotélico-escolástico, pero debe advertirse que incluso el término “constitución” (traducción latina/Cicerón, del griego *politeia*/Aristóteles) vino a ser retomado en el siglo XVII por Bossuet<sup>17</sup> –como nos recuerda Castaño– en un sentido propiamente jurídico-político.

Ahora bien, el llamado “estado de naturaleza”, una completa invención teórica para fundamentar el poder político de los reyes de la época (en el caso inglés) y para destruirlo (en el caso francés), carece –como es bien sabido– de fundamento tanto antropológico como político. Tal invención implica desconocer el carácter perfectivo de la vida social y política, como asimismo significa aceptar la autosuficiencia del hombre fuera de la sociedad, errores o falsedades ambos que la sola experiencia y la práctica de la vida se encarga de demostrar<sup>18</sup>.

Un hecho irredargüible es la politicidad natural del hombre, y su intrínseca sociabilidad, como asimismo el que la sociedad política no puede existir sin la correspondiente existencia de una autoridad dotada de la potestad directiva, la

---

<sup>16</sup>La formulación del card. Billot la extrae el autor de *Sobre el origen y las formas del poder político* (traducción de G. Soaje Ramos y Manuel Ferreyra), en *Ethos* (Buenos Aires) N°s 4/5 (1976/77).

<sup>17</sup>J. B. Bossuet, *La politique tirée de l'Écriture Sainte* (publicada en 1709, cinco años después de su muerte); *Política sacada de las Sagradas Escrituras*, trad. J. Maestro. Tecnos. Madrid. 1974; vid. J. Truchet, *Politique de Bossuet*. A. Colin (collection U). Paris. 1966; de interés sin duda *Discours sur l'histoire universelle*, 3è. partie, chap. 6 et 7, en *Oeuvres*. Gallimard. 1961, 990-1024; sobre su pensamiento político vid. J. J. Chevallier, *Les grandes oeuvres politiques* cit., 70-84.

<sup>18</sup>Sobre *La politicidad natural como clave de interpretación de la filosofía política* vid. el trabajo homónimo del Dr. Castaño, en Castaño/Soto Kloss cit. 277-307.

cual obtiene su legitimidad en cuanto gobierna la comunidad a su cargo en justicia, bienestar y paz. De allí que la autoridad es de derecho natural, y exigida por la naturaleza misma de la sociedad política, la cual –debe insistirse– resulta imprescindible para la perfección humana, en el orden temporal.

De lo cual aparece que determinar la “forma de gobierno” reside originariamente en la comunidad, al igual que determinar la “investidura del poder”. Pues bien, eso es el “poder constituyente”, el cual *reside en la comunidad*. Y reside en ella en cuanto toca a ella “determinar” esa forma y las normas de investidura de quienes ejercerán la autoridad, concretando así el mandato de la ley natural que exige para regir esa comunidad la existencia de una potestad directiva. Se ve bien que la comunidad no posee una potestad directiva, sino le compete “determinar” –a través de ese “poder constituyente”– la forma de gobierno y el modo legítimo de investir a quienes han de regir la comunidad. No hay, por ende, “traslación” sino determinación por “designación”.

Si lo dicho se aprecia con rigor, pretender la idea de “traslación” es elevar o transformar la democracia como categoría de única forma de gobierno, y de derecho natural, lo que es derechamente falso, puesto que desconoce que el *primer principio* de legitimidad no es otro que la *ordenación al bien común*. De derecho natural son sólo la existencia de la comunidad política y la necesidad de una potestad directiva, todo el resto es de derecho positivo, como “determinación” de la propia comunidad<sup>19</sup>.

Por último, en este aspecto, el Dr. Castaño nos recuerda que el ejercicio del poder constituyente se mide según una doble legitimidad, y es que sin dejar de medirse, principalmente, por su ineludible ordenación al bien común, “presupone

---

<sup>19</sup>Valga recordar aquí las lúcidas y realistas palabras de Juan Pablo II en su *Centesimus Annus* (1.5.1991), escrita en los cien años de la *Rerum Novarum* de León XIII (1891), y que reitera un planteamiento ya tradicional del magisterio pontificio: “La Iglesia respeta la *legítima autonomía del orden democrático*, pero no posee título alguno para expresar preferencias por una u otra solución institucional o constitucional. La aportación que ella ofrece en este sentido es precisamente el concepto de la dignidad de la persona, que se manifiesta en toda su plenitud en el misterio del Verbo Encarnado” (Nº 47, cursivas en el original). El párrafo 46 es particularmente claro acerca del “sistema de la democracia” y en qué medida puede aceptarse, ya que si no se produce “la formación de grupos dirigentes restringidos que, por intereses particulares o por motivos ideológicos, se usurpan el poder del Estado”, así como su incompatibilidad con un “agnosticismo y relativismo escéptico”, puesto que “una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como demuestra la historia”. Véanse también los párrafos 47 y 48, particularmente incisivos en este aspecto.

Sobre la indiferencia de las formas de gobierno “con tal que sea(n) apta(s) por sí misma(s) para la utilidad de los ciudadanos”, vid. León XIII, *Immortale Dei* (1885) nº 2; *Libertas* (1888) nº 32; también *Au milieu des sollicitudes* (1892) nº 14-24; *Notre cunsolation* (1892) nº 10-16; Pío X, *Notre charge apostolique* (1910) nº 31; Pío XII, *Benignitas et humanitas* (radiomensaje de Navidad de 1944) nº 10, 12, 20, etc. Un recuento, en *Doctrina Pontificia*, vol. II, *Documentos Políticos*. Bac. Madrid. 1958, 151-155 y 160.

No puede dejarse de mencionar que el gran pontífice Pío XII hablaba de “Estado democrático”, cuyas formas de gobierno pueden ser variadas, y por tanto “determinadas”, o sujeto de “determinación” por la comunidad (*Crisis de poder y crisis de civismo*, 1954, Carta dirigida a M. Flory, presidente de las Semanas Sociales de Francia con motivo de la XLV Semana Social de los católicos franceses, el 14.7.1954; su original en francés; en AAS 46 (1954) 482-486; la hemos publicado en *Ius Publicum* 9/2002, 207-211.

la realidad de la causa formal de la sociedad”, es decir su “adecuación normativa al talante idiosincrásico, la tradición histórica, la pluriformidad cultural, las circunstancias sociales, el entorno geográfico, etc.”.

Muchas consideraciones más podrían seguir haciéndose sobre esta obra que aborda desde una perspectiva de la naturaleza del hombre, sin ideologías preconcebidas, ni apriorismos idealistas, el riquísimo tema de *lo constitucional*, alma de la sociedad política, el cual sin embargo desde hace dos a tres siglos ha venido planteándose con machacona insistencia en una perspectiva meramente idealista, inmanentista y de un marcado voluntarismo contractualista, olvidando que *es el hombre, y su realidad intrínseca* –su ineludible naturaleza de ser racional, libre, sociable y contingente– *el principio, sujeto y fin de toda sociedad, de todo Estado, de todo Derecho*.

No puedo menos que terminar este prólogo recordando lo que Juan Pablo II, figura ejemplar de las últimas décadas, proclamara en la XXXIV Asamblea General de las Naciones Unidas, un dos de octubre de 1979: “Todo ser humano que habita nuestro planeta es miembro de una sociedad civil... En esta relación encuentra su razón de ser toda la actividad política, nacional e internacional, lo cual –en última instancia– procede del hombre, se ejerce mediante el hombre y es para el hombre... En realidad, la razón de ser de toda política es el servicio al hombre, es la asunción, llena de solicitud y responsabilidad, de los problemas y tareas esenciales de su existencia terrena, en su dimensión y alcance social, de la cual depende a la vez el bien de cada persona”<sup>20</sup>.

EDUARDO SOTO KLOSS

Joaquín García Huidobro, *El anillo de Gíges. Una Introducción a la tradición central de la ética*. Editorial Andrés Bello. Santiago de Chile. 2005 (252 pp.).

Nuevamente Joaquín García Huidobro –Abogado, Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra y destacado Profesor en la Universidad de los Andes– nos sorprende con un nuevo texto de estudio y reflexión sobre los grandes temas del hombre. Es el caso de *“El anillo de Gíges. Una Introducción a la tradición central de la ética”*, publicado por Editorial Andrés Bello en noviembre de 2005 con una edición limitada. La verdad es que García Huidobro nos tiene acostumbrados a textos de notable altura y profundidad, pero que se caracterizan por un dato muy relevante: el buen humor y la amenidad del autor, que no restan en absoluto seriedad y genialidad a sus obras. ¿Qué hace entonces que un filósofo que escribe sobre Antropología, Metafísica y Ética llegue a encantar de tantas maneras a numerosos lectores, en especial a gente joven? La respuesta quizás se encuentre, además de la indiscutible inteligencia del autor, en su magistral forma de explicar de manera fácil aquello que tradicionalmente parece difícil para muchos, en especial para alumnos, o bien quienes se acercan a la reflexión sobre los grandes bienes con algún asomo de temor o de dificultad. Con “Una locura bastante razonable”,

---

<sup>20</sup>Juan Pablo II y *el orden social*/selección de textos Urbano Ferrer. Eunsa. Pamplona. 1981, 55.

García Huidobro nos entregó un estupendo material de pensamiento y praxis para nuestra vida diaria. Corriendo el riesgo de la exageración –aunque aquilatada por la asimilación de estilos del autor– en esa obra quizás nuestro medio tuvo oportunidad de descubrir a su propio G. K. Chesterton, o tal vez a un autor que ciertamente se ha puesto en la ruta de los grandes del pensamiento sustancial en una tierra de abundante y peligrosa opinología vacía, aun en ciertos ambientes tradicionalmente doctos. Si su “Una locura...” fue una verdadera e ingeniosa apología del sentido común, ahora nuevamente vuelve a la carga con un texto de nombre enigmático, que puede incluso titular una interesante novela. “El anillo de Giges...”, según la propia explicación del autor, toma su nombre de una historia narrada en *La República* de Platón, en que un pastor encuentra un anillo, que al poco tiempo descubre que tiene poderes insospechados. Lo torna invisible, y al verse como tal, comete una serie de fechorías que, tal vez para el mundo de hoy, lo transformen incluso en un modelo de utilitarismo digno de amar. Si ello ocurre, señala el autor, la ética está de más o es únicamente un pretexto para mantener a raya a los más fuertes. Con esta primera descripción del texto, resulta imposible no recordar la personalidad de Frodo el interesante personaje de la triple magna historia de J.R.R. Tolkien, “*El señor de los anillos*”, a quien García Huidobro hace referencia en algunos pasajes de su texto (págs. 189 y 190). Uno de los datos interesantes y atrayentes de “El anillo...” es que se trata de un texto que permite entender de manera esclarecedora, desde el primer capítulo, el problema del relativismo, puesto en el panel de la discusión universal y mediática, luego de la profunda alocución del Cardenal Joseph Ratzinger al inicio del cónclave de abril de 2005. Tan cierto es ello que el autor señala que “aunque el relativismo extremo está menos difundido, es posible que tenga más fuerza desde el punto de vista intelectual”, (página 31), meollo del problema denunciado en ese entonces por el actual Pontífice. García Huidobro también dedica largas reflexiones al pariente o aliado próximo del relativismo –el “emotivismo”– el que ciertamente le sirve de certero fundamento. A partir de ello, se analiza la particular visión de algunos autores que pretenden eximir de racionalidad a los juicios morales, reduciéndolos a meras consideraciones emotivas, como es el caso de Rawls. A partir de esa dialéctica necesaria para el conocimiento de la ética, el autor nos transporta al macroproblema del “fin del hombre” (págs. 51 y siguientes) en el cual llega incluso a sugerir, como dato ilustrativo de la cultura de hoy, alguna hilárica remisión a una famosa canción llamada “Satisfaction”. ¿Es acaso el placer el fin de la vida humana?, se pregunta e interpela Joaquín García Huidobro, frente a este himno del hedonismo. Y aunque fundamenta inmediateamente que quizás el grueso de la tradición filosófica respondería que no, al parecer la vida práctica de los hombres tiende a responder de manera contraria.

En el tema de las virtudes, para quien aspire a encontrar solamente un condensado resumen sinóptico de la célebre obra de Pieper, se equivocará profundamente. García Huidobro alcanza alturas notables cuando analiza el problema de la diversidad de las potencias y la condición atrayente de la virtud (“¿cómo puede suceder que aquello que los malos alumnos detestan sea elegido como compañía para el descanso de un académico?” (Páginas 65 y 66).

El catálogo cardinal del capítulo VII a primera vista motiva a navegar en aguas ligeramente conocidas, pero a fin de cuentas el lector sale fuertemente enriquecido y asombrado de la notable aplicación de la “razón práctica” al problema del ámbito de la templanza, que resultan sencillamente insondables.

En los tópicos de las normas morales y jurídico positivas es factible encontrar una de las exposiciones más notables que sobre la materia se hayan escrito en nuestro medio. Si bien a primera vista algún contradictor pueda replicar que se trata sólo de una aplicación orgánica de los temas tradicionales de la teoría clásica de las normas, la verdad es que se vería obligado a retractarse, puesto que el autor desciende magistralmente a niveles de interpretación de problemas que tradicionalmente son tratados de manera confusa e incierta por muchos académicos, pero que felizmente, y animados a analizar los capítulos VII y VIII de “El Anillo”, encontrarán la forma accesible de abandonar la superficialidad en el tratamiento tradicional de estos tópicos y terminen abrazando el sistema propuesto por el profesor García Huidobro.

El capítulo sobre “Ética y naturaleza” descuella manifiestamente. En metafísica, los conceptos de esencia y naturaleza resultan de una utilidad indiscutible. Y digo utilidad –arriesgando un sesgo empirista– porque de nada sirve estudiar la ética tradicional si no se asumen “in mens et in corde” los conceptos referidos. A partir del célebre tópico de la “indefinición del ser”, la naturaleza –tan vilipendiada por el positivismo lógico, sus ancestros y descendientes– aparece frescamente fortalecida entre las páginas 195 a 204. Tanto que quizás resulte factible encontrar un ligero guiño en el método de exposición a aquella vieja y potente pregunta referida a la “preeminencia ontológica de la pregunta que interroga por el ser” que durante 1986 y 1987 tuve oportunidad de analizar en la enseñanza media, a partir de algunas lecciones de “Ser y Tiempo” de Martín Heidegger.

En el capítulo XII se devela una interesante reflexión sobre “Dios en la Ética”, partiendo por una reseña del orden ontológico y práctico, repasando el acceso práctico a Dios, el problema del mal, donde destaca una frase estremecedora cuando afirma que “detrás del ateísmo y el agnosticismo, muchas veces se esconde una rebelión al problema del mal... La negación de Dios basada en la existencia del mal en el mundo tiene una gran fuerza persuasiva”.

Concluye el texto con una estupenda reseña bibliográfica, dividida en fuentes y bibliografía secundaria. La sola lectura de tan copiosa reseña de textos clásicos y modernos es motivo suficiente para agradecer al autor esta entrega y añorar prontamente una nueva invitación de Joaquín García Huidobro a encontrarnos con las causas primeras de los grandes temas del hombre.

CRÍSPULO MARMOLEJO

Cristián Antoine, *Mecenazgo y Patrocinio Cultural*. Editorial Ril. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005 (284 pp.)

Nos encontramos ante una obra realmente muy interesante que, desde una perspectiva doble, por una parte teórica y, por la otra, con una óptica práctica, estudia un tema tan relevante como es el de la filantropía en el terreno cultural, sobre el cual la bibliografía es ciertamente escasa.

Este libro se fundamenta en la tesis doctoral que el profesor Cristián Antoine presentó en su momento a la Universidad Complutense de Madrid, trabajo que mereció los máximos plácemes por la calidad de su contenido y por su oportunidad, en un momento en el que la filantropía ha adquirido un sesgo algo distinto a lo que usualmente se entendía bajo este término.

Dado que el autor ha utilizado como documentación la bibliografía existente en distintos países, su obra tiene un carácter cosmopolita y recoge tanto la dimensión latina, al igual que la anglosajona. Si partimos de la premisa que incide básicamente en el mecenazgo cultural, fundamentalmente de naturaleza empresarial, es evidente que en este campo debe contemplar las respectivas políticas públicas de la cultura que se aplican en ambas mentalidades. Es decir, en un caso la cultura debe recibir un apoyo substancial por parte de las instituciones públicas, lo que no excluye en modo alguno el creciente peso substitutorio o complementario del mecenazgo privado. En el otro, se parte de la idea que la cultura recae primordialmente en la responsabilidad de la iniciativa privada, cuyo paradigma se da básicamente en los Estados Unidos. Es decir, contar o no con la existencia de un Ministerio de la Cultura y con la competencia en cultura de las regiones y los municipios.

Ahora bien, la filantropía, tal como hoy la concebimos, tiene distintas acepciones: mecenazgo, patrocinio, esponsorización y fundación. El mecenazgo es la expresión clásica, pero actualmente en muchos casos se prefiere el término patrocinio, como lo atestigua el propio autor, que a menudo utiliza prioritariamente esta acepción, especialmente en la segunda parte de la obra. Pero aquí topamos con un riesgo conceptual, ya que el término "patrocinio" también se aplica al ámbito deportivo (con una práctica muy generalizada), y con unas características propias de la publicidad de recordatorio. Igualmente se aplica a determinadas formas de contratación de espacios o programas televisivos o radiofónicos.

Por otra parte, por lo menos en España, existe una clara decantación hacia el empleo de la expresión "esponsorización", como sinónimo, como consecuencia del término inglés "sponsor", aunque la traducción más habitual de esponsorización sea "sponsorship".

Conviene tener presente la gran importancia que en este terreno, aparte de otros muchos ámbitos, tienen las fundaciones, que el autor no incluye en su estudio.

Quiero destacar el capítulo dedicado a la evolución histórica del mecenazgo, realmente muy interesante y poco habitual en este tipo de estudios, lo cual debemos celebrar porque es un aspecto poco conocido y que a mi manera de ver es altamente ilustrativo.

Así, pues, el punto de partida del autor es cómo las empresas enfocan su política de mecenazgo cultural, no sólo en su dimensión constitutiva de promoción de una actividad o de una realización cultural, sino igualmente como, tal como lo denomina el autor, "un instrumento de comunicación empresarial", enfoque con el que coincide plenamente.

Con independencia de su mirada cosmopolita, es obvio que centra su interés en la realidad chilena, lo cual es perfectamente lógico. De todas formas, debo subrayar que dedica una atención especial a lo que acontece en América Latina en general, y en Brasil, Argentina, Venezuela, Uruguay y Colombia, en particular, países a los que consagra una especial atención.

Especialmente ilustrativas son las relaciones que establece, en el terreno empresarial, entre el mecenazgo y el marketing y la publicidad, que en las actuales circunstancias de las leyes que rigen el mercado deben mantener una especial relación en la óptica comunicativa de una empresa que, por las razones que sean, considera que el mecenazgo cultural debe formar parte de su política comunicativa, tal como sucede cada vez más en la práctica.

Un aspecto digno de mención en este contexto es la relación que formula entre la información periodística y el mecenazgo, como una necesidad perentoria del segundo de contar con la primera. Destaca el papel que en este terreno debe jugar el concepto acontecimiento, naturalmente cultural, capital para que se pueda generar un flujo informativo.

Esto nos lleva al papel constitutivo que tienen las relaciones públicas como instrumento y como medio esencial para el desarrollo de cualquier acción de mecenazgo cultural. Efectivamente, en mi opinión, el mecenazgo como objetivo, como actividad y en su parcela comunicativa, debe contar forzosamente con el concurso de las relaciones públicas. A través de ellas, la empresa mecenas o patrocinadora trata de conseguir la compensación intangible apropiada a su esfuerzo económico, y, a la vez, obtiene la imagen que busca de subrayar que tiene entre sus objetivos la promoción de la cultura.

Deseo destacar el interés intrínseco de la segunda parte de la obra, dedicada al modelo que propone de estudio del que llama patrocinio cultural, así como los modelos de análisis que expone. Su utilidad práctica es evidente y es un digno colofón de la primera parte, de un contenido más acusadamente teórico y conceptual.

El análisis que efectúa de distintas experiencias significa una aportación muy útil para conocer su objetivo, contenido, alcance y resultados. Efectivamente, toda política de mecenazgo cultural empresarial debe tener en cuenta todas estas premisas, porque aunque parte de una perspectiva digamos filantrópica, la misma requiere que, a su vez, produzca resultados prácticos y tangibles. Principalmente, en mi opinión, en materia de imagen, dimensión esencial de la valoración inmaterial e intangible de una empresa.

Tratar de la empresa como sujeto del mecenazgo cultural, sea directamente o a través de una fundación, significa que debemos concebir la filantropía, como he indicado antes, bajo la óptica del papel que juega en una sociedad de libre mercado, presidida por la concepción del capitalismo avanzado. Que no debería olvidar nunca el concepto de responsabilidad social –tema hoy de moda–, que como tal debe inevitablemente asumir.

Me parecen muy oportuno los cinco principios que enuncia de forma sucinta a título de colofón. Personalmente me hubiera gustado que hubiera incluido un sexto de naturaleza ética. No sólo porque la ética debe presidir todos los actos humanos, sino porque en una época en la que tanto se habla de la ética empresarial, ligar el concepto de ética de la filantropía con la misma, hubiese sido muy conveniente. Aunque no es aquí objeto de consideración, hubiese sido muy interesante analizar qué se entiende por ética en una perspectiva filantrópica, en su sentido más prístino, en relación con lo que se afirma que debe ser la ética empresarial y cuál es su aplicación práctica. Seguro será un tema que el doctor Antoine abordará en el futuro.

Quiero felicitar al autor por el magnífico trabajo realizado. Le animo a seguir en la investigación en este campo con un espíritu interdisciplinario. Me gustaría que se considerara su libro, en Chile y en América Latina en general, donde creo que el estudio de la filantropía no está muy extendido, como una obra de referencia obligada e insoslayable.

DR. MANUEL PARÉS I MAICAS\*

---

\*Universidad Autónoma de Barcelona.

Sergio R. Castaño y Eduardo Soto Kloss (Editores), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2005 (1.011 pp.).

La primera vez que se lee el índice de "*El Derecho Natural en la realidad social y jurídica*" resulta imposible no recordar el discurso con que el entonces Cardenal Joseph Ratzinger inaugurara el Cónclave destinado a elegir al sucesor del amadísimo Papa Juan Pablo II. En ese fervoroso y sólido discurso, el actual Pontífice Benedicto XVI sentenció que el nuevo Jefe de la Iglesia debería hacer frente a las ideas que sustentaban una verdadera *dictadura del relativismo*. En efecto, en los albores del siglo XXI se manifiestan progresivamente en nuestro medio intensas manifestaciones del poder de esa verdadera dictadura, que amenaza con enlodar las instituciones básicas de Occidente cristiano, pero que a la vez abre grandes desafíos para quienes desempeñan el apostolado de la vida académica. En tiempos en que la célebre frase de Rawls acerca de que "*los pueblos son morales, pero los Estados inmorales*", la aparición de "*El Derecho Natural en la realidad jurídica y social*", editada por los profesores Sergio R. Castaño y el Decano de Derecho de la Universidad Santo Tomás y gran iuspublicista, don Eduardo Soto Kloss, resulta claramente una buena y esperanzadora noticia para el ambiente que Ratzinger preveía en su discurso de inicios de abril de 2005. Se trata de una magnífica obra que compila sistemáticamente los artículos y estudios más notables sobre derecho natural escritos por 20 destacadísimos autores, que se hayan editado en Chile durante la última década. El título de la obra ya nos propone una visión esperanzadora: el Derecho Natural no es la entelequia meramente teológica o acientífica que muchos, infundada y otras veces ideológicamente, se han obstinado en motejar de manera simplista, sino que constituye ni más ni menos que la participación de la Ley Eterna en la criatura racional, que se desenvuelve en los ámbitos más preciosos de la propia realidad; esa dimensión (*res*) que es opuesta al idealismo o a la estructuración de sistemas ideológicos creados a propósito y cuya aplicación no resulta conforme a su naturaleza sino que proporcional a la fuerza de quienes la propenden.

"*El Derecho Natural en la realidad social y jurídica*" es una obra que compila 44 artículos de notable contenido, sistematizados en 13 temas: El fin del Derecho; El Derecho Natural; Derecho Natural y realidad social; Derecho Natural y Política; Derecho Natural y Derecho Constitucional; Derecho Natural y Derecho Administrativo; Derecho Natural y Derecho Internacional Público; Derecho Natural y Derecho Penal; Derecho Natural y responsabilidad y contratos civiles; Derecho Natural y derechos Humanos; Derecho Natural y vida humana; Derecho Natural y economía; Derecho Natural y familia. Como corolario de esta magnífica edición, la obra contiene tres documentos en un notable apéndice: Un artículo de Antonio Millán Puelles, un estudio de Tomás Darío Casares, concluyendo con el profundo y analítico "Autoridad Política y tradición", del recordado maestro nacional de metafísica, el Padre Osvaldo Lira.

Cabe destacar que hace muchos años que en Chile no se llevaba a cabo un esfuerzo compilador de esta envergadura sobre la materia, considerando que el texto cuenta con más de 1.000 páginas de interesantísimo contenido. Así, aun cuando la palabra *sistema* quizás no sea estrictamente tomista, es plausible arriesgar una calificación que catalogue el texto como la sistematización más acabada

que conozca nuestro medio, e incluso, iberoamericano, sobre el Derecho Natural contemporáneo.

Por ella desfilan reflexiones de notable rigor y profundidad, como las de Juan Antonio Widow, Joaquín García-Huidobro o Carlos Ignacio Massini, entre otros. Los destacados aportes del profesor Soto Kloss que, después de esta edición, su prestigio como administrativista doctísimo de nuestro medio y en el exterior se ve ampliado como uno de los grandes pensadores del Derecho Natural chileno. Se percibe una notable orientación al clásico problema del bien común en la política, como en el caso de los trabajos de Guido Soaje y José María Medrano. Hay aportaciones interesantísimas relativas a la economía, como en el caso del estudio del profesor Sacheri. La teoría de la Justicia se ve notablemente analizada en el texto de los profesores Casaubon y Tale. En materia de familia –temática tan severamente cuestionada y atacada por el ideologismo relativista– resaltan los trabajos de Mauricio Echeverría –a propósito del divorcio–, de Raúl Madrid –sobre el concepto jurídico de familia–, el de Eduardo Soto Kloss –sobre los derechos fundamentales de la familia y sobre la familia en el texto constitucional de 1980– y el de José Joaquín Ugarte, sobre la indisolubilidad matrimonial. La vida humana, valor esencial del orden jurídico natural, se ve enaltecida con las profundas reflexiones de Marcelo Álvarez Melinger, Mariano Morelli, Beatriz Reyes, Max Silva, y nuevamente del profesor Ugarte. Asimismo, el tema del orden internacional es estudiado por Sergio Castaño, Camilo Tale y Félix Adolfo Lamas. Del mismo modo, son de destacar los estudios de Miguel Ayuso sobre el poder y sus límites, y el de Héctor H. Hernández sobre la doctrina solidarista y los derechos humanos. En fin, no estamos en presencia de simples elucubraciones teóricas, sino que de verdaderas y sólidas reflexiones analíticas apoyadas en situaciones de realidad evidente y manifiesta, como aquella clásica sentencia del profesor Jaime Williams, en orden a que el iusnaturalismo propende a formar personas que razonen jurídicamente a partir de la “res” de diversa entidad. Tales aspiraciones se concretan plenamente en este volumen y, más aún, permite afirmar que la confusión que siembran los idealismos de corte ideológico en nuestro tiempo es ahogada por la proyección intelectual que genera esta obra. Cualquier profesor de teoría del derecho que enseñe en alguna Universidad chilena, argentina o iberoamericana inspirada en la Verdad debiera tener a la vista, y como material de trabajo académico, esta interesante obra de los profesores Castaño y Soto Kloss. Ciertamente que la contemplación de la realidad a la luz del Estagirita y el Aquinate es el mejor antídoto contra ese relativismo que el Papa Ratzinger denunciaba en su célebre discurso.

CRÍSPULO MARMOLEJO GONZÁLEZ

M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (15<sup>è</sup>. éd.) Dalloz. Paris. 2005 (974 pp.).

Ya en el volumen 25/26 (1979) de la Revista de Derecho Público reseñábamos esta obra en su séptima edición/1978, obra de obligado estudio para quien desee conocer el derecho administrativo francés, derecho que a pesar de tener ya varios campos

legislados, sigue teniendo una impronta jurisprudencial básica, gracias a la labor de suprema jurisdicción que es el Consejo de Estado (en su sección contenciosa).

Cierto es que dicho Derecho ya no cuenta con los grandes maestros de las décadas 50 a 70, como fueron Waline, Vedel, Rivero, De Laubadère y Eisenmann (de quien el autor de estas líneas fuera durante dos años alumno de sus cursos de doctorado, diversos cada año). Y ya dicho Consejo no es soberano, al modo como lo era en aquella época, puesto que debe necesariamente sujetarse en sus decisiones pretorianas al derecho comunitario; pero, aún así, sus *arrêts* siguen informando el derecho jurisprudencial en la materia.

De las 629 páginas de la v.gr. 7ª edición/1978 a las 974 de esta edición en papel biblia, hay la distancia de 41 años, período en el cual se advierte sin embargo que se conservan los grandes fallos clásicos, agregándose en los últimos 15 años temas como la primacía de las directivas comunitarias sobre los reglamentos (*Alitalia*/1989, 673-682) y del derecho comunitario sobre la ley (*Ass. Ornithologique*/1999, 812-821); la supremacía de los tratados internacionales sobre la ley (*Nicolo*/1989, 683-694); perjuicios a raíz de manifestaciones que perturban el orden público (*attroupements, Cofiroute*/1990, 695-702); responsabilidad de los servicios hospitalarios (*Epoux V.*/1992, 712-721); actos separables en las relaciones internacionales, extradición y actos de gobierno (*Royaume-Uni*/1993, 722-729); dignidad de la persona humana/lanzamiento de enanos (*Commune de Morsang-sur-Orge*/1995, 736-746); principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (*Koné*/1996, 747-754); derecho de la concurrencia (*Soc. Million et Marais*/1997, 764-778); primacía de la Constitución en el orden interno (*Sarran*/1998, 779-787); principio de imparcialidad (*Didier*/1999, 799-812); agrupaciones de interés público y su naturaleza jurídica (*Gip et Verdier*/2000, 822-828); référé o procedimiento de urgencia (*Commune de Venelles y Saez*/2001, 829-846); proceso justo (*Kress c/ France*, Corte Europea de derechos del hombre/2001, 847-859); retiro de actos administrativos (*Ternon*/2001, 860-871); responsabilidad del Estado y sucesión de regímenes políticos (*Papon*/2002, 882-894); circulares (*Mme. Duvignères*/2002, 894-904); responsabilidad del Estado por decisiones de jurisdicciones especiales (*Mme. Popin*/2004, 905-911); y efectos de la anulación jurisdiccional de actos administrativos (*Ass. AC et autres*/2004, 912-924).

Dada la recurrencia de casos que inciden en materias largamente decididas, es útil la obra para ver cómo se van atenuando el rigor de soluciones, se distinguen situaciones no previstas con anterioridad, se adecuan otras para conciliarlas con el derecho comunitario, se aplican soluciones equitativas a hechos nuevos y, en fin, se va aplicando caso a caso un derecho que trata de ser justo en el caso concreto, si bien no dejan de aparecer también decisiones que parecieran ser más formales que justas.

Siempre resulta de interés ver y analizar fallos de jurisdicciones extranjeras, pero tomando la debida distancia, teniendo presente que sus Constituciones son diferentes a la nuestra, y el derecho aplicado es bien distinto dada una legislación y un ordenamiento (que incluye el comunitario) enteramente diverso. De allí que siempre criticamos lo que llamo “injertos extranjerizantes”, que son, generalmente, obra de quienes copian sin advertir las diferencias muy grandes que presentan esos regímenes con el nuestro.

EDUARDO SOTO KLOSS



Figuroa Valdés, José Manuel, *La copropiedad inmobiliaria. Nuevo régimen legal* (2ª edición). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002 (reimpresión 204) (526 pp.).

De gran interés práctico, esta obra es una adecuada explicación, clara y sencilla, del régimen legal chileno que rige la copropiedad inmobiliaria, de acuerdo a las disposiciones de la ley 19.537 de 16.12.1997, y su reglamento DS (Minvu) N° 46, de 17.6.1998. Luego de un capítulo introductorio en que se aborda el aspecto histórico de nuestra legislación, la naturaleza jurídica y características de esta copropiedad, se analiza la constitución del régimen de esta copropiedad y su desafectación; su régimen de administración, sus órganos, quorums para sesionar, que es materia de gran relevancia práctica puesto que se refiere a las relaciones entre copropietarios; derechos de éstos sobre los bienes propios; los bienes de dominio común; los llamados “gastos comunes”; las modificaciones al condominio; los actos y contratos en este régimen de copropiedad: el reglamento de copropiedad, constitución y enajenación de derechos reales sobre unidades del condominio y contrato de seguro; se estudia la seguridad en el condominio, y los procedimientos (judiciales, extrajudiciales y administrativos) de solución de controversias en la materia; por último, se aborda el régimen de los condominios de viviendas sociales.

Un nutrido apéndice incluye la ley y reglamentos referidos, el reglamento tipo para los condominios de viviendas sociales, la circular 42/SII de 5.8.1999 para determinar porcentaje de derechos de copropietarios sobre cada unidad sobre los bienes de dominio común, y procedimiento operativo de revisión técnica de ductos colectivos de evacuación de gases e instalaciones de gas.

---

Guajardo Carrasco, Baltasar, *Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y jurisprudencia* (2ª edición). Librotecnia. Santiago de Chile. 2005 (295 pp.).

La responsabilidad médica es un tema de actualidad que ha cobrado relevancia especialmente entre nosotros a partir de la década de los años 80 en adelante y en la última década (1990-2000) respecto de las negligencias médicas ocurridas en hospitales estatales. La obra, en una perspectiva más bien descriptiva, estudia la responsabilidad médica civil contractual y extracontractual; en el primer caso, se analizan el contrato de prestaciones médicas en sus variados aspectos: naturaleza jurídica, efectos, obligaciones del médico, incumplimiento (culpa y error); la responsabilidad de los establecimientos, de los equipos médicos y de auxiliares; la prueba en el juicio civil; y la responsabilidad del

---

\*Sección a cargo del Profesor E. Soto Kloss.

Estado por sus Servicios de Salud, en sus variados aspectos. Hubiera sido de desear una mayor profundización en este último tema, dado el desarrollo doctrinario y los diversos casos judiciales habidos especialmente en Talcahuano y Concepción y que *Ius Publicum* ha dado a conocer en sus números 12/2004, 245-264 con comentario y 14/2005, 253-256 (*Torres Velásquez*), 14 cit. 235-251 (*Campillo Meñan*) y en este 16/2006, “el caso de las guaguas envenenadas” (*Parada Toloza y otros*)\*.

---

Guzmán Brito, Alejandro, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*. Thomson/Aranzadi. Navarra. 2005 (477 pp.).

Aun cuando pudiera pensarse que esta obra es propiamente materia de derecho privado y escaparía al ámbito del *Ius Publicum*, debe señalarse que incide en la historia del derecho y de temas que son institucionales y, por ende, interesa a todo jurista.

El profesor Guzmán no sólo se ha dedicado al derecho romano, disciplina en la que es, sin duda, autoridad indiscutida tanto nacional como internacional, sino también ha dedicado en la última década y media sus trabajos a la historia del derecho civil en la codificación de Bello y latinoamericana y a la historia, origen y evolución de instituciones claves de esa disciplina, como son v.gr. acto o negocio jurídico, la negocialidad jurídica tanto en el derecho romano como en las codificaciones americanas, los contratos, y la causa del contrato y de la obligación en los juristas romanos, medievales, modernos y en las codificaciones europeas y americanas, incluso la doctrina del gran jurista de la España imperial Luis de Molina (*De iustitia et iure*), como asimismo la “consideration” en Blackstone, entendida como un contrapuesto de la causa civil.

Una obra interesantísima para conocer la historia de las instituciones (acto, contrato, negocio, causa) que, si bien son estudiadas en el campo del derecho privado, han tenido una “coloratura” tan particular y específica en el derecho público, derecho que no gira sobre la base de la justicia conmutativa, como el derecho civil, sino sobre la distributiva (aún en materia contractual administrativa).

---

\*Vid. mi recuento en el tema en *Ius Publicum* 12/2004, 85-87.

I CHILE

Actualidad Jurídica - Universidad del Desarrollo, N° 13/2006.

Como tema central, las reformas constitucionales de la ley 20.050, con artículo de E. Andrades, R. F. Campusano, C. Cruz-Coke y L. Bulnes A. En su sección *Estudios*, de interés: Hacia un nuevo derecho de familia (P. Rodríguez G.); Legítimo contradictor en las acciones de filiación (H. Rosende A.); Crisis del sistema procesal tributario y derogación del art. 57 bis de la ley de impuesto a la renta (C. Blanche R.); Licitación pública: concepto, principios y tramitación (I. Aróstica M.); La función social del mercado de valores (F. Jppet E.); La agonía de ius publicum europeum (J. J. Vásquez M.) y Los reyes católicos y las instituciones jurídicas (E. Andrades R.).

---

Ius et Praxi - Universidad de Talca, N° 1/2005.

De interés: El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida (H. Corral T.); Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia (H. Nogueira A.); Sobre el decreto promulgatorio de la Constitución "En nombre de Dios Todopoderoso" (J. Precht P.), y El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno (G. Aguilar C.).

---

*Revista de Derecho* - Universidad Católica de Valparaíso, N° XXVI/2005.

Dedicada a las Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, destacamos: V. Bullmore - J. Mc Kinnon, El error de prohibición y la reforma del ordenamiento penal; J. Náquira R., Autoría mediata y tentativa; M. Garrido M., El documento, en especial el público o auténtico, en el ámbito penal; M.M. Ossandón W., Los delitos de obstrucción a la justicia; L. Rodríguez C., La función pública como objeto de tutela penal; R. Medina J., Reflexiones críticas sobre la reforma procesal penal; O. Romo P., La pericia médico-legal en el nuevo procedimiento penal, y O. Silva, El confesor como testigo en el nuevo proceso penal.

---

*Revista de Derecho Público* - Universidad de Chile, N° 66/2004.

Destacamos: Reflexiones sobre la manipulación constitucional (N. P. Sagués); El control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley por el Tribunal Constitucional (T. Ribera N.), Legalidad en la imposición de tributos, una mirada constitucional (D. Ibaceta - B. Meza); Crítica al concepto de orden público eco-

nómico (P. Masbernat - J. T. Hurtado); Subsidiaridad y Estado empresario, análisis crítico de la jurisprudencia (I. Covarrubias C.); La responsabilidad del Estado juez, revisión y proyecciones (C. Carmona S.); Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de responsabilidad extracontractual de la Administración (L. Cordero V.); Cuestiones generales sobre regulación administrativa (C. Moraga K.), y La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y su necesaria modelación legal sus presupuestos (C. Román C.).

---

*Revista Chilena de Derecho* - Universidad Católica de Chile N° 2/2005.

Destacamos: Principios informadores del derecho de familia chileno, formulación clásica y revisión moderna (C. Domínguez H.), Criterios para la calificación de normas orgánico-constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (A. Buchheister R. - S. Soto V.) y Bases para un debido proceso tributario (J. Tapia).

---

*Derecho Mayor* - Universidad Mayor/Sede Temuco, N° 4/2005.

De interés: El control del poder político: examen y juicio crítico (M.A. Fernández); Testigos protegidos en el proceso penal (A. Chiffelle M.); Protección constitucional de la libertad económica, notas y reflexiones (G. Cuevas F.); El derecho a la vida y la pastilla del día después, análisis doctrinario y jurisprudencial (A. Iñiguez M.); Indigenismo radical en América Latina (A. Benavente U.) y Descentralización y desarrollo local / regional (H. Von Baer).

---

*Tradición y Saber* - Universidad Bernardo O'Higgins, N° 2/2005.

De interés, Globalización y antiglobalización: los nuevos rostros del dios Jano (V. Aguilera A.); El "derecho" de intervención (C. Garay V.); O'Higgins y las sociedades secretas (M. Ramírez E.); Extranjeros nacionalizados por gracia (J. G. Prado O.), y El feminismo en la política chilena (J. Etchepare J.).

---

*Ars boni et acqui* - Universidad Bernardo O'Higgins, N° 1/2005.

Esta nueva revista de derecho publicada por una universidad privada trae un material variado y de real interés; destacamos: Reforma el estatuto constitucional de las Fuerzas Armadas (J. Van de Wyngard M.); La frontera marítima entre Chile y Perú (H. Llanos M.); El contrato de servicio de tiempo compartido (M. J. Herrero G.); El concepto de familia en Roma arcaica (C. Amunátegui P.); *Receptum argentarii*, notas sobre las garantías abstractas en el derecho romano y justinianeo (P. I. Carvajal R.), y El objeto del derecho del trabajo y su extensión (C. Poblete J.).

## II EXTRANJERO

*Revista de Derecho* - Universidad de Montevideo/Uruguay, N° 7/2005.

De interés: La vida, principal bien jurídico a defender (B. Duhagon); Derecho público y derecho privado ¿dicotomía o falsa autonomía? (C. Guariglia); La vuelta al derecho administrativo (J. Rodríguez Arana); La razonabilidad como parámetro de decisión en los fallos jurisdiccionales (H. del Delpiano).

---

*Anuario del Derecho Administrativo* - Fundación de Cultura Universitaria/ Montevideo, Tomo XI/2002-2003.

Clásica obra dirigida por los profesores Brito y Rotondo, que contiene artículos de doctrina, jurisprudencia comentada, legislación, bibliografía y el sumario de jurisprudencia (sistematizada, pp. 204-798). Contiene de interés, El principio de igualdad en el procedimiento de licitación pública (M. Beau); Renegociación de las tarifas de los servicios públicos concedidos (C. E. Delpiazzo); Autoridades reguladoras independientes en el marco de liberalización de los servicios públicos (R. Ferrés); Concepto, naturaleza jurídica de los principios generales de derecho y su jerarquía normativa (algunas consideraciones iniciales sobre el tema (A. Prat - P. Montano). En sección *Jurisprudencia* destacamos, prohibición de fumar (nota de J. A. Pisano) y en *Legislación*, comentario a ley sobre prohibición de expendio de bebidas alcohólicas en determinados lugares y horarios (J. A. Pisano).

---

*Estudios de Derecho* - Universidad de Antioquía/Medellín - Colombia, N°s 137/2003, 138/2004 y 139/2005.

De interés en el N° 137: La función normativa de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios (M. A. Montoya - A.V. Vásquez); ¿Se puede proteger la familia en el derecho penal? (J. González) y ¿Es la propiedad un derecho fundamental? (R. Ochoa). Del N° 138 destacamos Tendencias actuales de la justicia restauradora (E. Larrauri); Guerra y desaparición forzada (G. Gallego/N. Fernández); La lucha contra el terrorismo: entre el miedo y el olvido (J. González); Influencia de la bioética en la teoría del derecho en Colombia, el consentimiento informado (L. M. Restrepo). Dopaje y deporte (S. L. Etcheverry). Del N° 139, Responsabilidad extracontractual por la función del control del Estado en Colombia (Gil Neira - Vélez Upegui); Tres sentencias del Tribunal Constitución y honor de los particulares frente al periodismo (J. A. García Amado); Responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por actos terroristas (E. Gil Botero).

*Prudencia Iuris* - Universidad Católica Argentina/Buenos Aires, N<sup>os</sup> 57/2003 y 58/2004.

Dedicada el N<sup>o</sup> 57 al derecho penal, destacamos: La criminalidad organizada (A. Castaldo); Blanqueo de capitales (M. S. Meinke); Derechos fundamentales y constitucionalismo penal (C. A. Mahiques); La responsabilidad de la persona jurídica en el derecho italiano (M. Ronco); El secreto profesional médico (F. M. Caunedo y M. Gorostiaga). De interés en el N<sup>o</sup> 58, Garantías de la libertad e internación de enfermos mentales (J. A. Álvarez); El nombre y la protección de la identidad (M. Oyarzábal); Cooperación jurisdiccional contra el tráfico internacional de niños (M. S. Najurieta).

---

*Lecciones y Ensayos* - Universidad de Buenos Aires/Argentina, N<sup>o</sup> 80/2004.

Destacamos: El carácter indócil de la política (O. M. Fiss); Derechos subjetivos y derechos colectivos: similitudes y diferencias (A. Gil); El concepto de "acusación" en la Constitución Nacional (H. V. Gullco); La circulación de futbolistas en el sistema de integración europea (H. Jacquemin - C. Poullet); El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (R. Ariza); La paradoja del derecho de resistencia (M. L. Piqué - A. M. Sember); La Virgen en los tribunales, un ensayo sobre la tolerancia de los minorías (D. M. Papayannis).

---

*Cuadernos de Medicina Forense* - Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación/Buenos Aires, N<sup>o</sup> 1/2004 y 2-3/2005.

Destacamos del N<sup>o</sup> 1: Los síndromes psiquiátricos (A. Donnes - R. Godoy); Drogas en pelo: sus alcances y limitaciones (A. M. Perkins - O. Locani - J. Lorenzo); Juan de Austria, estudio de su enfermedad final (M. Seoane - A. Maccagno - R. Sotelo); La bioética de la perspectiva filosófica del personalismo ontológicamente fundado (E. Canonaco). Del N<sup>o</sup> 2/3: La autopsia médico-legal (F. Trezza, O. Losseti, I. Patito); La violencia (E. N. Taylor): Algunas reflexiones sobre la pedofilia y el abuso sexual de menores (J.C. Romi, L. García Samartino).

---

*Revista Jurídica de Buenos Aires* - Universidad de Buenos Aires/Argentina, vol. 2005.

De interés: El acceso de la justicia administrativa en Alemania (J. C. Pielow) y Argentina (J. C. Cassagne); El derecho administrativo frente a procesos de integración en Brasil (C. A. Bandeira de Mello) y Uruguay (M. Brito); Los entes reguladores (A. Bianchi); La contratación pública en el espacio económico europeo (F. Moderne), en el MERCOSUR (J. A. Sáenz); El alcance del control judicial de las políticas públicas (T. R. Fernández); Principio de legalidad, discrecionalidad y arbitrariedad (T. Hutchinson); Control judicial de las políticas públicas (H. Mairal) y Función pública y corrupción (A. Nieto).

*Dereito* - Universidad de Santiago de Compostela/España, N° 1 y 2/2003, 1/2004.

Destacamos del N° 1: La libertad de imprenta en las Cortes y en la Constitución de Cádiz de 1812 (J. J. Fernández); El valor dignidad (M. Otero); El consentimiento informado (F. Puy); La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público (M. Carballo). Del N° 2, El ombudsman en los estados democráticos (M. A. Osorno); Vigencia de la filosofía del derecho de Legaz Lacambra en el siglo 21 (F. Puy); Ponderación y reglas de derechos fundamentales: dos enemigos conciliables (S. E. Rodríguez). Del N° 1/2004 destacamos: La problemática del concepto constitucional de tributo (C. García Novoa); El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico (A. Nieto Alonso); El valor solidaridad en la constitución española de 1978 (M. Otero Parga); Constitución, principios, valores (A-C. Pereira-Menaut); A propósito de la cláusula final de la constitución (F. Puy Muñoz); La libertad de cátedra en la ley orgánica de universidades, 6/2001 (S. E. Rodríguez B.); Antecedentes jurídico-políticos de la organización territorial de España (C. Rovira) y Concepto constitucional de tributo (P. Yebra).

---

*Anales de la Facultad de Derecho* - Universidad de La Laguna/España, N° 21/2004.

Destacamos: Historia de las reivindicaciones nacionalistas vascas, el “plan Ibarretxe” (I. Expósito - S. E. Franco); El llamado “delito informático (M. E. González); Algunas peculiaridades del proceso penal de menores (J. P. Rodríguez Pérez), y Ocupación, hallazgo y tesoro (M. E. Sánchez Jordán).

---

*Anuario de la Facultade de Dereito* - Universidad de la Coruña/España, N°s 7/2003 y 8/2004.

Dentro de una variedad temática y con más de 30 artículos, destacamos en el N° 7 en lo que interesa al derecho público: La videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico (A. Aba Catoira); El cauce y las orillas de los ríos públicos en derecho romano. Visión interdictal y jurisprudencial (J. M. Albuquerque); *lus commune* v/s *commun law* en el siglo 17: el caso de A. Duck (F. J. Andrés Santos); Servicios públicos y ciudadanos: el usuario ante el nuevo servicio público (G. Barrio García); Concurrencia de los derechos penal y administrativo en la tutela del ambiente (J. A. Brandariz); El derecho a no declarar las creencias en materia de educación (J. Ferreiro); Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar (S. García Vásquez); La libertad religiosa en la nueva Europa. Valoración macrocomparada (G. M. Morán); Nuevas claves del Estado de bienestar (J. Rodríguez-Arana); Resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción (J. Valeije). Del N° 8, de interés: La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, con especial referencia a la valoración del derecho comunitario (P. Álvarez); Los principios de protección de datos genéticos y la declaración de Unesco (A. Cambrón); La *licentia docendi*, comienzo y desarrollo de la carrera uni-

versitaria (E. Cebreiros); Derechos humanos y corrupción administrativa (A. Durán); Derechos sin espacios: derecho romano, *ius commune* y derecho común europeo (A. Fernández Barreiro); ¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la bioética contemporánea (C. J. Massini); Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos (J. L. Meilán Gil); Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria (R. Mentxaca); Identidad cultural europea (G. Morán); El financiamiento de las vías públicas romanas (U. Ponte); Estado social versus aldea global (J. Ruipérez); Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español (J. Tajadura).

---

*Direito e Justicia* - Universidad Católica Portuguesa/Lisboa, N<sup>os</sup> XVII/2003 y XVIII/2004.

De interés: *vol XVII*, El control comunitario de las concentraciones de empresas y los intereses legítimos de los Estados miembros (G. M. Borges) y Medios procesales expeditos en el combate del crimen organizado (G. M. da Silva). Del *vol XVIII/2004*, de interés, Algo mejor que la desacralización de la pena kantiana, protagonismo de las víctimas (A. Beristain); El futuro del "derecho moral"/derecho de autor (Oliveira Ascensao); Consideraciones sobre el derecho de denuncia/amnistía (A. Taipa de Carvalho). Del *volumen especial 2004*, se destacan estudios sobre prisiones, penas y reinserción social de condenados.

---

*Icade* - Universidad de Pontificia de Comillas/Madrid, N<sup>os</sup> 60/2003 y 63/2004.

Dedicada al consumo, de interés: Raíces del consumismo actual (F. Gómez); El consumo visto desde la antropología (A. Tornos); El nuevo y el viejo derecho de contratos (M. Yzquierdo - M. Cuevas - C. Sorzan y C. Segura); Los impuestos que gravan el consumo, últimas tendencias (R. Casero); El consumidor y su entorno (C. Vela y C. Ballesteros). El N<sup>o</sup> 63 se dedica a conmemorar el V<sup>o</sup> centenario de la muerte de Isabel la Católica, la celeberrima reina de Castilla y protectora de los nativos de las Indias Occidentales; entre 11 trabajos, destacamos: Los dos cuerpos de la reina. Isabel la Católica en la historiografía constitucional moderada (F. Martínez Pérez); Reyes, príncipes y privados en la Castilla del siglo XV (J. M. Calderón Ortega); Un enigma: la obra de Montalvo y los Reyes Católicos (M. J. López Díaz); Una visión sobre el testamento y Codicilo de Isabel la Católica (B. Sáez de SM.); Los Reyes Católicos y el establecimiento de la Inquisición (J. A. Escudero); El mundo económico de Isabel la Católica (M. A. Ladero Quesada), y La economía en los tiempos de Isabel I la Católica (D. C. Morales Muñoz). Del N<sup>o</sup> 64 dedicado a empresa y ética: Ética empresarial ¿hasta dónde hemos llegado? (H. van Luijk); Globalización y ética (J. Marchesi); Ética empresarial: enseñanzas claves de la Iglesia Católica (D. Melé Carné); La economía solidaria, empresa y economía al servicio de las personas (C. Ballesteros); Justicia en la empresa sanitaria (J. Conill Sancho) y La ética en el uso de la información privilegiada (A. M. Arroyo y E. Vaquero).

*Debates de Actualidad* - Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 195/2005.

De interés: La invocación del principio de supremacía y del estado de necesidad en los arbitrajes internacionales ante el CIADI (A. R. Dalla Vía); A diez años de la reforma de la Constitución Nacional y derechos de los indígenas (F. Justiniano Robledo); comentarios a más de 10 fallos de la Corte Suprema de la Nación, por diversos autores; y la sección habitual de síntesis de los principales fallos de dicho tribunal en 2004, en materia constitucional.

---

*Revista Bérit Internacional* - Instituto de la Familia/Universidad Santo Tomás, N° 5/2006.

Destacamos de la sección *Estudios*: La aportación de Karol Woytila a la filosofía de la persona (A. Lobato); La familia como factor de equilibrio personal y social (M. Otero Parga); La familia, notas sobre su juridicidad (E. Soto Kloss); La familia, valor permanente (J. Ginés O.). De la sección *Magisterio*, de interés tres alocuciones de S. S. Benedicto XVI (La nueva evangelización a inicios del tercer milenio, Meditación sobre el Himno a Cristo, de San Pablo, y Mensaje al Encuentro de Civilizaciones de Turquía), y documentos del CELAM, y la Carta pastoral a las familias de la CE de Chile. Diversas noticias sobre la familia en el mundo concluyen el volumen.

---

*Información Pública* - Universidad Santo Tomás, vol. III, N° 2/2005.

Publicación de la Escuela de Periodismo, de perfecta regularidad, destacamos de interés: Al Hurra, participación activa de los medios en el diseño de la seguridad nacional (J. L. Manfredini); Los vínculos entre el poder y las empresas periodísticas ¿en qué estado se encuentran los medios? (P. Wagner - J. Messina); Violencia, juventud y cámaras ocultas. Una mirada sobre la distorsión hecha realidad (M. Mendoza P.); El Estado mediático (J. Esteinou M.) y Periodista informador o periodista intérprete ¿cómo se forma hoy? (K. Muñoz - S. Celedón). Secciones Crónicas, Entrevistas, Documentos, Dossier y Reseñas completan el volumen.

---

\*Sección a cargo del Profesor E. Soto Kloss

