

IUS PUBLICUM

Nº 30 / 2013



Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

IUS PUBLICUM

Nº 30 / 2013

Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998
ISSN 0717- 4063

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

IUS PUBLICUM

Publicación semestral de la Escuela de Derecho
Universidad Santo Tomás

DIRECTOR:

Prof. Eduardo Soto Kloss

CONSEJO CIENTÍFICO:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

Prof. Aníbal Rodríguez Letelier

REPRESENTANTE LEGAL:

Patricio Cepeda Silva

Redacción y Administración de Ius Publicum
Avenida Ejército 146 - 6° piso - Edificio Rectoría
Santiago de Chile
teléfonos 2471 7663 - 2362 4825 • fax 2360 1376
e-mail: sotokloss@santotomas.cl

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

Extranjero aéreo certificado: US\$ 50.

Ejemplar suelto: \$ 10.000.

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

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

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

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

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

Vol. 15 N° 30

MARZO 2013

ÍNDICE

ESTUDIOS

CAMILO TALE: <i>La justicia distributiva</i>	11
JERÓNIMO MOLINA CANO: <i>Diego Saavedra Fajardo, realista político. Una invitación a los estudios saavedrianos en Chile</i>	27
SERGIO RAÚL CASTAÑO: <i>Gobierno del pueblo y legitimidad democrática. Diálogo crítico sobre ciertas ideas dominantes</i>	39
MIGUEL AYUSO: <i>Más allá de Cádiz</i>	59
JORGE H. SARMIENTO GARCÍA: <i>Algo sobre el neomarxismo</i>	65
MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO: <i>La vivencia de la comunidad en el acompañamiento personal</i>	71
GABRIEL BOCKSANG HOLA: <i>El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público</i>	85
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente</i>	107
DOMINGO VALDÉS PRIETO: <i>Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia</i>	125
EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO: <i>¿La encrucijada iraní? o ¿es la encrucijada de Occidente?</i>	155

CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas: ESTHER GÓMEZ, GONZALO LETELIER</i>	171-177
---	---------

DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI: <i>Audiencias generales - Discurso a los participantes en la plenaria del Consejo Pontificio Justicia y Paz - Artículo para el periódico británico "Financial Times" - Discurso a la Curia Romana con motivo de las felicitaciones de Navidad - Homilía Solemnidad de la Natividad del Señor. Misa de Nochebuena - Última Audiencia general. CARDENAL JORGE MEDINA ESTÉVEZ: Desnaturalizaciones de la fe. MONSEÑOR LUIGI NEGRI: La presencia diabólica en la mentalidad contemporánea. SAMUELE CECOTTI: El deber fiscal según la doctrina católica (Trad. Beatriz Reyes Oribe de Castaño). HERMÓGENES PÉREZ DE ARCE: ¿Quién fue Atilio Zambrano?</i>	181-223
--	---------

ACTUALIDADES

I. <i>Cuando la prepotencia se viste de derecho</i>	227
II. <i>Lo sagrado, he ahí el enemigo</i>	255

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES

C. E. DELPIAZZO, <i>Derecho Administrativo General</i> (Eduardo Soto Kloss) ...	279
AA. VV., <i>La Contraloría General de la República, 50, 75 y 85 años de vida institucional. 3 volúmenes</i> (Eduardo Soto Kloss).....	280
JARY LETICIA MÉNDEZ MADDALENO, <i>La Constitución como proceso político</i> (Eugenio Pérez de Francisco).....	285
RESEÑA DE LIBROS	287
RESEÑA DE REVISTAS.....	291
EDICIONES IUS PUBLICUM	297

ESTUDIOS

LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

*Camilo Tale**

SUMARIO: I. Introducción. II. Materia de la justicia distributiva. III. Sujetos obligados. IV. El principio de la justicia distributiva. V. La justicia distributiva, ¿es justicia en sentido estricto? VI. La “acepción de personas”. VII. La realidad de la injusticia distributiva. Su dramática extensión. Sus causas. VIII. La asignación de cargos públicos. 1. El criterio del mérito. 2. El criterio del bien común. IX. El voto para los cargos electivos.

*“Otro desorden que hay, que vi debajo del sol;
causado como por error del príncipe;
El tonto e indigno está en puestos altos y en dignidades honrosas,
y los más aptos están debajo de sus pies”.*
(Ecl. X, 5 ss.)

I. INTRODUCCIÓN

La persona es parte de la Comunidad. Existen relaciones entre las partes y también relaciones entre el todo comunitario y sus partes. Así como la justicia rige relaciones de la primera clase (por ej. en los contratos y las indemnizaciones), así también hay una justicia que rige las relaciones entre la Comunidad y cada uno de sus miembros, la cual en realidad es doble, porque está lo que debe dar la Comunidad a cada uno de sus miembros, y está lo que éstos deben dar al todo social. Lo primero es objeto de una especie de justicia, denominada “distributiva”, y lo segundo es materia de otra especie, que ha sido designada clásicamente como “justicia general”.

En el ejercicio de sus funciones propias los gobernantes y las autoridades públicas subalternas tienen deberes de justicia de cada una de las dos clases mencionadas. Deben ellos procurar la conservación y aumento del bien común y que todos cumplan lo que se ha prescrito en orden a ese fin (esto es, de la “justicia general”), pero también deben procurar

*Profesor de filosofía del derecho y derecho civil. Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Católica de Cuyo.

que los ciudadanos participen de los beneficios comunes, en la medida en que cada uno lo merezca (esto es, de la justicia distributiva).

Surge una dificultad: La justicia consiste en “dar a cada uno lo suyo”; ahora bien, que se da a uno “lo suyo” se ve muy claro en el cumplimiento de un contrato, y en el pago de un resarcimiento al damnificado; pero en el caso de las distribuciones públicas, no parece que se dé a un ciudadano lo que ya es suyo, sino que se le adjudica algo nuevo, se le otorga algo que hasta ese momento no le pertenecía a él, sino a la Comunidad. A la objeción expuesta se responde que entre el todo y la parte correspondiente no hay distinción absoluta, sino la distinción que en lógica se denomina “distinción menor”, porque el todo coincide parcialmente con la parte. Por esto, lo que es del todo *en cierto modo* es de la parte, y por consiguiente, *cuando se distribuye algo de los bienes comunes entre los miembros, recibe cada cual en cierto modo lo que es suyo*¹.

II. MATERIA DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La justicia distributiva se refiere a la distribución de los bienes comunes entre los miembros de la asociación política. No se trata de cualesquiera bienes comunes, sino de aquellos que por su índole son distribuibles (*bonum commune ut distributum*), como es, por ej., el dinero (*v.gr.*, en forma de becas para investigaciones científicas), los cargos judiciales y demás puestos públicos², los premios públicos, los honores públicos (condecoraciones, títulos honoríficos, ascensos a categorías superiores, placas de homenaje, otros homenajes, etc.).

La aprobación de asignaturas en universidades, las calificaciones en los exámenes y las graduaciones académicas también se regulan por esta especie de justicia, aun cuando sean otorgadas en establecimientos educativos privados, en tanto las calificaciones permiten obtener luego diversos beneficios públicos, como por ej., becas otorgadas por el Estado, puestos públicos, posiciones en concursos públicos para adjudicar cargos, etc. Además, las graduaciones son obtenciones de títulos por las cuales las personas están habilitadas para el ejercicio de profesiones y cargos en la Comunidad, con preferencia a otras que carecen de tales títulos.

¹Tomás de Aquino, *Summa theol.*, II-II, 61, 1 ad 2.

²Si bien los cargos son *de suyo* principalmente “cargas”, o sea, obligaciones y afanes en beneficio de la Comunidad, de hecho su posesión lleva anejas muchas utilidades. No nos referimos sólo al sueldo con que se retribuye su ejercicio, que puede ser más o menos elevado, sino también los beneficios sociales anejos (*v.gr.* la calidad de los servicios médicos mutualizados), el prestigio y los honores propios del cargo, el poder social que confiere, el valer como antecedente para el ejercicio de mejores cargos en el futuro, la oportunidad de poner en práctica ideas, un mejor régimen jubilatorio...

Siempre lo que se distribuye consiste en bienes escasos. El todo a distribuir es agotable y por ello a unos se les da y a otros no, o se da distinta cantidad a unos y a otros, y para que ello se haga con justicia es menester fijar criterios razonables de distribución y atenerse a ellos.

Con respecto a los honores podría objetarse que ellos no son escasos. Pero si bien se mira, también hay al respecto un todo escaso, porque aunque de hecho podrían conferirse, por ej., condecoraciones en número ilimitado, perderían por ese mismo hecho su valor de condecoraciones. Algo análogo ocurre con las calificaciones.

También hay ciertos beneficios que deben dispensarse a los miembros de la sociedad, no ya por causa de los méritos personales de cada uno, sino por el mero carácter de miembros. Tales beneficios son la administración de justicia, la vigilancia policial, la asistencia sanitaria de urgencia...

En lo que concierne a la distribución de dinero, cosas y servicios a quienes se hallan en situación de indigencia (v.gr., subsidios a ancianos carentes de ingresos, viviendas a familias pobres, sostenimiento de hospitales públicos y escuelas públicas, etc.), la razón por la que se dan estos beneficios no es el mérito de quienes los reciben, ni su mero carácter de miembros de la Comunidad, sino su situación de indigencia; por ello estas distribuciones no pertenecen a la "justicia distributiva", sino a otra especie que desde hace mucho se denomina "justicia social".

En lo que respecta a la Iglesia, las designaciones y distribuciones (por ej., el nombramiento de prelados) se rigen también por esta especie de justicia, porque se trata de una persona colectiva pública. La injusticia distributiva en este ámbito puede ser aun más grave que en la esfera de la sociedad política, porque la distribución, aunque sea de cosas temporales, se vincula directamente con bienes espirituales³. El derecho canónico, mientras rigió el Código de 1917, fue el único sistema jurídico que conocemos que ha contenido una norma explícita y *general* que prescribe el principio de la justicia distributiva: "§ 1. El que haya de ser promovido a un oficio vacante debe ser clérigo y poseer aquellas cualidades que por derecho común o particular o por ley de fundación se requieren para tal oficio. § 2. Escójase, una vez ponderadas todas las circunstancias, *al más idóneo, sin acepción alguna de personas*" (can. 153)⁴.

³II-II, 63, 2 c.

⁴"§ 1. *Ad vacans officium promovendus debet esse clericus, iis qualitatibus praeditus, quae a iure communi vel, particulari aut a lege foundationis ad idem officium requiruntur. Assumatur, omnibus perpensis, magis idoneus sine ulla personarum acceptione.* § 2. *Ad officium vacans assumatur, omnibus perpensis, magis idoneus, sine ulla personarum acceptione*" (*Corpus Iuris Canonici*, can. 153, 2). En cambio, el Código actual, promulgado en 1983, establece: "Para que alguien sea promovido a un oficio eclesiástico, debe estar en comunión con la Iglesia y ser idóneo, es decir, dotado de aquellas cualidades que para ese oficio se requieren por el derecho universal o particular o por la ley de la fundación" (can. 149 § 1); véase que no expresa el requisito del *más idóneo*.

En cambio, la distribución de las cosas privadas no pertenece a la justicia distributiva. En cuanto a la dispensación de las cosas comunes de los entes colectivos (por ej., asociaciones) entre sus miembros, no se incluye en la justicia distributiva en sentido estricto, referida a la Comunidad Estatal, de la cual tratamos en este artículo.

III. SUJETOS OBLIGADOS

La Comunidad entera, y sus representantes los gobernantes, y también los funcionarios públicos, son los sujetos vinculados por los deberes de justicia distributiva. La justicia distributiva es una virtud, y la injusticia distributiva es un vicio, que residen principalmente en las autoridades políticas supremas (*potissimum in principe*). El gobernante debe abstenerse de proyectar y ejecutar las distribuciones como si se tratase de una cosa propia, y debe hacerlo como administrador de los bienes comunes (*dispensator bonorum communium*). De la misma manera debe conducirse todo funcionario público, cuando deba realizar alguna distribución.

También son sujetos de esta especie de justicia los mismos ciudadanos, en cuanto ellos deben estar contentos con la justa distribución que se haga, y no pretender más de lo que cada uno de ellos merece⁵ y tampoco aprovecharse de las injustas distribuciones que se efectúen, a costa de otros conciudadanos manifiestamente más merecedores. Asimismo, los ciudadanos están sujetos al deber de justicia distributiva en el acto del sufragio, para la designación del presidente, el gobernador, el intendente, los diputados, senadores, concejales y demás autoridades políticas electivas.

Los ciudadanos, en la medida de lo posible, deben votar a los candidatos según la capacidad y honestidad que éstos parezcan tener, la relación entre las propuestas que expresan y el bien común político, la credibilidad que merezcan, el modo como desempeñaron antes funciones públicas, su conducta pasada en general y también su grado de patriotismo. A la hora de elegir a nuestros diputados y senadores, es importante, además de tener en cuenta las cualidades intelectuales y las propuestas que expresan, mirar quiénes son *los más argentinos*.

IV. EL PRINCIPIO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La justicia en las distribuciones consiste en una *proporción* entre los méritos personales de cada uno y aquello que se le atribuye⁶. Expresa Santo Tomás: “Lo debido por el todo a la parte es mayor cuanto mayor

⁵*Summa theol.*, II-II, 61, 1 ad 3.

⁶II-II, 61, 2 c.

es la excelencia o superioridad de tal parte en el todo [...]. De ahí que en la justicia distributiva no se determine el medio según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas, de tal modo que en el grado en que una persona excede a otra, la cosa que se le dé debe exceder a la cosa que se le dé a esotra". Así por ej., en un determinado concurso literario municipal se adjudica el primer premio al autor de la mejor obra, conforme al juicio del jurado, una mención de honor a los tres siguientes, y los restantes no reciben nada.

Así como en la justicia conmutativa el principio rector es la igualdad o equivalencia, aquí el principio es la desigualdad: a quien más merece, se le da más. En las justas distribuciones también rige la igualdad, en cuanto "debe tratarse igualmente lo que es igual", de modo que los que tienen los mismos méritos deben recibir lo mismo.

Pero además de la referida proporción, es menester que haya *correspondencia* entre el mérito de uno y el beneficio que recibe⁷. Por ello no es razonable designar a una persona en un cargo público por el hecho de que sea el menos inepto; se requiere una aptitud mínima. Análogamente, en el ejemplo del certamen literario, no basta que la obra sea la menos defectuosa de las que se presentaron, sino que debe tener una calidad mínima para que se le adjudique el premio, pues en caso contrario ese premio debe declararse "desierto". En conclusión, la justicia no se cumple con la sola proporción entre las cosas que se dispensan y los respectivos méritos de quienes las reciben, sino que además debe haber correspondencia entre el mérito del beneficiario y la cosa asignada.

V. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA, ¿ES JUSTICIA EN SENTIDO ESTRICTO?

En las distribuciones públicas hay, por lo dicho, justicia e injusticia. Se trata de una especie de justicia diferente de aquella que rige los contratos, porque no se debe del mismo modo en un caso y en otro. En efecto, *de un modo se debe a alguien lo que es común, y de otro modo lo que le es propio*⁸. En lo justo conmutativo lo debido es algo que debe darse a alguien porque *ya le pertenece*, en virtud de que le fue prometido en el contrato, o en virtud de que lo tenía antes de sufrir la acción dañosa

⁷Cfr. Mariano Aramburo, *Filosofía del Derecho*, Instituto de las Españas en los EE.UU. Nueva York. 1924, t. I, 325 s.

⁸II-II, 61, 2 ad 5.

"Mediante la justicia distributiva, tiene lugar esa comunicación vital que ha de fluir del todo social a las partes de la sociedad *en cuanto partes de ella* precisamente. Es decir, que el beneficio debido a un individuo como miembro de la Nación *no se le debe a él sólo, sino que se le debe a la Nación en él*" (María Ángeles Galino Carrillo, *Los tratados sobre educación de príncipes*, Instituto San José María Calasanz. Madrid. 1948, cap. 9).

(en el caso de la indemnización). En cambio, en la justicia distributiva lo debido es algo *que le corresponde* a alguien por sus merecimientos, y que por ello puede exigir que le sea dado.

En el ámbito de la justicia distributiva hay un *ius suum*, en el sentido de que se trata de algo que puede ser rigurosamente exigido por el interesado. Por ello se trata de un deber de justicia propiamente dicho; los deberes de justicia distributiva no son “meros deberes morales”, como son los de gratitud, cortesía, generosidad, etc., sino genuinos deberes de justicia.

Thomas Hobbes no admitió que hubiese justicia o injusticia en las distribuciones, lo cual es coherente con los principios de su doctrina política: Leviathan, el soberano, no está sujeto a deberes (pues todos los deberes surgen del “pacto social” y Leviathan no es parte de dicho pacto), y nada de cuanto haga puede considerarse injusto, sino que al contrario, lo que justo o injusto entre los hombres depende de su libre determinación. Hugo Grocio, en cambio, admitió estos deberes bajo la rúbrica de “justicia”, aunque no la consideró una justicia estricta, porque pensaba que no había tanto rigor en el débito⁹, y tal fue también la enseñanza de muchos autores jesuitas¹⁰. De la desestimación académica de la justicia distributiva en los tiempos modernos ha derivado la mentalidad que aprecia como hechos normales, y sin mayor objeción moral, las permanentes transgresiones de la justicia distributiva, como lo expresaba con dolor lancinante el iusfilósofo cubano Mariano Aramburo: “Triste conclusión: que la verdadera, principal, perfecta y estricta justicia es la conmutativa; las otras especies más parecen aproximaciones o semblanzas de ese arquetipo, así como semijusticias o cuasijusticias [...] justicia distributiva en que el rector es el Estado, y frente a su poder incontestable queda solo, inerme, desamparado y de antemano vencido el individuo. ¡Qué deplorables consecuencias acarrea esa mengua de virtualidad, que es decir de obligatoriedad moral! Bien se explican así las incontables y diarias postergaciones y usurpaciones, los extremos rigores y las lenidades relajantes, los privilegios de hecho y aun de ley, que tienen por madre la iniquidad [...] ostracismos y exaltaciones; exenciones y gabelas que decretan los gobiernos contra la justicia distributiva, en la provisión de cargos públicos y en el reparto de impuestos, y la falta de celo exigente y la anestesia «jurídica» con que el pueblo soporta esos abusos, y la indefensión y la paciencia de las infelices víctimas” (*Filosofía del derecho*, cit., 323).

Frente a tal negación o minimización de estos deberes de la autoridad pública, corresponde reafirmar que la distribución de las cosas públicas está sujeta a un riguroso deber de justicia: se trata de algo que se le debe dar a tal persona porque *a ella le pertenece por su calidad de miembro de*

⁹“La justicia conmutativa es la que lleva propia y estrictamente el nombre de justicia” (Hugo Grocio, *De iure belli ac pacis*, I, I, VIII, 1).

¹⁰Cfr. Viktor Cathrein, *Filosofía del Derecho*, parte II, cap. II.3.

la Comunidad y por sus méritos. El hombre considerado como parte de la asociación política no tiene una mera expectativa en una dispensación generosa, sino que posee un derecho reclamable. *Los bienes comunes son de la Comunidad, y cada ciudadano es parte de esa Comunidad; por ende le corresponde participar de ellos en la medida de la dignidad y merecimientos que tiene dentro de ella.*

El título para recibir lo debido en la distribución es el carácter de miembro de la sociedad, cuando se trata de la administración de justicia, protección policial, etc. El título es la calidad de miembro de la sociedad, juntamente con un merecimiento pertinente con la cosa que se dispensa, cuando se trata de cargos públicos, honores públicos, etc. De modo que este derecho que surge de la norma de la justicia distributiva no se funda necesariamente en lo que el miembro haya brindado antes a la sociedad¹¹, así como los deberes de “justicia general” (v.gr., el pago de impuestos) se deben cumplir por la principal razón de que se es miembro de la colectividad, y en proporción a la capacidad contributiva de la persona, y no como retribución por la protección y servicios o utilidades que se reciben de la Comunidad.

VI. LA “ACEPCIÓN DE PERSONAS”

La injusticia distributiva consiste en una preferencia irrazonable, o en una preterición o posposición injusta en el reparto de cargos, honores o beneficios públicos cualesquiera. Se ha designado tradicionalmente con el término “*acepción de personas*” en el léxico de los moralistas *la distribución o asignación que se efectúa según calidades personales que no son relevantes para tal distribución o asignación, como son:*

*el ser rico o poderoso,
el pertenecer o no a determinado grupo étnico o religioso,
la clase social en que se ubica la persona,
el ser afiliado o allegado a determinado partido político,
el ser amigo del funcionario que distribuye,
el ser pariente (“nepotismo”),
el inspirarle a éste simpatía o antipatía, etc.*¹².

Asimismo, muchas veces el beneficio se concede para complacer a otro (amigo, familiar, correligionario) que pide o avala la inmerecida designación de determinada persona (“*recomendación*” o “*cuña*”).

¹¹Cfr. Joseph Delos, *Somme theol.* de S. Thomas, ed. de la Revue des jeunes, notes et append. § [38], q. 61, 4, ad 2.

¹²Cfr. Joseph Delos, *Somme theol.*, cit.

Algunos ejemplos de acepción de personas que ponía Santo Tomás: cuando se otorga una cátedra o una prelación eclesiástica, no a la persona que la merece, sino a otra por causa de su riqueza, o su poder, o por ser pariente de quien se la otorga¹³; también cuando un juez da una sentencia injusta para favorecer a un rico por ser rico, o a un pobre por ser pobre¹⁴. Asimismo, en los honores, cuando éstos se hacen a un rico solamente por causa de su riqueza¹⁵.

En algunos casos, sin embargo, el tener especialmente en cuenta el parentesco o la amistad puede ser legítimo en la asignación de un cargo público, cuando el vínculo familiar o amistoso significan mayor confiabilidad, necesaria para el ejercicio del cargo del cual se trata, por ej., el caso del ministro que designa su secretario privado que recibe su sueldo del erario público¹⁶.

En nuestro tiempo la acepción de personas domina en muchas comunidades, no sólo en los regímenes autocráticos, sino también en las denominadas democracias.

Es una conducta inmoral; si el gobernante o funcionario la practica habitualmente, ya constituye un vicio moral, y en el aspecto teológico, se trata de un pecado que, por su género, es calificado como “mortal”, como lo es toda injusticia por su género¹⁷.

A veces se comete acepción de personas de modo menos deliberado, por motivaciones sentimentales, sin el designio malicioso de favorecer a uno en perjuicio de otro; pero de todos modos el acto es objetivamente injusto. Un ejemplo de injusticia distributiva que tiene su raíz en la afectividad es la que podemos encontrar en aquellos fallos judiciales en que la resolución obedece a la lástima que el juzgador ha sentido por una de las partes, o cuando se exigen pocos conocimientos en un examen universitario a un alumno porque su madre padece de un cáncer en la etapa terminal... Se comete acepción de personas siempre que se toma en cuenta un aspecto que nada tiene que ver con el fundamento de la distribución de las calificaciones.

También tiene lugar la acepción de personas en lo que respecta a los elogios públicos y a todas las muestras de honor y reverencia, cuando ellas no se hacen a quien merece, o cuando se hacen a quien no merece (cualesquiera sean los motivos: envidia, interés, soberbia, adulación, espíritu de partido, simple negligencia, etc.).

Asimismo, puede haber injusticia distributiva con respecto a aquellos bienes que no han de distribuirse según los méritos personales de cada

¹³II-II, 63, 1 c y 2 ad 1.

¹⁴II-II, 63, 1 c y 2 ad 1.

¹⁵II-II, 63, 4 ad 3.

¹⁶II-II, 63, 2 ad 1.

¹⁷“*Acceptio personarum est peccatum, in quantum contrariatur iustitiae*” (II-II, 63, 2 c y 1 c). Cfr. Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, I.III, q. 6, 1.

uno, sino que deben dispensarse a todos porque les corresponde recibirlos por el solo hecho de ser miembros de la Comunidad Política. Así, por ejemplo, si la policía patrulla solamente determinados barrios, aunque otros necesitan igualmente de esa vigilancia, ello importa una transgresión de la justicia distributiva.

La acepción de personas sucede sólo cuando se trata de la distribución de cosas públicas. En el caso de una distribución que alguien hace de sus bienes propios, o en el otorgamiento de empleos que no son empleos públicos, puede preferir a unos por motivos de interés, simpatía, raza o religión, aspecto físico, etc. sin faltar a la justicia, aunque a veces tal comportamiento puede ser una falta contra la caridad.

VII. LA REALIDAD DE LA INJUSTICIA DISTRIBUTIVA. SU DRAMÁTICA EXTENSIÓN. SUS CAUSAS

Cuando contemplamos el espectáculo de la vida política y social, en general no hallamos en ella que predomine la aplicación del principio de la dispensación de las cosas comunes en proporción a los méritos. En general, no suele reinar la justicia distributiva.

Las designaciones y ascensos obtenidos por contactos con el partido político del gobierno, las prebendas logradas por amistad, los sueldos elevados que perciben quienes no desempeñan ningún trabajo real, mientras se pagan salarios magros a personas meritorias que se dedican a tareas valiosas, los concursos académicos universitarios muchas veces amañados... Por todas partes el que es amigo desplazando al que es capaz, el hombre de talento y dedicación preterido por el adulador o el influyente, y el *intercambio de favores* a costa del bien público, reinando soberanamente.

La reflexión sobre lo justo distributivo puede sentirse como algo inútil para operar sobre la realidad, algo así como una mera especulación angelical. Las lucubraciones de los grandes filósofos, moralistas y pensadores sociales acerca de la justa distribución del poder y de los bienes comunes parecen puras utopías. Pero es misión ineludible del filósofo, y también del jurista, calificado desde antiguo como "sacerdote de la justicia", expresar la rectitud que debe imperar en la vida social, aun en las circunstancias en que no esté en su poder influir para su inmediata instauración.

De todos modos, no rige un determinismo tal que todos debamos resignarnos a mirar pasivamente la realidad, pues el funcionario honesto a quien le toca promover designaciones, o a quien compete resolver una distribución de bienes comunes cualesquiera, tiene un ámbito concreto de actuación en el que puede hacer regir la justicia distributiva, aunque no esté a su alcance rectificar el orden social en su conjunto.

Hay varias razones que explican por qué es más fácil y frecuente la violación de la justicia distributiva que la violación de la justicia conmutativa:

- a) En el caso de los contratos, hay un tercero imparcial –el juez– al cual la parte perjudicada puede acudir para que obligue al infractor a corregir el entuerto; pero en la distribución de las cosas públicas el sujeto obligado es el mismo gobernante o funcionario; ¿ante quién puede acudir el particular preterido en tal caso? Cuando hay una reglamentación que lo ampare, con normas sobre requisitos para acceder a un cargo o sobre el procedimiento de selección de aspirantes al cargo puede recurrir –con mayor o menor chance– a los tribunales (del fuero contencioso-administrativo) para reclamar contra la medida ilegal de la Administración Pública; pero en caso contrario generalmente no tiene modo de hacer valer su derecho natural a recibir lo que le corresponde como parte de la Comunidad y en proporción de sus méritos.
- b) En el caso de las injusticias contractuales, muchas veces el particular puede prevenirse de ellas en tanto puede elegir con quién contratar, cuánto arriesgar, qué garantías exigir, qué cláusulas insertar en el contrato, etc. Podemos decir que, en cierta manera y en general, se mete en los contratos que quiere, aun cuando esto no sea cierto en algunos casos. Las ocasiones de injusticia conmutativa pueden así ser evitadas, al menos en parte, por el hombre; pero ello no ocurre de la misma manera en el caso de la injusticia distributiva, porque ésta no se origina de un convenio que la persona libremente celebre, sino que se trata de algo que el ciudadano merecedor debe recibir de la Comunidad (en la que ha nacido o en la cual vive) y de sus representantes, y se viola por el solo hecho de que no se lo den.
- c) Hay también otra razón que explica este entuerto tan corriente que es la injusticia distributiva, y está en la especial complejidad de la materia de la justicia distributiva, sobre todo en lo que hace a la valoración y medición del mérito de las personas (¿cómo se mide la ciencia de un candidato, su diligencia, su honestidad, su prudencia... en comparación con las cualidades de los otros?; a veces ello puede ser fácil, pero otras veces no) y a la elección del criterio de distribución). Además, como ya decía Aristóteles en su exposición acerca del tema, “todos admiten que para distribuir con justicia hay que hacerlo de acuerdo con el mérito de cada uno de los que reciben, pero los hombres disienten acerca de qué deba tenerse por mérito”¹⁸, por lo cual las decisiones en esta materia pueden ser dificultosas. Así por ej., con respecto a un concurso académico, uno de los concursantes abogará por el criterio de la cantidad de títulos obtenidos, otro aducirá que debe ser preferido quien se manifieste como el más capacitado en las pruebas, y otro alegará que las obras publicadas en la especialidad es lo que debe tenerse principalmente en cuenta. Muchas veces los desacuerdos tienen su raíz en el hecho de que los opinantes son partes interesadas

¹⁸Aristóteles, *Ética a Nic.*, I. V.

en la distribución, y entonces opinan con parcialidad, “llevando agua para su molino”, pero la experiencia muestra también que muchas veces los hombres discrepan en su modo de apreciar estas cosas, con independencia de todo interés particular.

- d) Los deberes específicos del vendedor, del comprador, y de los demás contratantes están instituidos en las leyes civiles, y cuando no lo están expresamente, al menos hay normas aplicables por analogía, o principios jurídicos generales de los cuales se deducen tales deberes; en contraste, los deberes de justicia distributiva por lo general están ausentes en las leyes civiles, o están dispuestos en términos tan amplios que permiten una discreción casi total de parte del distribuidor.

En el caso de nuestro país, el art. 16 de la Constitución Nacional prescribe: “La Nación argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. Allí se establece que no es lícito excluir a una determinada persona para determinado empleo público, si ella tiene idoneidad para ejercerlo, pero no se prescribe que entre varios candidatos deba atenderse al mayor o menor mérito de cada uno. No hay ninguna norma en la Constitución que mande cumplir con la justicia distributiva.

En el Código Penal argentino hay una norma vigente, poco conocida y aun menos aplicada, que se vincula al tema: en el art. 253 se conmina el castigo de multa e inhabilitación para “el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales”. La norma, aun cuando no expresa el principio de la justicia distributiva, está instituida para reforzar diversas normas de derecho administrativo que ponen un límite al arbitrio del poder público en los nombramientos.

No sólo se omiten en las leyes las normas de la justicia distributiva, sino que a veces los propios preceptos legales estatuyen injusticias distributivas, y aun irrazonables e injustísimas desigualdades, como son la mayoría de las “jubilaciones de privilegio”, los espacios reservados en la ciudad para el estacionamiento de vehículos de uso particular de los empleados municipales, la energía gratuita –mejor dicho pagada por los otros ciudadanos– para los empleados de la empresa pública de electricidad, etc.

VIII. LA ASIGNACIÓN DE CARGOS PÚBLICOS

1. EL CRITERIO DEL MÉRITO

Cuando se trata de la atribución de honores, el mérito está en las obras ya realizadas, pero cuando se trata de la concesión de cargos y oficios

públicos el mérito puede consistir tanto en los antecedentes, o sea las realizaciones anteriores meritorias, como también en la aptitud y en la probabilidad de un próximo ejercicio eficaz del cargo.

¿Cuál de los mencionados debe ser el criterio decisivo? ¿Los cargos públicos deben concebirse principalmente como galardones, atribuibles a modo de reconocimiento por servicios y sacrificios pasados, o más bien como puestos de responsabilidad social, que deben proveerse en virtud de capacidades presentes comprobadas y de las fundadas expectativas con respecto al desempeño futuro?¹⁹.

Las reglamentaciones de los concursos de postulantes para cátedras en las Universidades nacionales argentinas suele tener en cuenta ambos aspectos, pues generalmente establecen que deben valorarse los antecedentes académicos de cada candidato, pero también la realización de una o más pruebas de oposición por las que se intenta evaluar cómo es capaz de desempeñarse (por ej., una clase pública, la resolución de un problema, una entrevista acerca de diversos temas, un examen de conocimientos, etc.).

Un medio idóneo para realizar la justicia distributiva en la dispensación de cargos públicos en general es el concurso de los aspirantes, en el cual se efectúa la comparación de los antecedentes de los candidatos, y también se verifican pruebas de oposición que permitan estimar las aptitudes. Es un medio que suele usarse para la provisión de cátedras en las universidades estatales de nuestro país. De manera semejante a veces se promueven designaciones y ascensos en otros ramos de la Administración Pública. Aunque no se puede asegurar que la designación por concurso recaiga siempre en el mejor, ni que la persona así seleccionada cumpla satisfactoriamente en el futuro con el desempeño que se espera de ella (pues quizás “se duerma en los laureles”, como suele decirse), sin embargo, con esta práctica, además de intentarse la mejor calidad en los designados, pueden ponerse límites a la arbitrariedad, el nepotismo, el amiguismo, el partidismo, la discriminación ideológica... Claro está que al fin y al cabo mucho depende de la honestidad de los miembros del jurado (y para ello, que no haya trampa en la designación de éstos), y también de que las normas que reglamentan el concurso conduzcan realmente a la finalidad propia de esta institución, que es la selección de los más dignos.

La tramitación de un concurso compromete a quienes deciden, al reconocimiento del mérito; la misma persona que en una designación directa comete normalmente arbitrariedades, sea por interés, por motivos de simpatía, por presiones, o por la mera negligencia por la cual no toma en serio su función de “*dispensator bonorum communium*”, en cambio

¹⁹Un breve pero sugerente desarrollo sobre este punto puede consultarse en Joel Feinberg, La justicia y el merecimiento personal, en AA.VV., La justicia, compil. por Karl Friedrich y John Chapman. Roble. México. 1969, 115 ss.

como miembro de un tribunal de concurso se encuentra en una situación más propicia para ser ecuánime. Explicaba Vaz Ferreira “[en el caso de prevaricato en el concurso] se necesita suponer en los examinadores un grado extremo de inmoralidad, mientras que en cambio, para que las recomendaciones produzcan efectos en los nombramientos directos, basta un grado de inmoralidad media, la inmoralidad habitual de los hombres”²⁰.

2. EL CRITERIO DEL BIEN COMÚN

La razón de la existencia de los cargos públicos es la realización de las gestiones necesarias a la Comunidad para el cumplimiento de sus fines. Por ello el criterio último para la designación de cargos públicos es la utilidad común, y a tal criterio se subordinan los criterios que se refieren directamente a los méritos personales, como es el tener mayor o menor capacitación para determinado empleo. De tal modo, si uno de los candidatos es el que conviene al bien común, y otro es inconveniente para ese fin, aunque es superior en virtud, habilidad para ese cargo, y otras cualidades personales, debe preferirse aquel a este. Ahora bien, si ambos son convenientes para el bien común, debe atenderse siempre a las diferencias de mérito.

El mérito se puede reducir a la utilidad común, porque el mayor talento, la mayor ciencia, la mayor laboriosidad, etc., son méritos atendibles en una distribución porque tales cualidades convienen al bien público. Pero la utilidad común no puede reducirse al mérito, ya que algunas veces el bien común requiere que no se elija a la persona más meritoria²¹.

El criterio del mérito personal se ha de subordinar al bien común político²². Esto es lógico, si se tiene en cuenta que toda función pública, de suyo, está para realizar algún bien público. Así, por ej., para la designación del jefe o director de un departamento de la Administración Pública, puede ocurrir que el más meritorio de todos los candidatos, en cuanto a su capacitación técnica, no tenga sin embargo una buena relación con varios funcionarios que dependen de ese departamento, y entonces si tal persona ocupa la dirección no se van a lograr la coordinación y demás resultados para los cuales existe tal departamento²³.

²⁰ Carlos Vaz Ferreira, *Fermentario*. Atlántida. Montevideo. 1938. 94.

²¹ Joel Feinberg, *La justicia y el merecimiento personal*, cit., 119.

²² “La cantidad de este derecho hay que medirla en primer lugar por lo que reclama el bien común y en segundo lugar por la norma de igualdad” (Arthurus Vermeersch, *Cuestiones acerca de la justicia*, vol. II, cap. 2, art. 2).

²³ Lo dicho se aplica también en la distribución de cargos eclesiásticos: “Hay que considerar que la dignidad de una persona puede entenderse de dos modos: primero, absolutamente y en sí, y en este caso es de mayor dignidad el que tiene mayor abundancia de dones espirituales de la gracia; segundo, con relación al bien común, pues sucede a veces uno que es menos santo y menos sabio puede contribuir más al bien general, a causa de su poder o

Claro está que no se debe confundir el bien común o la utilidad pública con el interés particular de la persona o grupo que gobierna. Bertrand de Jouvenel ilustra la diferencia con el siguiente ejemplo: “El presidente del país debe designar, para una importante conferencia internacional [o sea, una reunión de representantes de Estados], tres delegados por su país. El fin que debe tener en su mente es el buen resultado de esa conferencia para su país. Otros pueden pensar que el presidente tiene que permanecer en el poder, y entonces lo que debe hacer es nombrar tres opositores políticos, para alejarlos así del país durante un buen tiempo; otros opinarán que debe elegir las tres personas que hayan cooperado con él, para recompensarlas”. ¿Cuál es el criterio correcto? Sin duda es el primero de los mencionados.

IX. EL VOTO PARA LOS CARGOS ELECTIVOS

También están sujetos a la justicia distributiva, y por ende a la regla que manda decidir según el mérito y el bien común, los simples ciudadanos en su acción de votar el Presidente del país, los legisladores, o a quienes han de ejercer cualesquiera cargos públicos electivos²⁴. Opinión contraria enseñaba Arthurus Vermeersch, a partir de la premisa errónea de la cual partía, que afirma que los legisladores son mandatarios individuales del ciudadano que los vota: “Los diputados son en cierto modo mandatarios del pueblo [...]. De este modo, el pueblo, al elegir a los diputados, puede decirse que les encomienda una cosa suya. Y todo hombre, cuando quiere confiar a otro un negocio propio, no tiene que atender para nada a la justicia distributiva”²⁵.

Al respecto, se ha suscitado una discusión para el supuesto –tan común en las elecciones de presidentes, gobernadores y legisladores– de que el mejor de los candidatos, en lo que respecta a sus méritos y al bien común, no tenga realmente posibilidad de obtener la cantidad de votos necesarios para ganar en la elección. Algunos defienden que el ciudadano debe votar al mejor aunque no tenga chance de obtener el cargo, y otros sostienen que hay que elegir al mejor, de aquellos que tienen real posibilidad de ganar, o incluso al menos malo entre quienes tienen real posibilidad de

de su habilidad en el mundo, o por otras cosas. Ahora bien, dado que la dispensación de las cosas espirituales se ordena principalmente a la utilidad común, puede ocurrir *algunas veces* en la dispensación de tales cosas que, sin incurrir en acepción de personas, no sea preferido quien sea el mejor en sí mismo, sino otro que sea menos bueno en sí mismo”. (Tomás de Aquino, *Summa theol.*, II-II, 63, 2 c).

²⁴ Arthurus Vermeersch, *Cuestiones acerca de la justicia*, trad. Pedro Valls Tarragó, S. Calleja Fernández, Madrid, s/f, T I. 74.

²⁵ Bertrand de Jouvenel, *La soberanía*, cap. IV.

vencer, y que casi siempre son dos de los candidatos; esta segunda acción se denomina “voto útil”²⁶.

Al respecto, enseñaba Domingo de Soto: “Es conveniente no votar al más digno de todos, cuando no tiene probabilidad de ser elegido, para poder favorecer la elección del mejor de entre aquellos que tienen probabilidad. Así, si por ej., hay tres elegibles, de los cuales Pedro es dignísimo, Pablo le sigue en mérito, y Juan en último lugar, si yo insisto en elegir a Pedro, pero de modo tal que con ello no saldrá electo ni Pedro ni Pablo, sino Juan, y en cambio, si voto a Pablo, éste saldrá electo, entonces debo hacer lo segundo”²⁷.

Otros autores, en cambio, sostienen que ello no es correcto, pues el mejor es quien merece el voto, aunque no tenga chance de ganar. En el caso de los sistemas políticos actuales, otro argumento en contra de la doctrina del “voto útil” es que contribuye a perpetuar el bipartidismo, o sea, el monopolio de los dos partidos más poderosos e impide que crezcan y puedan consolidarse aquellos que representan una buena opción para el país o la provincia. Expresa Mario Meneghini: “Votar a un partido que carece de posibilidades de obtener ni siquiera una banca de concejal no es una acción *inútil*. Si el partido satisface las expectativas, pues defiende principios sanos y presenta una plataforma que convendría aplicarse, y/o postula dirigentes capaces y honestos, merece ser apoyada. El voto, en este caso, servirá de estímulo para quienes se dedican a la política en ese partido, les permitirá ser conocidos, y facilitará una futura elección con mejores perspectivas”²⁸.

²⁶ “El «voto útil» consiste en que el elector otorgue su voto a un partido que tiene posibilidades de ganar, aunque no sea el que más lo atrae, para que el voto no se desperdicie” (Mario Albino Meneghini, *Mal menor en las elecciones políticas*, disertación en el I Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Política, San Luis, 15/6/07).

²⁷ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, III, 6, 2.

²⁸ Mario Albino Meneghini, *Mal menor en las elecciones políticas*, cit.

DIEGO SAAVEDRA FAJARDO, REALISTA POLÍTICO. UNA INVITACIÓN A LOS ESTUDIOS SAAVEDRIANOS EN CHILE

*Jerónimo Molina Cano**

EN MEMORIA DE QUINTÍN ALDEA VAQUERO, S. J. (1920-2012)

Nació Diego Saavedra Fajardo en Algezares, en las cercanías de Murcia, el 6 de mayo de 1584. El diplomático Saavedra Fajardo representa, por su vida y su obra, el arquetipo del facultativo de la política moderna, según esta es entendida en España durante los siglos áureos y aún después. Junto a Baltasar Álamos de Barrientos, de la generación anterior, es uno de los referentes más notables del realismo político hispánico. En efecto, Saavedra Fajardo no es un *politique* católico, en el sentido que esta expresión tiene para Bodino en la Francia de las guerras de religión. Tampoco un *catholique d'État*, perífrasis que significa lo mismo que *politique* en la pluma de Jérémie du Ferrier. Mucho menos un maquiavelista. Solía decir Azorín, no obstante, que bajo la piel de algunos nobles mastines hispánicos (Baltasar Gracían, el mismo Saavedra Fajardo), asomaba de cuando en cuando el “jopo de la vulpeja”. Condicionado por la crisis de la monarquía que debía defender en Europa y por la fidelidad de su conciencia a la enseñanza del Evangelio y al magisterio de la Iglesia, el realismo político constituye para Saavedra, más allá de la antropología pesimista (peligrosidad del hombre, autonomía de lo político, sentido trágico del acontecer histórico), la cruz dolorosa de todo escritor católico.

*

En la bibliografía general de Saavedra Fajardo (*Excerpta bibliographica Didaci Saavedrae Faxardo*), que espero poder completar el próximo año, no tengo registrada ninguna contribución sobre el pensamiento político saavedriano publicada en Chile. Tampoco las hay, al menos hasta donde alcanzan mis medios, en otros países hispánicos. Ediciones americanas de Saavedra es seguro que no hay ninguna. Los escritores políticos de las

*Profesor de Política Social, Universidad de Murcia. Director de la Revista *Empresas Políticas*.

Américas española o portuguesa raramente se han ocupado del diplomático español. Conozco, no obstante, los estudios del filósofo cubano Humberto Piñera Llera y del constitucionalista argentino Dardo Pérez Guilhou. Pretendo pues con estos apuntes señalar a mis colegas americanos, particularmente a los cultivadores chilenos del Derecho público, la Ciencia política y la Historia de las ideas, la importancia de Saavedra Fajardo como escritor político realista, su relieve como diplomático al servicio del Rey de las Españas.

Este texto es una reelaboración de otro publicado anteriormente en la revista *Empresas políticas*, de la que después habré de decir algo, bajo el título “Saavedra Fajardo, católico de Estado”. La invitación del profesor Soto Kloss a participar en este número especial de *Ius Publicum*, que marca un hito en la trayectoria científica de la revista, y la reciente lectura de dos panfletos políticos, el de Jérémie du Ferrier de 1625 (*Le catholique d’Estat, ou Discours politique des alliances du Roy tres-Chrestien contre les calomnies des ennemis de son Estat*) y el de José Pellicer de Ossau y Tovar de 1639 (*El anticatólico de Estado y lágrimas de Europa por las confederaciones de católicos con herejes: en que se responde al herético libro del Católico de Estado que escribió en Francia Ieremias Ferrer*), me han inducido a volver sobre un estudio cuyo antiguo título me parece ahora enormemente problemático. Al final de estas páginas encontrará el lector un elenco bibliográfico razonado con las ediciones modernas de Saavedra Fajardo y una selección de la literatura secundaria.

*

Muy dotado para el concepto, condición literaria realzada por su estilo sentencioso y aforístico –género que, sin embargo, nunca cultivó–, le corresponde a Saavedra un lugar principal entre los grandes escritores políticos del Barroco. Es la divisa de sus páginas la brevedad en la explicación de sus ideas, siguiendo los preceptos de los historiadores latinos. En su obra, pegada a la realidad, se encaró con los magnos asuntos políticos de la Europa de su tiempo: el nuevo equilibrio de los Estados, del que se beneficiaba la Francia pujante de Richelieu; la utopía política de una Monarquía católica apacentadora de Europa, retardadora de la inexorable pérdida de la potencia política de la Casa de Austria hispánica; y la posibilidad, incoada por la Contrarreforma, de una Gobernación laica opuesta a la secularización política acelerada por la Reforma. Todo ello trasmina de los tratados históricos y políticos saavedrianos: de *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas* (1640), conocido como *Empresas Políticas* y consagrado a la educación del príncipe, y de su *Corona gótica, castellana y austriaca políticamente ilustrada* (1646). Pero también de otras obras breves, particularmente en la que acaso fue la de mayor empeño teórico de todas las suyas: *Introducciones a la política* y

razón de Estado del Rey católico Don Fernando (1631), tratado compuesto sintéticamente sobre el molde de la *República* aristotélica, desconocido hasta el siglo XIX, en el que se combinan el saber político, decantado en la experiencia de la historia, con las hazañas de Fernando el Católico, V de Castilla y II de Aragón.

Asimismo, responde de la agudeza del autor su vasta correspondencia, evacuada con ocasión de las importantes misiones desempeñadas en la Corte del Papa, el Franco-Condado de Borgoña, la Confederación Suiza y Baviera. El mismo interés que estas páginas, si no más, tienen los memoriales e informes diplomáticos elaborados al servicio del rey como las *Relaciones de las cosas que hay dignas de saberse de Roma para quien trata del servicio del Rey de España* (1618), atribuida recientemente a Saavedra Fajardo; el *Discurso sobre el Estado de la presente Europa* (1627), destinado al Cardenal-Infante Don Fernando y al Conde-Duque de Olivares; las *Noticias de la negociación de Roma* (1631), para la instrucción y utilidad del nuevo Embajador de España cerca del Papa, el Conde de Castel-Rodrigo; la *Relación de la Jornada al Condado de Borgoña* (1638), dirigido a Felipe IV; y otros informes perdidos o de atribución discutida de los que se tiene alguna noticia, como *Guerras y movimientos de Italia de cuarenta años a esta parte* (1644) y *Tratados de Ligas y Confederaciones de Francia con holandeses y sueceses* (ca. 1644).

Constituyen también una parte preciosa de su obra los panfletos ocasionales, a veces publicados bajo pseudónimo, al servicio de la causa de la monarquía y siempre contrarios a la política francesa: *Indispositione generale della monarchia di Spagna* (1630); *Discurso sobre el Estado presente de Europa* (1637); *Dispertador a los trece Cantones Esguizaros* (1638); *Carta de un holandés a un ministro de los Estados confederados* (1642); *Suspiros de Francia* (1643); y otros. Pero el más importante de todos ellos es sin duda la *Respuesta al Manifiesto de Francia* (1635).

Hay también documentación saavedriana relativa a los expedientes de los empleos americanos, seguramente abundante pero todavía no estudiada, en el Archivo General de Indias de Sevilla, pues Saavedra Fajardo tuvo asiento en el Consejo de Indias.

Hace unos meses, en la Biblioteca Nacional de Austria, encontré el texto *Discurso jurídico político en la causa que pende entre el señor fiscal del Consejo Real de Castilla y el señor don Melchor Centellas de Borja sobre el socorro de Rosas* (ca. 1645). El ejemplar de la *Österreichischer Nationalbibliothek* que he consultado está atribuido a Saavedra Fajardo por una nota manuscrita en la portada. Sin embargo, el impreso del catálogo de la Biblioteca Nacional de España se atribuye a José Pellicer de Ossau y Tovar. En este ejemplar madrileño, que no he podido consultar, pero que indudablemente, por las referencias del fichero, es idéntico al vienés, reza “el nombre del autor [...] en una nota manuscrita en hoja en blanco que hay antes de la portada”. Mi impresión es que el apunte manuscrito

en el ejemplar de Viena, tratándose de un informe jurídico a favor de un miembro de la familia Borja, tan próxima a Saavedra, es motivo bastante para poner en duda la atribución del catálogo español, pero dilucidar su verdadera autoría, si es que ello fuera posible, requerirá de una investigación que apenas tengo incoada.

*

El tiempo, materia política fundamental que Saavedra intentó dominar, casi obsesivamente, para auxiliar a su patria, ha respetado la fama de su ingenio, como prueban las más de 30 ediciones de las *Empresas Políticas* –diecinueve de ellas anteriores a 1700; cinco traducciones latinas, dos francesas, dos italianas y una inglesa–. Después de la Guerra civil española, dejando a un lado la vindicación de que fue objeto por la Escuela Española de Derecho Político durante las décadas de 1940 y 1950, han venido a ocuparse de su obra, mayormente, los filólogos y los especialistas en emblemática, hecho que, en parte, ha contribuido a atenuar la radical politicidad de su obra. Esta se completa con la gavilla escasa de sus poemas y epigramas y las póstumas *República literaria* (1655) y *Locuras de Europa* (1748). Aquella es una curiosa diatriba sobre la morada de los jurisconsultos, ingenios científicos y artistas; ésta un diálogo entre Mercurio y Luciano sobre la situación política continental.

*

De linaje hidalgo pero sin títulos de nobleza, descendía Saavedra Fajardo por la línea materna de Alonso Yáñez Fajardo, instituido primer Adelantado Mayor del Reino de Murcia a finales del siglo XIV. Estudió sus primeras letras en el Seminario de San Fulgencio de Murcia y en 1601 marchó a Salamanca a estudiar Leyes y Cánones, disciplinas que le ocuparon con certeza hasta 1608. Entretanto fue beneficiado con la expedición de cédula del hábito de caballero de la Orden de Santiago (13 de febrero de 1607). Recibió las órdenes menores sin llegar a ordenarse sacerdote, aunque no es esto cosa segura y bien documentada.

Al parecer comenzó su *cursus honorum* al servicio de Gabriel de Trejo, futuro cardenal y próximo al círculo de poder de los Borja, en la fiscalía de la Chancillería de Valladolid. A los pocos meses de desempeñarse en ese puesto, siguiendo a su mentor Trejo, llamado a una fiscalía en Madrid, es posible que se trasladara con él a Madrid. En la nueva capital de la Monarquía permaneció unos meses, no más de un año.

Aunque sólo consta fehacientemente su presencia en Roma en el año 1612, bien pudo llegar a ella dos años antes al servicio de Don Francisco de Castro, nombrado Embajador ordinario en 1609, para desempeñar la agencia en Roma del Virrey de Nápoles, Don Pedro de Castro, Conde de

Lemos. Cuando el Cardenal Don Gaspar de Borja se haga cargo de la Embajada romana Saavedra quedará adscrito a su servicio.

Durante algunos años no realizará funciones de representación, sino de consejero a cargo de la cifra de la Embajada (1616-1619). En 1620 marchó con el de Borja a Nápoles, de cuyos asuntos tenía ya el murciano probada experiencia. Allí se empleó durante unos meses como Secretario de Estado y Guerra.

De regreso a Roma fue durante tres años “Solicitador del Rey en la Corte romana” (nombramiento de diciembre de 1623), interviniendo como conclaveista en las elecciones de Gregorio XV (1621) y Urbano VIII (1623). Aquellas experiencias, vertidas en unos agudos apuntamientos, le curtieron en las lides de la diplomacia vaticana y en las delicadas relaciones entre el Estado y la Iglesia como poder secular.

En 1631 viajó a España con el objetivo de impulsar su carrera administrativa y fijarse en Madrid con un empleo a la altura de sus merecimientos. En la Villa y Corte solicitó que se proveyese para él un puesto en el Consejo de Italia. Decepcionado por el fracaso de su gestión partió de nuevo para Roma en 1632, recibiendo al poco tiempo una comisión real para negociar en la Corte muniquesa la aproximación del Duque Maximiliano de Baviera a la causa hispanoaustríaca. En particular tenía el encargo de facilitar el tránsito por aquellas tierras de los ejércitos del difunto Duque de Feria, que debían acompañar al Cardenal-Infante Don Fernando en su viaje a Flandes.

El príncipe bávaro, aun siendo del partido católico, desconfiaba de los príncipes correligionarios y negociaba secretamente un acercamiento a Francia. El problema de fondo no dejaba de ser una cuestión dinástica, pues la Casa bávara de Wittelsbach debía sufrir que, desde mediados del siglo XV, la dignidad imperial se transmitiera hereditariamente dentro de la Casa de Habsburgo. El éxito de las gestiones saavedrianas, en el contexto de la resonante victoria de Nordlingen (6 de septiembre de 1634), la última de las grandes victorias de las armas españolas en Europa, le valieron a Saavedra Fajardo un sitial en el Consejo de Indias, para el que fue nombrado el 1 de enero de 1635. Curioso destino para un espíritu telúrico, avezado en la política continental y siempre disconforme y receloso de las empresas americanas (*oceánicas*). Hubo no obstante un momento en que todo esto pudo cambiar, pues se habló en la Corte de investir a Saavedra Embajador en Inglaterra. Ello habría alterado seguramente su percepción del mar, elemento político que sin duda condicionó la declinación de España. Decía Saavedra, frustrado ya el blocus infligido a Holanda –que determinó a Suecia a entrar en la Guerra de los Treinta años, temerosa de perder el control sobre el Báltico–, que “las armas por mar cuestan mucho y obran poco”. Opinión de un hombre de tierra firme.

*

La embajada muniquesa resultó extraordinariamente compleja. Apenas comenzada se publicó el célebre *Manifiesto de Francia* (1635), en el que Luis XIII declaraba “el rompimiento de guerra” contra la Monarquía hispánica. La reacción de los arbitristas y juristas españoles fue inmediata. El propio Saavedra, ocultando por prudencia su identidad, firmó como “gentilhombre” francés una *Respuesta al Manifiesto de Francia* o de Luis XIII, prototipo literario de la literatura sobre la decadencia, característico de la generación saavedriana.

Con la polémica de 1635, además de entrar en su fase decisiva la Guerra de los Treinta años, clarificándose al fin las inteligencias entre los franceses y los príncipes protestantes en contra de los intereses españoles, se planteó hasta sus últimas consecuencias la contienda histórica entre el particularismo del Leviatán –el *État français*–, tolerante y neutral, y el ideal universal del Imperio –la *Monarquía hispánica*–. Un combate trascendental que dañó gravemente los intereses españoles en Europa, determinando, como solía decir Ortega y Gasset, la “tibetanización” de la España de Felipe IV. Tienen relación con aquella gigantomaquia las misiones saavedrianas en el Franco-Condado de Borgoña (1638) y en la *Dieta de Baden* (1641) para garantizar la neutralidad francocomtesa, vulnerada por Francia. Las consecuencias de la guerra con Francia realzaron, desde el punto de vista español, el estatuto de la neutralidad del solar adicto a la causa española por la vinculación dinástica del César Carlos. Pues la situación del Franco-Condado, si bien por razones distintas a los pasos alpinos de la Valtelina, afectaban a las comunicaciones de Flandes con el Milanesado a través del llamado camino español.

*

Fue sino de Saavedra Fajardo la escasa fortuna habida de sus negocios diplomáticos, siempre bien dispuesto a ellos, pero nunca bien asistido por la Corte de Madrid. Un nuevo ejemplo del barquinazo de sus gestiones fue la *Dieta imperial de Ratisbona* (1640), en la que se aspiraba a negociar las condiciones de una paz general y en cuyos recesos no fue capaz de urdir la ansiada Alianza hispano-bávara, vital para las aspiraciones españolas.

A finales de 1642 se encuentra Saavedra Fajardo en Madrid. Al tomar posesión de su plaza de Consejero de Indias el 16 de enero de 1643 y arreglar su situación económica pensó tal vez en prepararse para vivir con discreción y desahogo los últimos años de su vida. Mas el 11 de julio de 1643 se le nombró Plenipotenciario de España en las negociaciones de la Paz de Westfalia que habían de desarrollarse en Münster. De camino a aquella ciudad enfermó gravemente en Bruselas, lo que retrasó su llegada hasta el mes de noviembre. Se trata, sin duda, de su máxima misión diplomática.

Durante casi tres años (1643-1645) sirvió a los intereses españoles en las negociaciones de Münster, cuyas condiciones fueron fijadas en 1648 por la paz renana. La inacción diplomática a la que se vio sometido, en parte por la incuria de Madrid, en parte por las absurdas dilaciones impuestas por Francia, siempre discrepante de la validez de la plenipotencia de Saavedra, le permitieron componer la *Corona gótica*. Si en las *Empresas* presentó la “teórica de la razón de Estado”, en la *Corona* ofreció “la práctica advertida en la vida de los señores reyes godos de España”, desde Alarico y Ataulfo hasta el reinado de Don Rodrigo y la invasión musulmana, la tercera pérdida de España. Con su ameno relato, en el que se interpola su opinión sobre el origen común de los reyes de Suecia y Gotia, que se remonta a la estirpe regia de los Baltos, quiso Saavedra influir sobre los legados suecos y torcer su voluntad a favor de España. Este asunto, que acaso fuera una ocurrencia arbitraria, tiene que ver, sin embargo, con la más personal de las gestiones diplomáticas de Saavedra. Aunque no había recibido órdenes expresas al respecto, aprovechando su amistad con el Residente sueco en Münster, quiso poner en práctica la misma estrategia francesa de acercamiento con Baviera: sembrar la discordia en la morada del enemigo. Así, pretendía Saavedra ganarse para su causa a la legación sueca, exponiendo la conveniencia de una alianza hispano-sueca por la vía matrimonial.

Desautorizado por sus superiores y sin tiempo ya para ganar adhesiones a un poder declinante, nada pudo hacerse. Tampoco sirvió de gran ayuda la *Corona gótica* para combatir los argumentos de Francia y sus “pretensos derechos a casi todas las provincias de Europa”, lo que “dificultaba y aun imposibilitaba la conclusión de la paz”. He aquí la razón última que movió a Saavedra a redactar esa obra, en general muy poco atendida: defender los derechos del rey en sus plazas y puestos usurpados por los franceses. Es la *Corona gótica* una vindicación de los justos orígenes de la Monarquía hispano-gótica, cuya legitimidad se hace derivar de la donación del Emperador Honorio a su cuñado, Ataulfo. Si se diese valor a los argumentos de la fuerza esgrimidos por Francia para santificar el *statu quo*, “grandes derechos tendrían los reyes de España sobre las provincias que con las armas dominaron en Asia, en Europa y en África los reyes godos sus predecesores, y mayores el imperio de Alemania, como sucesor del romano”. Se ventila en esta obra el problema de la nueva legitimidad de Europa, instancia que en Saavedra sucede y se opone a la Cristiandad, de modo que debe verse como un alegato contra la hegemonía continental francesa.

*

Cesado en la plenipotencia y sustituido por el Conde de Peñaranda y profundamente desencantado con la burocracia regia, regresó a España a

finales de 1645. Su labor en el Consejo de Indias, a cuya Junta de Guerra pertenecía de jure, por antigüedad, desde 1643, tuvo que ser rutinaria, relacionada con la provisión de los numerosos cargos de la administración virreinal y los juicios de residencia a funcionarios.

El 3 de enero de 1647 accedió a ser Camarista del mismo Consejo, con lo que alcanzaba una de las mayores distinciones del sistema polisinodial. No en vano, el Consejo de Indias, siendo el tercero en antigüedad de la Monarquía, era el segundo en prestigio.

*

El avezado diplomático murciano se hizo consciente de la declinación de su patria en la década de 1630. A ello contribuyeron las derrotas y las discordias intestinas del partido católico, pero también la divulgación de la leyenda negra de las Indias y las violencias de los españoles en las guerras europeas, pues ello hace, como señaló en *Empresas Políticas*, “odioso su dominio y irreconciliable la violencia de las provincias rebeldes” (empresa décima segunda). A pesar de los desvelos de lo mejor de su generación, sólo cabía ya contener su desplome con el concurso de la Providencia y la virtud política. Ello no quiere decir que Saavedra fuese un escritor fatalista. Su desconfianza, propia de quien ha descubierto lo mal encaminados que están los asuntos de su incumbencia, explica probablemente sus intimaciones para concertar, a la mayor brevedad, una paz duradera y honorable. Mas nada tiene que ver esta actitud con la estrambótica figura de un Saavedra apóstol del pacifismo, como en ocasiones se ha hecho cediendo a la moda. La paz, viene a decir el diplomático, no es sino instrumento de la política de los Estados, modesta garantía de la supervivencia política.

Estos y otros arcanos de Estado y máximas de gobierno están desplegados, para que no los venza la fugacidad de la existencia humana y puedan tal vez aprovechar a la patria, en las *Empresas Políticas*, redactadas “en la trabajosa ociosidad de [sus] continuos viajes por Alemania”. Dedicadas al malogrado Príncipe Baltasar Carlos, a cuya educación *crisiana y política* se enderezan, constituyen sin duda una de las piezas más importantes de la literatura emblemática hispánica. En su doble perspectiva, la religiosa y la profana, las *Empresas* acusan al modo español la profunda fractura causada por Maquiavelo en la esfera de los asuntos temporales. A pesar de la acerada crítica al Florentino, no se recata Saavedra en manifestar veladamente su admiración por el ingenio del autor de *Il Principe*. La primera edición de las *Empresas*, una de las más afortunadas expresiones del género político emblemático, apareció en Munich en 1640. Una segunda edición, con importantes cambios y una empresa más (ciento una), aunque no sin alteración del título (*Idea de un príncipe político crisiano representada en cien empresas*), se imprimió en Milán en 1642.

Las *Empresas* constituyen un espejo para la formación del príncipe, desde su nacimiento hasta su muerte. Está organizada en capítulos, denominados “empresas”, encabezados por un grabado (*pictura*) y un mote o lema (*inscriptio*), cuyo objetivo es que el lector medite sobre la representación, descifre su significado y lo retenga en su memoria.

*

Saavedra es un escritor acusadamente aristotélico. Su tópico predilecto es el del justo medio, propio de un temperamento realista que no se engaña sobre la realidad de lo político: “no ha de ser la entereza del gobierno como debería ser, sino como puede ser”. El realismo político saavedriano presenta tres cláusulas fundamentales, no sólo enunciadas librescamente, sino ampliamente experimentadas: la primera es la justa apreciación de la relación de fuerzas; la segunda, el reconocimiento de quién es amigo y enemigo, proverbio castellano de la época que en parte condensa, adelantándose en más de tres siglos a Carl Schmitt, el contenido de la acción política; y la tercera, la necesidad de que el príncipe se ponga en lo peor, habilitándose así para conjurar los males de la república, pues “a quien pensó lo peor no le hallan desprevénidos los casos”.

*

Como para otros escritores de los siglos áureos, el prototipo del Príncipe moderno y cristiano es Fernando el católico, cuyo reinado es vivero inagotable para la emulación. Mas el fernandismo de Saavedra, incluso su goticismo, sólo tienen sentido en el contexto de su visión de la política de Estado. El Reino de Francia es el gran enemigo de España, pues de su configuración estatal y expansión territorial depende la suerte de un Imperio que, como el español, se resiente de su no contigüidad geográfica. Si Francia triunfaba, la cuestión austriaca sería para España algo secundario y muy oneroso.

Cuando Saavedra se convenció del inexorable ascenso de Francia postuló la necesidad de soltar el lastre holandés, replegándose la Monarquía sobre el trípode cisneriano de la Península Ibérica, el Reino de Nápoles y las plazas del Norte de África. El control del Mediterráneo permitiría a España estar prevenida de la “vecindad de África”, imperativo geopolítico, por otro lado, muy beneficioso para Francia, pues decía Saavedra que este extremo hacía del sur de los Pirineos un “antemural [francés] contra los mahometanos”; mas también ganaría España al concentrarse en la política del Nuevo Mundo, como fue el caso, ya en el siglo XVIII, con el cambio dinástico.

*

Gran práctico del *Jus publicum europaeum*, su obra exhala las categorías del nomos europeo de lo político: desde la inderogable regla de que todo Estado es un enemigo justo hasta la institución de la neutralidad. Por eso pudo hablar de Europa en el sentido moderno (equilibrio de las potencias) que tiene la escisión protestante de la Cristiandad. Ahora bien, el equilibrio continental al que se refería Saavedra no era la resultante de fuerzas mecánicas, sino una ordenación proporcionada u orgánica de los sujetos políticos. La gobernación o política interior presenta también en Saavedra los rasgos de la modernidad política, pero sin perjuicio de la tradición escolástica, renovada en España a partir del siglo XVI.

*

Aunque con modestia y limitadamente, el político jurista murciano llamó la atención sobre la importancia de la economía política para el recto gobierno de la Monarquía. En las *Empresas Políticas* están recogidas las enseñanzas económicas de la Escuela de Salamanca, particularmente las relativas a las bondades del libre comercio, la proscripción de la inflación y el rechazo de la explotación fiscal, pues, ironizaba, “no sabía que fuese buena justicia quitar a uno parte de su hacienda a título de que es rico”.

*

Saavedra Fajardo murió el 24 de agosto de 1648. Sus baqueteados restos, trasladados solemnemente desde Madrid en el tercer centenario de su nacimiento, reposan en la Catedral de Murcia, en la capilla del beato Andrés Hibernón, contemporáneo y coterráneo de don Diego.

*

La obra de Saavedra Fajardo nunca ha dejado de editarse en España. Todos sus libros pueden encontrarse en ediciones modernas. Destaca entre todas ellas la edición crítica de las *Empresas Políticas* realizada por Sagrario López Poza para Ediciones Cátedra (Madrid 1999). Varias editoriales se han ocupado también últimamente de *República literaria* (Crítica, Barcelona 2006). La editorial regional murciana Tres Fronteras publicó el “Año Saavedra Fajardo” dos textos muy importantes: *Raria et minora* (Murcia 2008), una colección de textos breves y raros de Saavedra Fajardo que se reúnen por primera vez, y *Corona gótica* (Murcia 2008). Como introducción al saavedrismo tiene su valor la antología elaborada hace años por Francisco Ayala y reeditada no hace mucho: *El pensamiento vivo de Saavedra Fajardo* (Península, Barcelona 2001). En cualquier caso, no han perdido valor las *Obras completas* (Aguilar, Madrid 1946) al cuidado de Ángel González Palencia, que incluyen una mínima parte de su

correspondencia. La correspondencia diplomática de Saavedra Fajardo ocuparía varios tomos, de los que tan sólo se han publicado tres: *España y Europa en el siglo XVIII. Correspondencia de Saavedra Fajardo* (CSIC/Real Academia de la Historia, 1986 [t. I], 1991 [t. II] y 2008 [t. III, 2 vols.]), al cuidado de Quintín Aldea Vaquero, de la Real Academia Española de la Historia, curador también de una gran edición de las *Empresas Políticas* en dos tomos (Editora Nacional, Madrid 1976). La literatura saavedriana secundaria es abundante. No existe una bibliografía que actualice y complete la elaborada a principios de la década de los años 70 por Francisco Javier Díez de Revenga: *Saavedra Fajardo* (Academia Alfonso X el Sabio, Murcia 1977). Puede completarse con el trabajo del filósofo Adolfo Muñoz Alonso, "Revisión bibliográfica de Saavedra Fajardo", en *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), LXIII, 1958. Las últimas ediciones y publicaciones están registradas en una exhaustiva bibliografía de José María Bernal López y J. M.: "Más de una década de estudios saavedrianos: bibliografía 2000-2011", en *Empresas Políticas* (Murcia), Nº 14-15, 2010.

Los libros más destacados sobre Saavedra son, a mi juicio, los siguientes, que cito, cuando ello es posible, en ediciones accesibles: Sabino Alonso Fueyo, *Saavedra Fajardo. El hombre y su filosofía* (Guerri, Valencia 1949); Francisco Murillo Ferrol, *Saavedra Fajardo y la política del Barroco* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957); John C. Dowling, *El pensamiento político-filosófico de Saavedra Fajardo. Posturas del siglo XVII ante la decadencia y conservación de las Monarquías* (Academia Alfonso X el Sabio, Murcia 1957); Hans-Otto Mühleise, *Die Friedensproblematik in den politischen Emblemen Diego Saavedra Fajardo* (Verlag Ernst Vögel, Munich 1982); Azorín, *Saavedra Fajardo* (Real Academia Alfonso X el Sabio, Murcia 1993); Manuel Fraga Iribarne, *Don Diego de Saavedra y Fajardo y la diplomacia de su época* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998); Christian Romanoski, *Tacitus emblematicus. Diego Saavedra Fajardo und seine "Empresas Políticas"* (Weidler Buchverlag, Berlín 2006); José Javier Ruiz Ibáñez (coord.), *Pensar Europa en el Siglo de Hierro. El mundo en tiempos de Saavedra Fajardo* (Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales, Murcia 2008); y Belén Rosa de Gea, *Res publica y poder. Saavedra Fajardo y los dilemas del mundo hispánico* (Biblioteca Nueva, Madrid 2010).

Otra vía de acceso importante a Saavedra Fajardo, además de las monografías citadas, son los números de algunas revistas consagrados al escritor y diplomático español. En este campo destacan *Monteagudo* (Murcia), Nº 86, 1984, monográfico dedicado a Saavedra en el IV centenario de su nacimiento; *Res Publica. Revista de la historia y del presente de los conceptos políticos* (Murcia), Nº 19, 2008, que reúne gran cantidad de artículos sobre Saavedra con motivo del "Año Saavedra Fajardo"; y *Crítica hispánica* (Pittsburgh), vol. XXXII, fasc. 2, 2010. Existe también una revista que bajo el título *Empresas Políticas* (Murcia), reserva desde

su primer número (2002) una sección (“Saavedriana”) a los estudios sobre Saavedra Fajardo.

Merece la pena recordar que el pensamiento saavedriano ha sido objeto de algunas tesis doctorales desde principios del siglo XX. Aunque puede haber alguna más, acaso en el siglo XIX, yo tengo noticia de las siguientes: Enrique Benito y de la Llave, *Juicio crítico de las Empresas políticas de Saavedra Fajardo y examen de su doctrina jurídica* (Universidad de Madrid, 1904); Felipe Cortines y Murube, *Ideas jurídicas de Saavedra Fajardo* (Universidad de Madrid, 1907); Carlos Manzanares Herrero, *Saavedra Fajardo* (Universidad de Madrid, 1946); Sabino Alonso-Fueyo, *Saavedra Fajardo y su concepción política* (Universidad de Madrid, 1947); John C. Dowling, *The political thought of Saavedra Fajardo of seventeenth century attitudes towards the decline of Spain as a world power* (Universidad de Wisconsin, 1950); Manuel Segura Ortega, *La filosofía jurídica y política en las Empresas de Saavedra Fajardo* (Universidad Complutense, 1983); Belén Rosa de Gea, *Saavedra Fajardo y los dilemas del mundo hispánico* (Universidad de Murcia, 2009); y Sonia Boadas, *Un diálogo hacia la paz: las Locuras de Europa de Saavedra Fajardo* (Universidad de Gerona, 2012). Tengo constancia de alguna otra en preparación (José María Bernal López, *Saavedra Fajardo y el realismo político* [Universidad de Murcia] y Antonio Saorín Martínez, *El pensamiento político-filosófico de Saavedra Fajardo* [Universidad de Murcia]).

*

La obra de Saavedra ha tenido gran trascendencia en Europa, una prueba de ello, además de las traducciones, es la frecuente utilización de las *picturae* de sus *Empresas* en la decoración de interiores y fachadas de diversos edificios públicos y privados en Alemania, Austria, Suiza o República Checa. Una mínima muestra de ese eco saavedriano en el arte puede encontrarse en los estudios sobre la emblemática mural y cerámica de Johannes Köhler, *Angewandte Emblemantik im Fliesensaal von Wisbergholzen bei Hildesheim* (Verlag August Lax, Hildesheim 1988); Dietmar Peil, *Die Embleme im Rittersaal auf Gut Hohen Luckow* (Gut Hohen Luckow, Hohen Luckow 2004); Hartmut Freytag, Wolfgang Harms y Michael Schilling, *Gesprächskultur des Barock. Die Embleme der Bunten Kammer im Herrenhaus Ludwigsburg bei Eckernförde* (Ludwig, Kiel 2004); Hartmung Freytag y Dietmar Peil (ed.), *Das Kugelgenhaus in Dresden und seine emblematische Deckendekoration* (Institut für Deutsche Philologie, Munich 2001).

GOBIERNO DEL PUEBLO Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA. DIÁLOGO CRÍTICO SOBRE CIERTAS IDEAS DOMINANTES

*Sergio Raúl Castaño**

SUMARIO: I. Introducción. II. Un concepto huidizo. La cuestión del “gobierno del pueblo”. 1. La noción de democracia en Sartori. 2. Observaciones críticas. 3. Legitimidad e investidura en Sartori. 4. Observaciones críticas. III. Delimitación del concepto y detección del principio de legitimidad de la democracia. 1. La resolución de la legitimidad de ejercicio en la legalidad. 2. Observaciones críticas. 3. Los contrarios y el contradictorio de la democracia. IV. Una conclusión del análisis de Sartori sobre la noción de democracia. 1. La tesis de Sartori sobre la limitación del poder en la democracia (liberal). 2. Observaciones críticas. V. El problema de la representación en el sistema partidocrático. VI. Colofón.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo intentaremos un diálogo crítico con algunas posiciones de Giovanni Sartori, según aparecen en una de sus obras más acabadas sobre la democracia, relativas a la cuestión del fundamento de legitimidad y a la naturaleza del moderno Estado democrático-representativo, o Estado de derecho (“liberal-burgués” o “social”), o Estado constitucional.

Dos palabras (pues no podemos ocuparnos aquí *in extenso* de la rica variedad de aspectos significados por cada una de las denominaciones antedichas) respecto de esos diversos nombres del Estado liberal. Estado democrático-representativo alude a la especificación (restricción, cabría mejor decir) del carácter de democrático del Estado moderno en provecho de sus principios más estrictamente liberales, restricción ya postulada por Sieyès¹. En segundo término, la idea de Estado de derecho aparece en el período postrevolucionario con el sentido general de (auto)limitación del

*Profesor de filosofía, Diplomado de Estudios Avanzados en Filosofía (Universidad de Barcelona), Doctor en Filosofía (Universidad Abat Oliva (Barcelona)). Investigador independiente de CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas - Fundación Bariloche/Argentina).

¹Cfr. *Dire sur le veto royal*, 234-238 de los *Écrits politiques* de Sieyès, edición de Roberto Zapperi, Bruselas. Archives Contemporaines. 1994.

poder por el derecho, en contraposición al régimen absolutista². Pero cabe acotar que, a pesar de su pretensión de tal, este Estado de derecho no es axiológicamente neutral, sino que se inspira en una constelación de valores que es, desde el punto de vista filosófico, liberal; y, atendiendo al estrato social y ante todo cosmovisional que lo anima, burgués (de allí la teóricamente inobjetable categorización de “Estado liberal-burgués” de Schmitt³). Tras la segunda guerra los aspectos más marcadamente individualistas del Estado de derecho liberal se contrapesan con una dinámica estatista de corte social(ista); la cual dinámica, con todo, no alcanza a difuminar la impronta ideológica de origen del constitucionalismo, sino que se concilia con ella –en el plano de los principios–⁴. En Estado constitucional, por fin, se mienta la primacía del principio del constitucionalismo, que asigna la prelación a la Constitución, si bien entendida –en lo esencial, de modo ininterrumpido a través de los doscientos años de vigencia teórica y práctica del constitucionalismo– bajo ciertos supuestos que se reconducen en gran medida al modelo racional-normativo de constitución, tal como fue categorizado paradigmáticamente por Manuel García-Pelayo⁵.

Sea como fuere de sus denominaciones, nos las habemos con la forma política más lozana de nuestro tiempo, aquella que, tras la caída del socialismo soviético, convoca cada vez más adhesiones, prácticas y teóricas: el constitucionalismo, expresión jurídico-política por antonomasia del liberalismo⁶. Nuestra perspectiva de análisis –la de la legitimidad política– nos permitirá adentrarnos en la realidad del Estado democrático contemporáneo a través de uno de los temas capitales de la filosofía política, cuyo profuso desarrollo doctrinal comienza por lo menos en Aristóteles⁷. En la cuestión

²Sobre el Estado de derecho y sus variantes más significativas cfr. Antonio Carlos Pereira-Menaut, *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madrid. Marcial Pons. 2003.

³Cfr. *Verfassungslehre*. Berlin. Duncker & Humblot. 1993, esp. 36-41 y 125 ss.

⁴Sobre el tema de la continuidad esencial del Estado de derecho (liberal) tras la segunda posguerra vide Ernst Forsthoﬀ, *Stato di diritto in trasformazione*, trad it. L. Riegert y C. Amirante. Milano. Giuffrè. 1973.

⁵Cfr. su *Manual de derecho constitucional comparado*. Madrid. Alianza, 1993. 33-41. Sobre el rasgo de la *despolitización* como propio del Estado de derecho (liberal) a lo largo de su evolución cfr. Dalmacio Negro, *Gobierno y Estado*. Madrid. Marcial Pons. 2002, cap. X-XIII.

⁶Cfr. Pietro Giuseppe Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*. Madrid. Marcial Pons. 2005, 88-89. Pero años antes otro hecho político había dado un impulso decisivo a la expansión del constitucionalismo liberal, incluso identificándolo con la legitimidad política *ut sic*: la victoria aliada de 1945. En efecto, tal toma de posición tuvo un respaldo político indudable en la prescripción del modelo de “elecciones libres” como el único legítimo por parte de los firmantes de Yalta: decisión que registraba un antecedente importante en la Conferencia de Primeros Ministros del Commonwealth de mayo de 1944; ésta postuló la fórmula según la cual los pueblos debían tener la libertad “to decide for themselves their future form of democratic government” (cfr. Dolf Sternberg, *Fundamento y abismo del poder*, trad. N. Silveti Paz. Buenos Aires. Sur. 1965, cap. II, subrayado nuestro).

⁷Cfr. Sergio R. Castaño, *Interpretación del poder en Vitoria y Suárez*. Pamplona. EUNSA. 2011, cap. 2.

que aquí abordamos hemos intentado asumir la tarea crítica rigurosa que les cabe a los saberes políticos, sin perder nunca de vista el supuesto racional de que en nuestro objeto de conocimiento resulta ilícito erigir dogmas, aunque éstos se hallen avalados por una vigencia epocal creciente.

II. UN CONCEPTO HUIDIZO. LA CUESTIÓN DEL “GOBIERNO DEL PUEBLO”

1. LA NOCIÓN DE DEMOCRACIA EN SARTORI

En una primera aproximación, puede asumirse que el Estado moldeado por el sistema constitucionalista se encuadra genéricamente dentro de la forma de gobierno democrática. Cómo se debe entender el término en relación con el Estado liberal contemporáneo, y qué específico –o, mejor dicho, particular– contorno reviste hoy la democracia occidental –en tanto democracia– no es una cuestión que resulte obvia, o tan siquiera fácil de dirimir. Una autorizada guía teórica, como lo es Giovanni Sartori, en una última obra de conjunto dedicada al tema, enfoca la cuestión de la definición de la democracia⁸. Lo hace a partir de su delimitación respecto de otras nociones políticas, y en inevitable vinculación con el principio de legitimidad que le da sustento.

Etimológicamente, “democracia” significa “gobierno del pueblo”. Si esto es así, el pueblo en tanto tal es el titular del poder político, y debe ser asimismo quien lo ejerza. Pero, por el contrario, objeta Sartori, la democracia constitucional contemporánea plantea la necesidad de negar el ejercicio a su titular (“[p]ara realizar la democracia se desunen la titularidad y el ejercicio del poder”).

Luego, quien lo ejerza no será el pueblo, aunque lo ejercerá sobre el pueblo. Debe aceptarse, así, que tal titularidad no implica el ejercicio, puesto que –sobre todo en la actualidad– el ejercicio colectivo del poder se torna imposible. Aparece así un problema que el propio Sartori se ocupa de poner de relieve⁹.

⁸*Democrazia: cosa è*; se utiliza la trad. cast.: *¿Qué es la democracia?*, trad. M. A. González y M. C. Pestellini. Buenos Aires. Taurus. 2003. Resulta especialmente pertinente la consulta de esta obra, ya que a la indudable valía científica del autor se une el hecho de que, como él mismo lo dice, su anterior libro sobre el tema (*Teoría de la democracia*) “fue escrito en los años ochenta, pero después se sucedieron los acontecimientos de 1989, y con la caída del muro de Berlín el mundo estaba recomenzando con nuevas premisas. Así fue como en Italia se publicó en 1993 un libro con el título *Democrazia: cosa è*, completamente reescrito [...]”.

⁹*¿Qué es la democracia?*, 42-44.

2. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Hemos dado aquí con un verdadero dogma del sistema democrático-representativo del constitucionalismo, que trataremos por nuestra parte de discutir y juzgar: se trata de afirmar, en el ámbito público, una soberanía sin ejercicio, análogamente a como en el ámbito privado se afirma el goce sin el ejercicio de ciertos derechos.

Ahora bien, ante ese dogma surge una dificultad crucial. Pues hay una diferencia esencial entre la titularidad de una capacidad civil y la de una potestad, que veta radicalmente la pretensión de afirmar una titularidad sin el ejercicio del poder del Estado. Tal diferencia consiste en que la capacidad se refiere a derechos categorizables como beneficios, mientras que la potestad es, intrínsecamente, una *función*¹⁰. Es así como, por ejemplo, la patria potestad radica en el ejercicio de los actos tendientes al bien de los hijos¹¹.

Nos explayamos. La capacidad civil encierra la titularidad de derechos que no suponen necesariamente el obrar del propio sujeto investido de ellos. Así, un nonato posee la capacidad (de derecho) de heredar, un menor impúber la de adquirir la propiedad de un bien, un demente la de percibir una renta, mediando la acción de sus respectivos padres, tutores o curadores, según sea el caso. Por el contrario, el derecho (o, en su fundamento, la titularidad) del mando equivale al ejercicio de una función, ya que tal investidura comporta, como una nota intrínseca, la necesaria (obligatoria) realización de ciertos actos tendientes a la consecución de ciertos fines u objetivos sociales¹². En otros términos, la posibilidad del goce de un derecho civil (p. ej., contratar o *stare ad jus*) no entraña necesariamente el obrar del titular mismo. Pero el mando consiste, en esencia, en una acción del poseedor (titular) del derecho sobre la voluntad y/o las cosas de otro u otros.

En la misma línea, repárese en que la naturaleza activo/funcional del derecho de mando social tiene como una de sus consecuencias el aludido carácter obligatorio de su ejercicio. Efectivamente, si el ejercicio de algunos poderes jurídicos consiste en una conducta jurídica facultativa, en cambio el ejercicio de la potestad es obligatorio. Los poderes jurídicos

¹⁰Además, “toda potestad jurídica es poder jurídico, pero la inversa no es verdadera”, afirma Guido Soaje Ramos (*El concepto de derecho*. Buenos Aires. INFIP. 1982, 2ª. parte III, 13). Toda potestad jurídica origina relaciones de subordinación, mientras que ciertos poderes jurídicos dan lugar a relaciones de coordinación, las cuales de suyo excluyen la presencia del mando y la obediencia, aclara allí mismo el autor.

¹¹Cfr., por todos, el Código Civil argentino, arts. 264, 264 bis, 303, 309 y 310, entre otros.

¹²Y esto es válido para cualquier teoría acerca de la naturaleza del poder social, desde aquellas que lo centran en la dirección del grupo a su bien común (el aristotelismo clásico y escolástico) hasta aquellas que lo reducen a la aplicación de la fuerza (p. ej., Max Weber y su “sociología de la dominación”).

que no son potestades no sufren demérito, en cuanto a su naturaleza, por el hecho de que su ejercicio sea contingente (así, tengo derecho a enajenar mi propiedad, pero lícitamente puedo hacerlo o no). En cambio, hay necesidad deóntica en el ejercicio de la potestad (así, el juez debe dictar sentencia). Respecto de lo cual cabe una aclaración. Pues sin duda habría que afirmar la obligatoriedad –genérica, o global– del ejercicio de los derechos subjetivos que responden a fines imprescriptibles de la naturaleza humana. Así, por ejemplo, sería obligatorio el ejercicio de algunas conductas –escogidas por la persona de entre un abanico de posibilidades– que resulten conducentes a la conservación de la existencia (de la propia y de quienes se hallan a su cuidado). Pero, con todo, en el nivel de los poderes jurídicos que no son potestades no parece haber necesidad deóntica respecto de la realización de ciertas conductas específicas. Así, por ejemplo, el padre de familia no tiene la obligación de trabajar si puede vivir de rentas; pero, en cambio, un funcionario sí debe realizar cierta clase determinada de conductas.

Por ello, pues, cabe afirmar que la obligatoriedad de la acción en el derecho de mando contribuye a poner aun más de manifiesto la vinculación esencial entre la titularidad y el ejercicio en el seno de una potestad¹³. Es cierto que en el sistema democrático-representativo el pueblo vota periódicamente entre las alternativas electivas que se le ofrecen. Pero debe decirse que si el pueblo elige (u opta –en un referéndum, p. ej.–) eso no comporta que mande. Esta cuestión nos introduce en un problema intrínseco a la radicación de la potestad política en la multiplicidad (“el pueblo”, o “la nación”), que muestra desde otro ángulo la inviabilidad de tal idea. Se trata del modo real de expresión de la voluntad popular, de su carácter simple o elemental, que excluye toda posibilidad de conducción política no mediada por la acción decisoria de los representantes de la multitud. Erich Kaufmann, en un breve y medular escrito, puntualiza el incontestable y objetivo hecho de que la voluntad del pueblo, en sí misma, es informe y se halla necesitada de una forma. La voluntad del pueblo (Volkswille), expone Kaufmann, constituye un concepto político; y éste, por su parte, se basa en una magnitud real, la de una vivencia colectiva en cuya memoria se depositan humillación e ignominia, conmociones sociales, necesidad y miseria; pero también el ejemplo de los héroes, la emancipación y la libertad. Es una voluntad de vivir y de valer, por la que un pueblo se quiere como tal y se manifiesta como Estado independiente. Ahora bien, con todo lo real y central que esta magnitud resulta en Política, ella sin embargo sólo logra actualizarse por y en personas individuales, que concretan sus múltiples posibilidades de acción y la transforman en una

¹³Para toda esta cuestión, que consideramos decisiva, cfr. nuestro *El poder constituyente entre mito y realidad*. Buenos Aires. Instituto de Filosofía del Derecho - Universidad Católica de Cuyo. 2012, Excurso.

voluntad efectivamente actuante. Por ello la representación es una de las categorías fundamentales decisivas de la Política, sentencia Kaufmann, quien indica como “ley estructural” de la voluntad del pueblo a la necesidad de órganos que manifiesten a ésta, ante sí misma y ante los otros pueblos del orbe. La voluntad del pueblo no sólo se corporiza en órganos que la representan y representan al todo comunitario, sino que también se expresa en el consenso de subordinación sin el cual ningún régimen subsistiría. Pero la voluntad del pueblo se manifiesta, más estrictamente, cuando la multitud se pronuncia, mediante procedimientos normados, sobre la acción de las potestades públicas, sea en una asamblea popular, sea en una elección de representantes. Es en la primera de esas formas, a saber en la asamblea del pueblo, donde éste se presenta de un modo más inmediato (es decir, no mediado por representantes) –aunque Kaufmann no deje de remarcar que tampoco en ese caso el pueblo se hace presente en una total inmediatez, porque los ciudadanos con derecho a voto no se identifican con el pueblo sin más–. Sea como fuere, este máximo grado posible de inmediatez de la voluntad del pueblo se halla signado por una nota constitutiva: la multitud sólo puede aprobar o rechazar, respondiendo a preguntas propuestas y a contenidos elaborados previamente (o a candidatos postulados con antelación)¹⁴. De allí la “primera ley de la conformación de la voluntad del pueblo”, como la llama Kaufmann: aquella según la cual cuanto más inmediata (no representada) es la expresión de la multitud, tanto menor es su posibilidad de influir en la determinación de un contenido concreto –así como, *a fortiori*, tanto menor es su capacidad de gobernar¹⁵.

Esta limitación de la asamblea general del pueblo a la aclamación, al “sí o no” frente a la propuesta del ápice del poder vigente, ya había sido señalada por Carl Schmitt en una obra clave, pocos años anterior al escrito de Kaufmann¹⁶. Y es necesario consignar aquí que el propio Jürgen Habermas, cuando en 1988 analiza la idea de soberanía del pueblo en su función legitimante del Estado de derecho democrático, llega a conclusiones cercanas a las de Kaufmann –en lo referente al carácter elemental y aprobatorio de la manifestación de la voluntad del ciudadano (en tanto elector)–. La soberanía del pueblo no puede pensarse como encarnada en los miembros del pueblo, apunta Habermas. Pero “[u]na soberanía popular exenta de sujeto (esto es, no asociada a sujeto alguno), que se ha vuelto anónima [...] se retrae, por así decir, a los procedimientos democráticos y a los exigentes presupuestos comunicativos de la implementación de

¹⁴Como lo reafirma la sentencia, teóricamente inobjetable, del gran constitucionalista alemán Josef Isensee: “Soberano no es aquí quien responde la pregunta, sino quien la hace” (cfr. *Das Volk als Grund der Verfassung*. Opladen. Nordrheinische Wissenschaftliche Akademie. 1995, 46).

¹⁵Cfr. “Zur Problematik des Volkswillens” (1931), en Erich Kaufmann, *Gesammelte Schriften*, Bd. III: Rechtsidee und Recht. Göttingen. Otto Schwartz & Co. 1960, 272-284.

¹⁶Cfr. *Verfassungslehre* (1928), 83-84.

esos procedimientos democráticos”. Ahora bien, ese soberano desreificado y disuelto en un procedimiento de formación de la voluntad política del Estado, a la hora de emitir su voto, “no tiene más remedio que elegir entre los objetivos altamente generalizados y perfiles confusos de partidos populares”. De esta suerte, y aunque el sentido de la argumentación habermasiana apunte en otro sentido, la constatación resulta significativa: el modo de manifestación (positiva) en que se verifica el procedimiento democrático supone, básicamente, la aprobación de una propuesta ya preformada por el sistema¹⁷.

3. LEGITIMIDAD E INVESTIDURA EN SARTORI

Ahora bien, aun ignorada la dificultad que suscita la afirmación de la titularidad sin el ejercicio del poder por el pueblo, una vez operada la sustitución del ejercicio democrático por técnicas representativas que ponen el poder en pocas manos se le plantea todavía a Sartori el problema de cómo el pueblo –como destinatario del poder, en tanto gobernado– podrá hacer que el gobierno esté al servicio de los ciudadanos –y no a la inversa–. Pues una cosa, remata Sartori, es abolir el poder del autócrata y afirmar la titularidad del pueblo y otra bien distinta es impedir que la titularidad democrática llegue a ser “el biombo y la legitimación de un ejercicio autocrático del poder”. Sartori aduce enseguida la conocida frase de Lincoln, que subraya la dificultad de delimitación de la esencia de la democracia. En efecto, el aforismo “government of the people, by the people, for the people” no es todo lo claro que parece a primera vista. En primer lugar, “of the people” puede significar tanto un genitivo subjetivo cuanto uno objetivo: ¿es gobierno ejercido por el pueblo, o más bien sobre el pueblo? Por su parte “by the people” puede significar por el pueblo, o también mediante el pueblo. Y “for the people” significa evidentemente “para, en interés de” el pueblo. Pero, se pregunta Sartori, ¿alguien diría que gobierna contra el pueblo? En definitiva, la frase enuncia un principio democrático sólo porque la dijo Lincoln, y no por su contenido nocional, pues también habría podido ser pronunciada por otros labios, como, por ejemplo, los de Stalin: “¿Hipótesis absurda? No, Stalin no habría tenido dificultad en firmarlo”, agrega Sartori¹⁸.

Sea como fuere, la tesis de que el poder pertenece al pueblo tiene un significado preciso respecto de las fuentes y de la legitimidad del poder político, afirma Sartori. Ese principio democrático se traduciría en formulaciones tales como que “democracia quiere decir que el poder es legítimo sólo cuando su investidura viene de abajo, sólo si emana de la voluntad

¹⁷Cfr. “La soberanía del pueblo como procedimiento”, en *Facticidad y validez*, trad. M. Jiménez Redondo. Madrid. Trotta. 2005, 589-617 (aquí, 612-613).

¹⁸¿Qué es la democracia?, 44-48.

popular, lo cual significa, en concreto, si es y en cuanto es libremente consentido". Pero debemos decir por nuestra parte, tal como lo afirma el propio Sartori respecto del efato de Lincoln, que estas formulaciones resultan ambiguas o, por lo menos, imprecisas.

4. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Intentemos entonces por nuestra parte una precisión al respecto. Por un lado, la potestad política es de derecho natural; y la existencia del poder constituye una propiedad de la naturaleza de la sociedad política¹⁹. Por otro, la investidura de las potestades públicas, por lo pronto, viene –mediata o inmediatamente– de la Constitución, que es la norma según la cual son investidos los gobernantes; y en un régimen democrático el *corpo electoral* posee una *competencia*, que se halla *constitucionalmente normada*, para *designar a algunos* de los titulares de los poderes públicos²⁰. A partir de ello no puede aceptarse acriticamente que en un régimen democrático la investidura venga “de abajo”. Como tampoco puede decirse que el pueblo entregue el poder a algunos. En efecto, y en consonancia con lo que acaba de decirse sobre la investidura, cabe afirmar junto con toda una tradición de especialistas (que comienza con los grandes escolásticos contemporáneos Theodor Meyer y Louis Billot, se continúa en Julio Meinvielle y Jean Dabin y llega al decano de los constitucionalistas argentinos, Germán Bidart Campos²¹) que el pueblo no traslada el poder (que nunca ha ejercido por sí, ni lo podría), sino que sólo designa sus titulares. Por último, el consenso libremente ejercido, sin mayor especificación, se da en cualquier régimen pacíficamente establecido, comenzando por las monarquías: pues ¿podría decirse acaso que Fernando VII, monarca hereditario, no gozó de un inmenso consenso popular –que precipitó una sacrificada y tenaz guerra contra sus captores y el usurpador del trono–, un consenso no precisamente generado por sus grandes cualidades personales, sino por el inveterado prestigio de la Corona?

¹⁹Sobre este tema *vide* nuestro *Lecturas críticas sobre el poder político*. México. UNAM, en prensa, cap. V.

²⁰Respecto de la fundamentación de esta última afirmación nos remitimos a los desarrollos de nuestro trabajo “El lugar del consenso entre los valores humanos y políticos” (Eduardo Soto Kloss –ed.–, *Familia, Sociedad y Vida*. Academia de Derecho. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2009), donde abordamos el modo del papel causal del consenso en la existencia del poder y el establecimiento de la constitución.

²¹Cfr. respectivamente *Institutiones iuris naturalis*. Herder. Friburgo. 1900; “De originibus et formis principatus politici”, cuestión XII, cap. III, 1 de *De Ecclesia Christi*. Roma. Univ. Gregoriana. 1927; *Concepción católica de la política* (1932), en Julio Meinvielle. Buenos Aires. Dicio. 1974; *Doctrina general del Estado* (1939), trad. González Uribe y Tobal Moreno. México. Jus. 1946; *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*, Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1960.

Hemos hecho estas observaciones críticas al socaire de los cuestionamientos que nuestro autor se hace a sí mismo inmediatamente después de estampar las formulaciones de marras, con las que buscó explicar el sentido de la tesis de que el poder pertenece al pueblo. Con todo, Sartori precisará con mayor acuidad en otras partes de su obra la cuestión de la democracia como principio de legitimidad política.

III. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y DETECCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA DEMOCRACIA

En el último capítulo de la parte consagrada a la teoría de la democracia, Sartori indaga la especificidad del concepto de democracia; y al hacerlo establece la vinculación de ésta con su fundamento de legitimidad²². El planteo del autor no procede a partir de género próximo y diferencia específica, sino que avanza delimitando (en sentido estricto y literal), es decir, estableciendo los límites que separan la noción de democracia de sus opuestos. El capítulo está encabezado con un epígrafe que enuncia el célebre dictum de Spinoza, *Omnis determinatio est negatio*²³, que prelude la confrontación del concepto de democracia con sus posibles opuestos: tiranía, despotismo, absolutismo, autoritarismo, dictadura, totalitarismo y autocracia.

1. LA RESOLUCIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE EJERCICIO EN LA LEGALIDAD

En primer lugar, debe ponerse de relieve una afirmación de Sartori de máxima pertinencia para nuestro tema, el de la legitimidad política. En efecto, al oponer tiranía a democracia sostiene que dejará de lado el concepto de tiranía porque su elaboración medieval y renacentista tiene hoy escasa relevancia. Ejemplo de la cual sería “la distinción entre tiranía *quoad exercitium*, por el modo de ejercer el poder, y tiranía *ex defectu tituli*, es decir, por defecto de legitimidad” (cursivas nuestras). De tal suerte aparece explícita la reducción de la cuestión de la legitimidad del poder al modo en que a él se accede, o a las vías de la investidura; o, como queda claro por el contexto del libro de Sartori, la reducción de la cuestión de la legitimidad del poder al modo de la designación de sus titulares. No se plantea, pues, el juicio sobre el ejercicio del poder

²²¿Qué es la democracia?, 171 ss.

²³Cfr. su *Epístola L* (en la edición de Oscar Cohan, Buenos Aires. Sociedad Hebraica Argentina. 1950, 155-156). Este principio fue no sólo citado por Hegel (cfr. *Geschichte der Philosophie*, t. III, parte III, sección 2, cap. I, 165 de la edición Suhrkamp. Frankfurt. 1986) sino metafísicamente explotado como uno de los motores de su sistema.

en términos de legitimidad, ya que, como acota enseguida en el mismo trecho Sartori, tal evaluación era hecha (en el pasado) según criterios de derecho común, natural o divino²⁴.

Nos las habemos aquí con una afirmación de la máxima significación doctrinal, que por nuestra parte deberemos analizar críticamente, y que representantes insignes del positivismo jurídico han sostenido en su campo específico. Así, Norberto Bobbio afirma que “legitimidad”, como “legalidad”, son dos atributos del poder. Cuando los usan los juristas suelen fungir como sinónimos, si bien la primera nota reviste un matiz vinculado al título, mientras que la segunda se refiere ante todo al ejercicio²⁵. Ahora bien, repárese en que el problema de la legitimidad –análogamente al de la justicia– para el positivismo no es un problema jurídico, sino moral. Y lo moral en tanto tal –separado (metódicamente y por principio) de la política y del derecho– se identifica sólo con valoraciones privadas y subjetivas que no constituyen fundamento objetivo de obligación jurídica alguna. Ése es precisamente el temperamento de Bobbio, quien, acudiendo a la analogía, sostiene que como la justicia es la legitimación de la regla, así la validez es su legalidad. Pero para el positivismo “tomado en su expresión más radical” –dice– una norma puede ser válida sin necesidad de ser justa; es más, es justa por el solo hecho de ser válida. La validez, en ese contexto teórico, estriba en la derivación de la norma a partir de las exigencias de las normas supraordenadas, hasta llegar a una última norma fundamental que confiere validez a la totalidad del ordenamiento (Kelsen)²⁶. Así pues, y aplicando análogicamente esa tesis, el ejercicio del poder político por sus legítimos titulares podrá juzgarse ilegal, pero –estrictamente hablando, desde una perspectiva jurídico-política positivista– no podrá juzgarse como ilegítimo. Las acciones del poder del Estado no tienen, pues, sino el límite de la ley positiva, cuyas prescripciones señalan los fines obligatorios que deben ser cumplidos en la polis, sin que sea lícito aplicarles otra medida axionormativa que exceda el llamado “control de constitucionalidad”. En otros términos, la legitimidad queda absorbida por la legalidad²⁷.

²⁴¿Qué es la democracia?, 175.

²⁵“Sur le principe de légitimité”, en AAVV, *L'idée de légitimité*. Paris. PUF. 1967, 47-60.

²⁶En la misma línea, respecto de la guerra justa, Bobbio defiende la distinción entre la *legitimidad* de la guerra (es decir, la justicia o injusticia de la contienda, fundada en la existencia o no de una justa causa) y la *legalidad* de la guerra (es decir, el hecho de que las hostilidades se originen en la autoridad de los Estados involucrados). Desde su perspectiva positivista el primer problema (i. e. *bellum iustum*) no es jurídico, sino meramente moral; sólo el segundo (i. e. *hostis iustus*) cuenta como cuestión relevante para el derecho internacional público (cfr. *Il problema della guerra e le vie della pace*. Bolonia. Il Mulino. 1991, 57 ss.).

²⁷Como señaló Luis Legaz y Lacambra, el legalismo del constitucionalismo liberal se funda y explica por el principio de soberanía del pueblo, toda vez que la ley emanada del poder no

2. OBSERVACIONES CRÍTICAS

A propósito de la resolución de la legitimidad de ejercicio en la legalidad, que se desprende de las afirmaciones de Sartori (las cuales no constituyen –como se ha visto– una posición doctrinal hoy aislada), parece oportuno señalar lo que podría resultar una inconsecuencia del ilustre politólogo. Inconsecuencia que tal vez trasunte la efectiva vigencia de la ley natural y la verdad encerrada en la tradición clásica. En efecto, a pesar de su cuestionamiento al uso del término “tirano” por la ciencia política contemporánea (“[m]e deshago, inmediata y rápidamente, de tiranía y de despotismo”, dice al comenzar a analizar los posibles opuestos de democracia), Sartori llama a Hitler y a Stalin “tiranos” (p. 185). Pero el primero de ellos, en particular, llegó al poder por la vía legal, de acuerdo con la constitución positiva y designado por el voto del cuerpo electoral; fue respaldado por un posterior plebiscito que le fue abrumadoramente favorable y, asimismo, autorizado por una ley de plenos poderes que fue prorrogada en 1937 y en 1943. No es justamente ilegitimidad de origen (ni ilegalidad, ni falta de consenso) lo que puede endilgarse a Hitler, sino el paradigmático mal uso del poder, es decir, ilegitimidad de ejercicio, la cual constituye la más disvaliosa de las formas de perversión del poder. Y precisamente con esa significación emplea Sartori el término “tiranía” ¿Será que acaso el mal ejercicio del poder del Estado, a pesar de todos los prejuicios, es (y no puede dejar de ser reconocido como) ...ilegitimidad (o sea, “tiranía”)?²⁸

necesita ser justificada por una ley superior –en la medida en que es expresión de la voluntad general, quicio de toda legitimidad política– (cfr. “Legalidad y legitimidad”, en *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona. Bosch. 1960, 91). En el mismo sentido se pronuncia Maurice Duverger (*Instituciones políticas y derecho constitucional*, trad. varios. Barcelona. Ariel. 1970, 242). Así aprecia Jesús Fueyo esta reducción: “el punto de vista democrático [rousseauiano] disolvió la legitimidad en *legalidad*, con lo cual sólo consiguió una versión menos aparatosa, pero más técnica y efectiva que la ‘canonización de lo existente’ hegeliana” (“Legitimidad, validez y eficacia”, en *Estudios de teoría política*. Madrid. IEP. 1968, 46-47, subr. original).

²⁸–¿Legalidad y legitimidad se identifican?– No se identifican. Hay allí una distinción canónica para los saberes políticos y jurídicos, y ampliamente justificada. Si se pretendiera identificarlas, se caería en la aceptación o convalidación de la voluntad del poder –que se expresa legalmente–, cualquiera fuese el contenido de la decisión (‘legal’) del poder. El fallo de la Suprema Corte de los EE.UU. *Scott vs. Stanford* era legal, dentro de un sistema paradigmático del Estado de Derecho constitucional moderno, pero le negaba condición personal plena a los negros... Eso por sólo poner un ejemplo. El aborto ‘legal’ es otro. Se trata de decisiones legales que ignoran los títulos jurídicos –fundados en la naturaleza del hombre– de la persona para ser tratada como tal” (vide. “Una perspectiva sobre legalidad y legitimidad política”, entrevista concedida por el autor a *La Gaceta*, de San Miguel de Tucumán, martes 26 de junio de 2010, 14).

3. LOS CONTRARIOS Y EL CONTRADICTORIO DE LA DEMOCRACIA

En su faena nocional, Sartori, como ya se ha dicho de pasada, descarta también la noción de *despotismo*. Y hace, asimismo, enjundiosas y ponderadas consideraciones sobre la noción de *autoritarismo*, atento a la valiosidad intrínseca del término “autoridad”, sobre el cual aquél se construyó contemporáneamente. Dados el sentido positivo de “*auctoritas*” y “autoridad” y el abuso que hoy se hace de “autoritarismo”, Sartori prefiere no echar mano de su resbaladizo referente real y buscar la delimitación de la democracia mediante la oposición con otros conceptos²⁹. Los más adecuados serán absolutismo, dictadura, totalitarismo y autocracia.

En cuanto a *absolutismo*, entendido como la no sujeción a la ley (positiva), Sartori sostiene que no constituye un contrario de la democracia, toda vez que una democracia “pura” bien puede resultar absoluta. Es más: la (sola) legitimación democrática, en realidad, confiere al poder un fundamento absoluto, más allá del cual ya no cabe apelar. Luego, el absolutismo no es incompatible con la democracia sino a condición de que la democracia en cuestión sea liberal, constitucionalista y cristalizada en el Estado de derecho, concluye Sartori. Sólo *dictadura absolutista* sería un contrario válido de democracia³⁰.

Pasa enseguida nuestro autor a *totalitarismo* y debate ante todo la licitud de ese concepto, es decir, su referencia real en el universo político. Contra quienes impugnan la noción por abarcar canónicamente no sólo al nazismo sino también al comunismo –y representar así una categoría infamante para el marxismo (*sic*)– Sartori defiende la validez (teórica, y no propagandística) de un único concepto que los abarque, sin por ello renunciar a señalar sus diferencias. Contra quienes pretenden verlo como un fenómeno casi concomitante a la política, se inclina por ubicarlo en la época contemporánea³¹. Se trata, sostiene Sartori, de un tipo ideal, punto de referencia que denota el encapsulamiento de toda la vida asociada dentro del Estado, el dominio capilar del poder político sobre toda la vida extrapolítica del hombre. Si la proposición “*todo dentro del Estado*” se toma al pie de la letra (como no lo hizo el fascismo que la echó al ruedo, señala Sartori), “con los instrumentos coercitivos a disposición del poder moderno, llegamos [...] a la destrucción de todo eso que es espontáneo, independiente, diferenciado y autónomo en la vida de las colectividades humanas”³². Así planteado el totalitarismo, la pregunta sobre si es un opuesto de la democracia tiene de Sartori una

²⁹¿*Qué es la democracia?*, 177-181.

³⁰¿*Qué es la democracia?*, 176-7.

³¹Como ya había hecho Bobbio, quien, con su lucidez habitual, afirmó que no habría podido darse un régimen totalitario si antes no hubiera existido la filosofía de Hegel (cfr. *Thomas Hobbes*, trad M. Escrivá Romani. México. FCE. 1995, 67).

³²¿*Qué es la democracia?*, 188-189.

respuesta negativa: la democracia constituye el mejor fundamento de legitimidad para un régimen totalitario, ya que su premisa (“gobierno de *todos*”) le otorga más derecho que ningún otro sistema para reclamar jurisdicción sobre *todo*. Luego, concluye Sartori, sólo *dictadura totalitaria* se opondría a democracia³³.

Focalizada la atención en aquel concepto que especifica con una nota de verdadera contrariedad los de absolutismo y totalitarismo, *i.e. dictadura*, Sartori afirma que entre la noción clásica de la magistratura constitucional extraordinaria y la contemporánea, como forma de Estado en la que el poder es ilimitado y discrecional, hay, de hecho, equivocidad. La forma contemporánea de dictadura tiene para el autor tres subespecies, a saber simple, autoritaria y totalitaria, y todas ellas se oponen a la democracia entendida al modo liberal, basada en estructuras institucionales que limitan y controlan el poder. No obstante, termina diciendo Sartori (quien no tiene aquí en cuenta la llamada “dictadura del proletariado” del marxismo), las fronteras entre dictadura y democracia no son siempre nítidas. Dictadura es un contrario, pero no el contradictorio de democracia³⁴.

Sartori deja para el final autocracia. En esa noción encuentra el contradictorio de democracia, es decir, su negación lógica y conceptual, que excluye matices o gradaciones. En el marco de la oposición democracia/autocracia, dice Sartori, *tertium non datur*. Ahora bien, la determinación nomenclativa de la autocracia permitirá al célebre politólogo no sólo circunscribir por oposición el concepto de democracia, sino asimismo detectar el que él considera como principio de legitimidad de la democracia³⁵.

La autocracia es presentada como la pretensión de autoproclamarse jefe; o, asimismo, la condición de quien hereda el poder. La diferencia con la democracia radica para Sartori en el principio de investidura, que se identifica con el principio mismo de legitimidad. Mientras la investidura democrática supone elecciones “libres, competitivas y no fraudulentas”, todo régimen cuyos titulares³⁶ no surgen de tales elecciones se clasifica como no-democracia. En la democracia el poder no se halla adscripto a nadie, y nadie lo ejerce a título propio (*i.e.*, autoinvestiéndose) e irrevocable. El axioma democrático expresa que el poder de un hombre sobre otro sólo puede fundarse en el reconocimiento y la investidura de otros;

³³¿*Qué es la democracia?*, 181-190.

³⁴¿*Qué es la democracia?*, 190-192.

³⁵Precisamente en la nota final (444) del cap. II compulsado *supra*, Sartori había adelantado que el tema de la legitimidad democrática sería abordado en este lugar, al tratar sobre la oposición que nos ocupa.

³⁶Sartori dice “personal político de control” y “para controlar” (¿*Qué es la democracia?*, 193). Se trata de una terminología desafortunada, puesto que los titulares del poder del Estado no *controlan*, sino que gobiernan, legislan y juzgan. Y lo hacen como última instancia de decisión y apelación.

sin designación originada en un consenso popular libre de decidirse entre opciones no hay democracia, concluye Sartori.

IV. UNA CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS DE SARTORI SOBRE LA NOCIÓN DE DEMOCRACIA

1. LA TESIS DE SARTORI SOBRE LA LIMITACIÓN DEL PODER EN LA DEMOCRACIA (LIBERAL)

Tras la determinación de marras nuestro autor agrega que la investidura democrática, al negar la apropiación del poder, evita que se pueda “ejercer el poder sin condiciones ni límites”. Ésta es, dice, la premisa del constitucionalismo, a saber un modo de organizar el Estado en el cual el poder es “difuso, limitado, controlado y responsivo”³⁷.

2. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Cabe hacer algunas observaciones por nuestra parte ante esta suerte de conclusión del autor sobre la legitimidad democrática. En primer lugar, las oposiciones que se venían haciendo, si bien tenían el trasfondo (como todo el libro de Sartori) de la democracia en clave liberal-constitucionalista, no obstante no se referían formalmente a esa versión del sistema democrático, sino a la democracia *ut sic*. No obstante, al detectarse la esencia de la democracia y de su fundamento de legitimidad ya no se habla de la democracia en tanto tal, sino que aparece en escena la forma liberal de democracia. Luego, si se concede que la forma liberal de democracia limita y controla el poder, esa no sería una marca de la *democracia*, sino de lo específicamente liberal. La inferencia de Sartori en esa parte de su obra, y la consiguiente identificación de democracia con ejercicio de un poder limitado resulta, pues, impropia. Sin negar que un modo de investidura pueda constituir el principio de legitimidad y la formalidad misma de la democracia, de la investidura democrática misma no se sigue la limitación del poder.

Insistamos entonces en la misma línea de reflexión. Si se pretende que el sistema constitucionalista (liberal) –en la medida en que propugna un poder “limitado y controlado”– recoge una necesaria consecuencia del fundamento de la democracia, debe probarse: a) que el principio de investidura democrática conlleva limitación; pero, sobre todo: b) que, sea como fuere –aun reconociendo que tal acotamiento no constituye una nota específica de la democracia en tanto tal– el constitucionalismo (liberal) sí realiza una efectiva limitación del poder.

³⁷¿Qué es la democracia?, 194.

Lo primero (a) ya había sido respondido negativamente por el propio Sartori, cuando afirmó que la legitimación democrática en realidad constituye el mejor fundamento posible tanto para el absolutismo cuanto para el totalitarismo. De allí las reservas del autor en la oposición de democracia con absolutismo y dictadura: estas formas sólo son contrarias a la democracia liberal, había dicho Sartori. Y lo reafirma, como vemos, al introducir la limitación del poder en vinculación con el constitucionalismo. Así pues –sostiene Sartori mismo–, el origen consensual-democrático por sí solo ni acota el ejercicio del poder ni ofrece garantías a los súbditos ante posibles violaciones a derechos fundamentales (*derechos subjetivos naturales*, decimos nosotros, tomando la locución de las investigaciones de Héctor H. Hernández³⁸).

Lo segundo (b) se respondería –en favor de la limitación del poder en el sistema liberal de acuerdo con Sartori– con dos líneas de argumentos. Según la primera (b1), en el constitucionalismo, como ha dicho el autor, el poder no se detenta de modo irrevocable y a título propio: en consecuencia la capacidad de acción de quienes lo ejercen vendría a quedar limitada gracias al periódico referendo eleccionario.

Mas tal respuesta no parece enteramente convincente. Pues la periodicidad de la investidura, *sin dejar de mostrar innegable efectividad en el acotamiento de las ambiciones individuales de los titulares del poder y de sus acólitos*; sin embargo, no resulta un recurso sustancial que instaure límites objetivos a la voluntad legal del Estado, toda vez que la posibilidad de la alternancia de los titulares en el poder no implica de suyo hacer recto el contenido de sus decisiones. Al respecto conserva aún su pertinencia la clásica crítica de Carl Schmitt, que reportamos en prieta síntesis. El principio del respeto a la “*gleiche Chance*” respecto de todo grupo o partido para alcanzar una mayoría que pueda hacer valer su posición como voluntad del Estado no logra superar el formalismo jurídico, ni proteger del abuso de poder y de la injusticia. En efecto, ese principio no evita que todo contenido normativo quede sujeto al arbitrio decisorio de la mayoría circunstancial que ejerce el poder (legal) del Estado. Sólo se le exige a ésta que permita a su turno la conformación y el acceso al poder de otra mayoría –de eventual signo distinto–. Ahora bien, dentro de estas coordenadas, el ejercicio del poder por una mayoría que acepte tal principio (*i.e.*, el de provisoriedad o periodicidad del mando) jamás podría ser calificado de tiranía, porque el hecho de hallarse en manos de una mayoría de representantes ya se ha constituido en el único título de legitimidad exigible al poder. El Estado legal aparece, por principio,

³⁸Cfr. de este autor, por todos, su *Derecho subjetivo. Derechos humanos*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2000.

como neutral frente a cualquier bien humano universal y objetivo, de cuya tutela o preterición resulta árbitro el poder circunstancialmente vigente³⁹.

La segunda línea de argumentos (b2) en favor del acotamiento del poder en el sistema liberal no supera el plano del mencionado recurso de la limitación del poder por la vía de la rotación de quienes lo ejercen, y se inscribe dentro de la idea de *limitación del poder* que trasunta en general el texto de Sartori. Así, al tratar sobre el absolutismo, nuestro autor señala que el poder absoluto no se halla enmarcado por contrapoderes y no está sujeto a las leyes, como sí lo está el poder en el Estado constitucional. Ahora bien, si Sartori se refiere a contrapoderes institucionales (intrasistémicos) y a normas positivas, *i.e.* a mecanismos político-jurídicos cristalizados en el poder y en el derecho vigentes, habrá que decir que tales controles no constituyen auténticos límites –en el mismo plano de los principios– a la voluntad del Estado. En otros términos, la diversificación de órganos y funciones de poder (siendo el poder *per se* uno solo) y la primacía de la norma positiva sobre el arbitrio circunstancial de quienes mandan (*una vez aceptado que toda norma queda sujeta a una soberanía fundante, la del “pueblo”, sin límites axionormativos allende su voluntad*) no constituyen una negación esencial del absolutismo –el cual debe ser

³⁹Cfr. *Legalität und Legitimität*, 30 ss. Actualmente se aboga por la idea de que el Estado “constitucional” (fundado en valores) constituye una superación cualitativa del Estado “legal” del positivismo clásico –es interesante al respecto la postura de un jurista práctico: cfr. Leslie Van Rompaey (ministro de la Suprema Corte de la R. O. del Uruguay), “El rol del juez del s. XXI”, en *Compromiso*, U.C. del Uruguay, 2009, 14-19; debo este texto a mi amigo el Prof. Mariano Brito–; esa primera cuestión se vincula con la de si los tribunales constitucionales resultan efectiva garantía de auténticos “derechos fundamentales” (o derechos subjetivos naturales). Al respecto hemos escrito recientemente: “sin dejar de ser cierto que el sistema político-jurídico ha tomado distancia del positivismo *normativista* clásico del Estado legislativo, repárese en que las instancias jurisdiccionales supremas pueden interpretar hoy la constitución y las leyes a partir de valores o principios, los cuales, en no pocos casos, aparecen impregnados de ideologías de fondo relativista. Se trata del “positivismo *cultural*”, en la lograda expresión de Gustavo Zagrebelsky (cfr. Marina Gascón Abellán, “El derecho constitucional del pluralismo. Conversaciones con el Prof. Gustavo Zagrebelsky”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N° 11, 1999, 18, subr. nuestro). De allí que los tribunales constitucionales y las cortes supremas de justicia decidan a veces lo justo y lo injusto en materias gravísimas a partir de los valores o principios que o bien se consideran ínsitos en la constitución (como, por ejemplo, el valor primario del ‘pluralismo’ esgrimido en clave agnóstico-nominalista); o bien animarían la ‘conciencia jurídica de la comunidad’, y de la que el juez sería intérprete autorizado (cfr. Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la constitución*. Madrid. C. E. C. 1997, 628-629). Luego, con tales fundamentos axionormativos, los tribunales supremos, lejos de conjurar el peligro del positivismo relativista señalado por Schmitt en el Estado liberal (legislativo), por momentos no hacen sino extremar sus aristas hasta el límite mismo de lo irracional –sólo que en el seno de una forma política distinta en lo accidental; y que, por lo tanto, no contradice los principios definitorios últimos del sistema–” (*Ideología y justicia. Legalidad y legitimidad en el estado constitucional democrático*, con prólogo de Dalmacio Negro, cap. VII –en trámite de publicación–). Fallos del Tribunal constitucional español (como el de noviembre de 2012, sobre el matrimonio homosexual) no hacen sino confirmar esta tesis sobre el fondo de la cuestión.

entendido cabalmente: como desvinculación *de toda ley, comenzando por la de Dios y la ley natural*—. En efecto, la genuina limitación del poder no podrá hacerse efectiva sino a través del reconocimiento de ciertas normas deónticamente superiores a la decisión de quienes gobiernan, legislan y juzgan (así se trate de la constitución positiva), así como superiores a las vigencias culturales del momento⁴⁰. Luego, la “autolimitación del poder” en el seno del sistema (en términos de Jellinek⁴¹) no es sino una limitación epidérmica (o adjetiva) del poder, que no basta para superar el quicio del absolutismo. No nos detendremos ahora a demostrarlo y sólo lo dejamos sugerido⁴². Pero nótese que es precisamente suponiendo la regulación universal y objetiva de esas normas superiores por lo que sobre todo se llama “tirano” a Hitler, aunque quien lo haga no pertenezca al ámbito doctrinal “medieval” (como hemos constatado en el caso del mismo Sartori) ¿O acaso el régimen de Hitler habría dejado de ser tiránico si sus proyectos de ley hubiesen sido aprobados por un Reichstag y además declarados conformes a la Constitución (o al sucedáneo normativo que estuviera vigente en ese momento) por los tribunales?

Asentemos una síntesis de todo este punto 2. Tras haber descartado (con Sartori) que la democracia *ut sic* impida la extralimitación del poder (a), no resulta convincente la fundamentación del acotamiento del poder en el principio de investidura periódica (b1). Esto último, sumándose a otros principios intrasistémicos del constitucionalismo (b2), confluye en el resultado de manifestar el fracaso del sistema en su pretensión de haber erigido un límite sustantivo a la esfera de acción del poder político.

V. EL PROBLEMA DE LA REPRESENTACIÓN EN EL SISTEMA PARTIDOCRÁTICO

En el contexto de la aguda y sugerente dilucidación lógico-nocional de Giovanni Sartori sobre la legitimidad democrática aparece un presupuesto que inviste un sentido protagónico respecto de nuestro tema. Se trata de

⁴⁰Sobre esta cuestión cfr. la difícilmente objetable posición de Arturo E. Sampay en *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1965, esp. 60 y ss.

⁴¹*Teoría general del Estado*, trad. F. de los Ríos. Buenos Aires. Albatros. 1943, 300 ss.

⁴²Hermann Heller observa a este respecto: “... las revoluciones burguesas, con sus nuevos documentos constitucionales, deben ser entendidas como una prosecución de la heroica empresa que el absolutismo continental había iniciado con la ordenación consciente de la realidad social según un plan unitario. Es la misma línea que es todavía continuada por las dictaduras actuales y en particular por el bolchevismo ruso” (*Staatslehre*. Tübingen. J. C. B. Mohr. 1983, 307-308). Sin perjuicio de todo lo dicho, no deja de ser cierto que un poder judicial autónomo puede servir para contener y encauzar parcialmente la acción del poder —siempre que, a la hora de dictar sentencia, se atenga a la validez de los preceptos fundamentales de racionalidad práctica (“ley natural”)—.

que la titularidad del derecho de gobernar radica en el pueblo⁴³. En referencia a tal principio se vuelve necesario agregar –como cierre de esta discusión– un nuevo cuestionamiento a nuestras observaciones críticas sobre la fundamentación del Estado constitucional en tanto democrático en Sartori. En efecto, en toda esta discusión no hemos mencionado un elemento sociológico-institucional clave para el tema de la democracia en la circunstancia actual, cual es el del sistema de partidos, en torno del cual se dirimen hoy álgidos conflictos que afectan la legitimidad de origen de la representación y conllevan la eventual distorsión de la real voluntad colectiva del electorado. Vaya sobre ello una breve indicación.

Ante todo, en el sistema constitucionalista del liberalismo el mandato imperativo se halla *de jure* proscrito. No en vano sentenciaba Kelsen: “desde el momento que las constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del Parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del Parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica)”⁴⁴. El juicio de Kelsen resulta irrefutable. Tal es el principio representativo propio del régimen vigente: *de jure* no hay mandato imperativo de “abajo hacia arriba”, y el elector del órgano legislativo no tiene en sus manos resortes de control de las decisiones del elegido.

Pero a ese principio jurídico-político se agrega hoy una circunstancia histórica de graves consecuencias. En virtud de la modificación del sistema de elección y de la extensión del derecho al sufragio –que ha dado lugar a la llamada “democracia de masas”, aparecida a fines del s. XIX– son los partidos políticos los que han adquirido el monopolio o cuasi monopolio de la representación (en el caso argentino, con fundamento en la Constitución misma⁴⁵). De allí que actualmente se verifique *de facto* un mandato imperativo “de arriba hacia abajo”, esto es, desde la cúpula del partido hacia los legisladores e integrantes del gobierno.

En conclusión, si pesa un veto inapelable sobre el mandato imperativo del representado respecto del representante, por el contrario sí existe un efectivo mandato imperativo (*de facto*) de los grupos en ejercicio del

⁴³¿Qué es la democracia?, 48-49.

⁴⁴Cfr. *Teoría general del Estado* trad. L. Legaz. Barcelona. Labor. 1934, 402.

⁴⁵Constitución Nacional argentina, artículo 38. Esta tendencia ya se había ido afirmando incontrastablemente en el derecho público de la Argentina aun antes de su introducción en la constitución formal (reformada en 1994). Al respecto vide, por ejemplo, los considerandos 12, 13 y 14 del fallo “Ríos” de la CSJN (*Fallos*, 310: 819, 22/4/1987). Sobre este tema son clarificadoras las consideraciones de Héctor H. Hernández en su conferencia ante el II Congreso Nacional de Filosofía Política y V Jornadas Nacionales de Derecho Natural, “El derecho natural a la participación política: hacia otro sistema”, reproducida en *Actualidad Jurídica*, N° 7 (2010).

poder, organizados partidocráticamente, sobre todos sus cuadros. Hoy el representante no responde (porque jurídicamente no debe responder) ante su elector. En cambio, sí lo hace ante la estructura de poder que lo ha integrado en sus filas; y es esa estructura la que, en realidad y en definitiva, decidirá el futuro político del representante.

VI. COLOFÓN

No es nuestra intención estampar aquí largas y pormenorizadas conclusiones. Sólo nos queda señalar, desde un realismo que pretenda hacerse cargo de los bienes humanos en juego en el orden político, que legalidad no es legitimidad política y vigencia no es validez jurídica. Supuesto lo cual, es menester no olvidar que la convalidación axionormativa del régimen liberal no debe depender de lo extendido que se halle, o de lo incontestable que parezca su poder, sino de la valoración objetiva de sus fundamentos.

MÁS ALLÁ DE CÁDIZ

Miguel Ayuso*

SUMARIO: 1. «El “otro” Cádiz». 2. El contexto peninsular y ultramarino. 3. La herida de Cádiz y su posteridad.

1. «EL “OTRO” CÁDIZ»

Hace cuatro años, el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II lanzó un proyecto de investigación, que llevaba en elaboración ya algunos años atrás, y que rubricamos «El “otro” bicentenario»¹. Traía su origen, como es fácilmente imaginable, de las conmemoraciones del bicentenario del 2 de mayo de 1808, que confirmaron –incluso con usura– los temores y no simples aprehensiones que cabía razonablemente albergar a la vista de la instalación de la cultura y política patrias más aún en la perversión que en el desconcierto. Se esparció con grave falsedad que España habría nacido entonces y que la sublevación contra el «francés» habría venido signada por el liberalismo auroral. La resistencia del pueblo español a las ambiciones napoleónicas, así, habría hecho posible el hecho de la «nación en armas», presupuesto de la «nación política»². Se hacía preciso alzar, por lo mismo, el verdadero rostro del bicentenario en cuestión, ofreciendo cabalmente «otro bicentenario». Advertíamos ya entonces, de todos modos, que tal empresa de desbroce no sería sino el comienzo de una serie, al comprender el alzamiento, la guerra posterior, el proceso institucional e incluso (merced a un ardid) constitucional, así como su reflejo en sede americana. Estábamos, pues, en presencia de

*Profesor de derecho constitucional, Universidad de Comillas/Madrid; profesor extraordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, y miembro del Consejo Científico de *Ius Publicum*.

¹Cfr. Miguel Ayuso, «El bicentenario, el “otro” bicentenario y los “otros” bicentenarios», *Verbo* (Madrid), Nº 465-466 (2008), 363-374.

²Para la crítica más de sus presupuestos conceptuales que de su desarrollo historiográfico; pueden verse Miguel Ayuso, *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011, en especial el capítulo 1; Dalmacio Negro, *Sobre el Estado en España*. Madrid. Marcial Pons, 2007, y José Antonio Ullate, «El nacionalismo y la metamorfosis de la nación», *Fuego y Raya, Revista semestral hispanoamericana de historia y política* (Córdoba de Tucumán), Nº 2 (2010), 87 ss.

«los “otros” bicentenarios»; plural que a la postre tornaba al singular, por resultar la razón del desconocimiento y la manipulación semejante cuando no idéntica en todos los casos.

El segundo eslabón despuntó poco después, merced a cumplirse los dos siglos del inicio de la secesión de los reinos de Ultramar. Allí descubrimos un panorama no muy diferente del que es dado observar en la Península: pues inicialmente se protesta por las Juntas, la defensa del Rey y la Familia Real, secuestrados por Napoleón, mientras se rechaza al hermano de éste; o donde también se vitorea al Rey y se rechaza en cambio el mal gobierno. Luego llegarán las justificaciones pseudoescolásticas. O la retórica nacional. En puridad, debajo del gran torrente de los acontecimientos, está la fuente de las ideas liberales, de los intereses económicos y de las potencias extranjeras³. Por eso, no es desacertada la visión que encuentra la raíz de la secesión no, desde luego, en la resistencia a una opresión trisecular, sino en la contienda fratricida prendida con ocasión de la mentada invasión napoleónica y que escinde tanto a unos españoles que viven en la vieja península ibérica de otros trasplantados a América, pero también a éstos entre sí, como a aquéllos entre sí. Contienda en la que lo común fue encontrar al pueblo sosteniendo la causa del Rey frente a unos libertadores de los que no esperaban conservar la libertad cristiana sino instauraran la opresión liberal.

Llegamos ahora, en 2012, al bicentenario de la Constitución de Cádiz. Respecto de la que hemos querido ofrecer también una visión que refleje la realidad de texto y contexto, frente a la versión mítica que –hoy más que nunca– sigue circulando dominadora.

2. EL CONTEXTO PENINSULAR Y ULTRAMARINO

Al asunto bien conocido de las actitudes políticas ante la crisis del antiguo régimen⁴, que constituye un telón de fondo imprescindible, habría que añadir algunas precisiones relativas al contexto internacional, sobre todo en perspectiva ultramarina. Las tres tendencias (la de quienes querían conservar el modo de gobernación de los últimos años de Carlos IV y la de quienes querían reformarlo, aunque de modo divergente, respec-

³Algo he dejado dicho en mi *Carlismo para hispanoamericanos. Fundamentos de la unidad política de los pueblos hispánicos*. Buenos Aires. Nueva Hispanidad. 2007. Y lo ha desarrollado ejemplarmente José Antonio Ullate, en *Españoles que no pudieron serlo. La verdadera historia de la independencia de América*. Madrid. Libros Libres. 2009.

⁴La referencia inevitable sigue siendo a Federico Suárez Verdeguer, *Conservadores, innovadores y renovadores en las postrimerías del antiguo régimen*. Pamplona. Estudio General de Navarra. 1955. Del mismo autor el trabajo más amplio es *La crisis política del antiguo régimen en España (1808-1840)*. Madrid. Rialp. 1950.

tivamente en clave mimética del liberalismo revolucionario francés y en clave purificadora de la tradición castiza) están ya operantes antes de la invasión francesa. En el Motín de Aranjuez, por evocar uno de los acontecimientos más señalados, entre los partidarios del «despotismo ministerial» de Godoy destaca la alianza (en apariencia paradójica, en realidad no tanto) entre conservadores e innovadores; mientras que entre los fernandinos se advierte otra de conservadores (resentidos) con renovadores. Tras el 2 de mayo de 1808 va a ocupar el foco de la escena la oposición entre los «afrancesados», que apoyan al rey intruso, y los «patriotas» que luchan por el rey cautivo y la religión. En 1810, con la convocatoria de Cortes, y su reunión no por brazos sino de acuerdo con la nueva representación nacional a la francesa, se vio cómo entre los patriotas los innovadores (liberales) tomaban el control de las juntas en detrimento de los renovadores (realistas).

Parece que en este desplazamiento la influencia inglesa hubo de ser decisiva. El pueblo defendía las ideas tradicionales al tiempo que el aliado inglés promovía otras de signo opuesto. En tiempos de Carlos IV el sector anglófilo, representado por Carvajal y Lancaster, no alcanzó apenas significación, pues el pueblo era contrario a lo inglés mientras que las élites eran más bien favorables a Francia. Con la invasión napoleónica todo cambió y los apoyos ideológicos de la Gran Bretaña fueron adquiriendo un espacio del que siempre habían carecido. Que el puerto de Cádiz haya sido su sede sólo confirma que Gibraltar fue su capital. Eso fue el «doceañismo». Entre 1810 y 1814, debido a su compromiso con los invasores, el partido afrancesado sufrió notable desgaste y, concluida la guerra, el anterior frente antifrancés se rompe entre pueblo tradicional y burguesía pro inglesa. Eso fue el “Manifiesto de los persas”.

En Ultramar el juntismo reproduce el mismo fenómeno del frente fernandino, a través de lo que se conoce como «la máscara de Fernando VII». Primero las juntas toman el poder al grito de «Dios, patria y rey», y luego los aliados de Inglaterra apoyan a los más radicales de sus miembros para que las controlen. En Buenos Aires, por ejemplo, es clarísimo y para conjurar el riesgo que representan las masas tradicionalistas, que sí tenían un caudillo, asesinan a Liniers. El caso del Perú es singular, porque Abascal usó diferentemente la «máscara constitucional»: es decir, gobernó por el Rey de acuerdo con una Constitución que sólo lo era de nombre. Así se entiende que todas las juntas, ya desnaturalizadas, lo combatieran. Fue el único defensor de las ideas tradicionales y por eso consigna en su memoria de gobierno que el día más triste de su vida fue el de la jura de la Constitución. En los territorios insurgentes, sin embargo, la Constitución ya no podía causar más daños, aunque sí contribuyera a crear (donde no existía) o a reforzar (donde ya había brotado) un clima ideológico no sólo contra el absolutismo español

sino aun contra la misma Monarquía. Y representó una influencia que se cohonestó en mayor o menor grado (lo que ha sido objeto de amplia discusión) con las venidas directamente de Francia, Inglaterra o los Estados Unidos.

Las tres tendencias de que habla Suárez Verdeguer, encubiertas por la guerra hasta 1814, comienzan a distinguirse netamente a partir de 1814. Advertimos ya entonces a los innovadores, conservadores y renovadores. A los primeros corresponden los liberales exaltados (pro ingleses) y moderados (pro franceses); a los segundos se adscriben la camarilla de Fernando VII y algunos que fueron afrancesados y perdieron luego el impulso innovador; y a los terceros los realistas, luego apostólicos y finalmente carlistas. La confrontación ideológica (o doctrinal) que inauguran durará todo el siglo XIX. Pero mientras en la península se radicaliza por la guerra civil de los partidos, en América el ascenso de los caudillos sobre éstos va a moderar. La restauración de la Constitución en 1820 supuso una catástrofe para la América fidelista y sobre todo para el Perú. El radicalismo antirreligioso de los doceañistas que volvían al poder condujo en ocasiones a preferir el «secesionismo conservador» al «realismo liberal». Como se vio en el México de Iturbide o como, de nuevo en el Perú, se dio en el derrocamiento del virrey Pezuela en 1821 por los oficiales liberales del Ejército real. Cuando el Congreso de Verona acordó la intervención en España, que se produjo en 1823, el pueblo recibió al Ejército compuesto por franceses de modo bien diferente a como lo había hecho con Napoleón. Claro es que no se trataba en esta ocasión de un ejército revolucionario de ocupación sino de un ejército católico de liberación. La secuencia es bien conocida... Fernando VII siguió sin entender, y el decenio (apodado como «ominoso») fue más conservador que tradicional. Y su resultado fue el de abrir el paso a la revolución liberal. Desde 1833 España ha visto la alianza perenne bajo diversas metamorfosis de conservadores e innovadores contra renovadores.

3. LA HERIDA DE CÁDIZ Y SU POSTERIDAD

Se ha subrayado convenientemente por la literatura histórica que la Independencia fue, ante todo, una respuesta espontánea ante un hecho exterior e imprevisto. Resultó de algún modo inevitable y constituyó en su desarrollo una exhibición de la vitalidad y el heroísmo del pueblo. No han faltado tampoco, aunque sin alcanzar el mismo relieve, las consideraciones ajustadas sobre su naturaleza de guerra civil, en la que el pueblo toma con santa rabia el partido de la resistencia, mientras la minoría ilustrada se escinde entre quienes vieron en los ocupantes la encarnación de sus ideales y quienes «por loable

inconsecuencia dejaron de afrancesarse». Serán éstos precisamente los que aprovechen la ausencia del rey y la confusión del momento para introducir las mismas reformas constitucionales y que los invasores propugnaban. Fueron, pues, los «constituyentes de Cádiz». Sin embargo, se ha observado menos en su dimensión profunda (y no meramente pacifista) el claroscuro tenebrista de lo que Goya, tras pintarlo, acertó a bautizar como «los desastres de la guerra». Y, sí, la Independencia fue finalmente una catástrofe. Fue catastrófico –apunta Rafael Gambra– en su aspecto puramente bélico, pese a la victoria final, en la que tanta parte tuvieron las armas inglesas como sufrió sobre todo sus consecuencias el pueblo español. Pero fue aún más desastrosa en el orden político. Frente al tópico de la decadencia patria en el siglo XVIII, si excluimos los últimos años de Carlos IV, y el influjo parcial del enciclopedismo bajo Carlos III, el ambiente de serenidad y cooperación, que todavía reinaba, mantenía en todos una razonable esperanza en la recuperación del orden comunitario cristiano en que nuestra convivencia se asentaba. Pero esa esperanza de recuperación social y religiosa fue desarticulada por la guerra de la Independencia y los procesos que desencadenó: «Hizo abortar los procesos de incorporación pacífica y precipitó los de disolución violenta, creando abismos insuperables y sumiéndolo todo en rencores y celos. Posiblemente, sin ella el enciclopedismo español no habría sido desertor afrancesado, ni aun siquiera constituyente en el sentido de la Revolución francesa. Y la gran mayoría católica y monárquica del país no habría producido guerrillas y puritanismos enfermizos, sino una favorable reacción cultural, encaminada a contrarrestar la influencia del racionalismo enciclopedista»⁵.

A los doscientos años de la Constitución de Cádiz estas líneas no resultan fáciles de entender. Pero, por otra parte, alcanzan particular relieve. Esa hendidura de Cádiz deriva sobre todo del racionalismo que, con su designio constituyente, aspiraba a dar vida a un mecanismo perfecto de sola base racional y con exclusión de cualquier otro fundamento trascendente religioso o histórico. Ahí debía aparecer la Constitución sabia y definitiva que encontró en el utilitarismo de Jeremías Bentham su artesano más destacado, hasta el punto de redactar con perfecto apriorismo constituciones políticas para los pueblos que venían de alcanzar la cualidad de libres y democráticos, dejando atrás la ignorancia y el despotismo. Hoy, por un lado, se ha disuelto en el irracionalismo (*rectius* en el nihilismo) la pretensión constituyente, mientras que por el otro la realidad constitucional se descompone.

⁵Rafael Gambra, «La herida de la Independencia», en Miguel Ayuso (ed.), *Obra completa de Rafael Gambra Ciudad*. Madrid. Digibis-Publicaciones digitales.

ALGO SOBRE EL NEOMARXISMO

*Jorge H. Sarmiento García**

Alguna vez he contado que, contrariamente a lo que muchos creen, Mikhail Gorbachev, autor de "Perestroika" –o "Revolución"–, no anhelaba en modo alguno la supresión del marxismo-leninismo, sino su difusión y afianzamiento, planteándose con ese objeto subsanar aquellas disfunciones que habrían provocado la detención del desarrollo político y económico de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Afirmaba entonces Gorbachev que el socialismo "posee enormes posibilidades, todavía sin utilizar", debido a que "los clásicos del marxismo-leninismo nos legaron una definición de los caracteres más esenciales del socialismo, no una imagen completa y detallada del mismo", aclarando que "Quienes alberguen la esperanza de que abandonemos el camino del socialismo van a quedar desengañados".

Así, el fracaso del denominado "socialismo real" en los países de Europa Central y Oriental, constituiría la confirmación de la previsión de Antonio Gramsci sobre la imposibilidad de construir una sociedad socialista sin haber logrado el consenso ampliamente mayoritario de la población, consenso que sólo se podría obtener actuando en el campo de la cultura para conseguir la hegemonía intelectual y moral del nuevo bloque emergente. Aquí encontramos el origen de lo que se ha dado en llamar "neomarxismo".

De origen socialista, en 1920 Gramsci se escindió de su partido con la "fracción comunista" que el 21 de enero de 1921 formó el Partido Comunista Italiano (PCI) como integrante de su "Comité Central". Viajó a Rusia donde vivió varios años, durante los cuales intimó con Lenín, pudo tratar a Trotsky y Stalin, conoció a quien sería su esposa y pasó a ser el hombre de confianza de la URSS para organizar el comunismo en Italia (debiendo destacarse que en aquella época los partidos comunistas que se creaban en distintos países eran considerados "secciones" del PC de la URSS). Volvió a Italia en 1924 donde fue electo diputado por el PCI y en

*Profesor de Teoría del Estado, Facultad de Ciencias Políticas, Universidad de Cuyo/ Mendoza - Argentina. Director del Instituto de Derecho Administrativo, Mendoza.

1926 fue detenido, acusado de incitación al odio de clases, de instigación a la guerra civil y otros cargos. Dos años después fue condenado a 20 años de cárcel, donde murió en 1937.

Gramsci jamás publicó libro alguno. A partir de 1929, autorizado por sus guardianes, escribió más de cincuenta cuadernos que a su muerte se publicarían como “Quaderni del Carcere” y que, si bien contenían reflexiones sobre temas diversos, su línea de pensamiento la constituía “el papel de los intelectuales en la sociedad”. Para el comunismo italiano, su obra representó la forma de introducir el materialismo histórico en un país de profunda raíz cultural cristiana. Es decir, es el teórico de la revolución cultural en Occidente. Esos cuadernos fueron publicados en seis volúmenes –por primera vez en castellano– en nuestro país, entre 1948 y 1951.

Mientras que Marx subrayaba la importancia de las condiciones objetivas de la revolución, Gramsci desarrolló, en un período posterior y aprovechando la experiencia de la revolución soviética, la teoría del consenso como teoría subjetiva de la revolución socialista: sin el acuerdo de la sociedad, no se puede realizar con éxito la revolución. Para Gramsci no se debía apuntar a los medios de producción como decía Marx, ni a los medios de poder político como decía Lenin, sino a los medios de comunicación, la cultura y la educación. Para ello era vital el control de los centros de difusión del pensamiento, tales como universidades, colegios, prensa, radio, (hoy, televisión), etc. Sostenía que un poder político que no tuviera una sociedad que le respondiera ideológicamente estaba girando en el vacío, y que si se lograba que la mayoría aceptara la ideología socialista, la toma del poder político sería como recoger una fruta madura. Se trata de una estrategia sin tiempo, donde sus alianzas pueden desorientar, pueden cambiar, pero sus objetivos son invariables: suplir los valores sobre los que asienta la sociedad.

Gramsci asignó importancia a ganarse a los intelectuales tradicionales que, aunque no involucrados en la política, influyen en la propagación de las ideas. Decía que la sociedad comienza a resquebrajarse cuando aparecen teólogos, militares, profesores, periodistas, que empiezan a renegar de la sociedad a la cual pertenecen, es decir, que traicionan a la misma, y aunque no se declaren partidarios de tendencias marxistas, se preparan para la nueva hegemonía que va adquiriendo cuerpo.

La obra de Gramsci y de sus continuadores queda estructurada por la finalidad de determinar un renacimiento del marxismo elevado a la creación de una cultura integral; y particularmente Gramsci habría cumplido esta tarea de acuerdo con la inspiración básica de Marx, no eliminando del marxismo el concepto central de práctica, sino proporcionando la más profunda concepción de esta.

Lo cierto es que el “neomarxismo” ha hecho permanecer el pensamiento marxista, mas no con aquella vertiente stalinista que conocimos en la segunda mitad del siglo pasado, sino revestido de una forma más

tenue, más atrayente, intelectualmente bien construida, que le da un nuevo carácter sugestivo.

La propuesta neomarxista –en contraposición al pensamiento leninista, que justifica la violencia política, el totalitarismo y la vía armada– propicia la penetración intelectual y espiritual, camino que puede ser lento, sofisticado y que requiere penetrar la coraza de la “superestructura” social y moral.

El desafío histórico de Lenin de crear una sociedad a partir de una voluntad política totalitaria –tanto en los medios como en los fines–, considerando las condiciones culturales, sociales, económicas y políticas de la sociedad de hoy, según el “neomarxismo” debe ser corregido en sus aspectos políticos y estatistas para lograr, mediante mecanismos formalmente democráticos, pacíficos y progresistas, la conquista plena del poder; ello con *la intención de transformar el orden imperante en una forma totalitaria*.

El neomarxismo pretende apropiarse de valores como la equidad, la igualdad, la tolerancia, la preservación del medio ambiente, los derechos humanos y de las minorías, etc., aunque busca alcanzarlos saltando el principio de subsidiariedad, propiciando nuevas formas de intervencionismo estatal en materias de propiedad, educación, salud, económicas, tributarias y previsionales, entre otras, *restándole toda importancia a la libertad individual*.

La ideología marxista, entonces, sobrevive y gobierna, sobre la base de la interpretación efectuada por Gramsci al marxismo, al que consideró como la doctrina de la salvación de la ilusión (o sea, de la religión) y del engaño (el capitalismo). Visualizó la debilidad del marxismo leninismo de la toma violenta del poder, señalando que sólo una alternativa que apuntara a la ocupación cultural, al ejercicio del verdadero liderazgo al interior de la sociedad civil, podría tener éxito para alcanzar y desarrollar el poder, estrategia que operaría mejor en el modelo occidental capitalista que la cruel guerra de maniobras propiciada por el marxismo leninismo.

Manifiestamente anticlerical, Gramsci creía que la Iglesia, junto con la educación, constituía una de las dos instituciones culturales superiores de un país, desde que conformaban el “sentido común de la sociedad”, esto es, el sentido valorativo de ella (lo que está bien y lo que está mal). Estaba convencido que todo progreso en el orden científico implicaba un retroceso en el campo de la fe, de allí su rechazo absoluto al sentido de trascendencia y su concepción de la inutilidad de las religiones, a las que consideraba utópicas. *Pregonaba un “materialismo”* basado en el deseo de encontrar en esta tierra y no en otro lugar el sentido de la vida, rechazando categóricamente el “más allá” u otra vida religiosa. Es decir, el “materialismo” como sinónimo de antiespiritualismo. Esta concepción de repudiar el espiritualismo o la cosmovisión religiosa de la existencia se denomina “inmanencia”, en contraposición a la “trascendencia”.

Gramsci veía que sería imposible instaurar el comunismo en los países occidentales siguiendo la misma estrategia que Lenin había seguido en Rusia, debido a que el pueblo en estos lugares tenía tan fuertemente arraigadas sus creencias, costumbres y tradiciones, que no aceptarían jamás las ideas del materialismo dialéctico por la vía de la fuerza militar y del Estado.

De nada serviría tomar el poder del Estado y la educación por la fuerza, si el pueblo no colaboraba después con él, para el adoctrinamiento en el pensamiento materialista. Para lograr los objetivos marxistas en los países occidentales, especialmente latinos, habría que acabar primero con esas creencias, costumbres y tradiciones del pueblo. Obviamente, para ello sus dos obstáculos más importantes en los países latinos, *los enemigos a vencer y destruir antes que nada, son las iglesias cristianas (especialmente la católica) y la familia*; y para vencerlos, sería menester:

- Acabar con las creencias, tradiciones y costumbres que hablen de la trascendencia del hombre, ridiculizándolas con mensajes cortos y accesibles y por todos los medios, haciéndolas aparecer como algo tonto, ridículo, pasado de moda. De este modo, se hará dudar a las gentes de sus convicciones más íntimas o, por lo menos, se los hará sentirse avergonzados de ellas.
- Sobre la duda, sembrar nuevas ideas. No hablar de materialismo, pues los pueblos conocen el término y se pondrán en guardia. Hay que hablar de inmanencia, lo opuesto a la trascendencia y hacerle saber al mundo que eso, el hombre inmanente, el que piensa y vive sólo para el aquí y para el ahora, es lo moderno, lo actual.
- Silenciar, a través de la calumnia, la crítica abierta, la burla, la ridiculización y el desprecio social, a todo el que se atreva a defender las ideas de un paso más allá de una vida trascendente.
- Crear una nueva cultura en donde la trascendencia no halle lugar alguno.
- Infiltrarse en la “superestructura”, introduciéndose en las iglesias y en las instituciones educativas para reforzar desde ahí las ideas de lo que es moderno y actual (lo inmanente) y de lo que está pasado de moda y es ridículo (lo trascendente).
- Erradicar de los programas educativos todo lo que hable de tradiciones familiares y de una vida eterna.
- Conseguir, por cualquier medio (incluidos el soborno y el chantaje) a personajes disidentes que sean famosos dentro de la superestructura (iglesias, escuelas) para que sean ellos mismos los que ridiculicen sus propias Instituciones y difundan así las ideas neomarxistas. Del mismo modo, no importa cuál sea, conseguir que artistas, pensadores, periodistas y escritores que ridiculicen la fe, las tradiciones y a todo aquél que se atreva a defenderlas.
- Dueños ya de la sociedad política, se influirá coercitivamente, mediante las leyes y normas positivas, sobre la sociedad civil que ya piensa

como neomarxista o ya no sabe ni qué piensa o, por lo menos, le da miedo decir lo que piensa.

- El plan se cierra, desde el gobierno, con el pueblo concientizado para alcanzar el paraíso aquí en la tierra.

Agradecemos a Rafael Caviedes, Lucrecia Rego y a María Estela Lépori de Pithod, fuentes e inspiradores de esta nota. Por último, útil es transcribir un texto de Joaquín García-Huidobro, Carlos Massini Correas y Bernardino Bravo Lira: “Los políticos de Occidente no han percibido en general la real naturaleza del adversario que tienen por delante. Las respuestas ofrecidas se han dado en un plano incorrecto, pensando en un adversario dotado de la ideología marxista-leninista clásica, cuando en realidad se enfrentan a algo distinto y mucho más peligroso. Confiar en la ideología del bienestar económico, donde Lenin rendía sus batallas, ya no es suficiente para detener el avance del comunismo gramsciano. El gramscismo trabaja en el universo de la superestructura, el mundo de la sociedad civil –cultural si se quiere– en donde la respuesta debe ser a nivel ideológico y doctrinal y no sólo en el plano de las realizaciones económicas. Por su parte, la dedicación excluyente de los partidos no comunistas, centrada en el esfuerzo por el bienestar económico, ha dejado a los marxistas el campo libre en todos los lugares donde la cultura se va conformando y difundiendo. De esta manera, han caído en manos de orientadores marxistas escuelas, universidades, medios de comunicación y, en general, toda una serie de circuitos culturales con amplias influencias en la población. La tarea gramsciana ha sido particularmente fácil, tomando en cuenta la poca –y ninguna– resistencia ofrecida por las fuerzas tradicionales en su retirada hacia los centros donde se promueve el progreso material. Por lo demás, la retirada en el terreno cultural se ha visto agravada por la presencia de otras ideas y doctrinas, no comunistas ni socializantes, pero sí sólidamente imanentistas. Frente a esto, los representantes de la cultura tradicional se han visto apabullados ante la presencia de un contrincante desproporcionadamente poderoso, lleno de recursos, apoyo económico e intelectual y asentado en una sólida base ideológica. La cultura gramsciana dispone de los medios y la intención de apoderarse de la sociedad civil, dominándola desde las modestas galerías de arte hasta los enormes complejos editoriales, en tanto su adversario se debate entre la subsistencia y el silencio provocados por el olvido”¹.

¹ *Reflexiones sobre el socialismo liberal*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 1988, 93-94.

LA VIVENCIA DE LA COMUNIDAD EN EL ACOMPAÑAMIENTO PERSONAL

*María Esther Gómez de Pedro**

SUMARIO: 1. Universidad como comunidad al servicio de la verdad. 2. Antropología fundamental. 3. El acompañamiento personal. 4. Dificultades. 5. Ejemplo de vida.

A la misión de la Universidad pertenece la búsqueda conjunta de la verdad desde la contribución de cada uno de sus miembros, según sus cualidades y su misión específica. Dentro de esta perspectiva –la del inigualable marco del Congreso Mundial de Universidades Católicas desarrollado en Ávila del 12 al 14 de agosto del 2011, que inspiraron estas páginas– quisiera enmarcar las siguientes reflexiones sobre la educación universitaria, y, en concreto, sobre el acompañamiento personal que está llamado a realizar sobre todo la Universidad Católica o de inspiración católica.

Las ideas básicas que quiero desarrollar y en torno a la cuales articularé el contenido de esta intervención son esencialmente tres –Universidad como comunidad al servicio de la verdad, el marco antropológico que configura la vida universitaria, y la formación de los alumnos a través del acompañamiento personal–, enhebradas entre sí por un hilo conductor común –el de la comunidad de los primeros cristianos, como modelo de vida y praxis.

1. UNIVERSIDAD COMO COMUNIDAD AL SERVICIO DE LA VERDAD

La Universidad Católica, según pone de manifiesto la Constitución Apostólica *Ex corde Ecclesiae*, está llamada a ser una comunidad académica de personas en torno a la verdad y a su servicio, principalmente en su investigación, transmisión, formación y compromiso efectivo con esta verdad en todos

*Doctora en Filosofía, Universidad de Barcelona. Profesora Asociada de Filosofía Tomista del Hombre y Coordinadora del Centro de Estudios Tomistas, Universidad Santo Tomás/ Santiago de Chile.

los ámbitos de la sociedad¹. Es tan esencial a la Universidad conformarse como una comunidad que me parece pertinente confrontarla con aquel modelo eximio de comunidad formada por los primeros cristianos y tenerla así como referente e ideal. A ella haremos constante alusión.

Toda comunidad se estructura en torno a un objetivo común que aúna los intereses particulares. En nuestro caso es la verdad que, en tanto que amada, buscada, conocida, y sobre todo vivida y difundida, actúa de nexo entre los miembros de esa comunidad y debe animar la vida universitaria al modo de un corazón que dé vida al organismo. “La muchedumbre de los que habían creído tenían un solo corazón y una sola alma” relatan los Hechos, 4, 32.

Quizás más ahora que nunca nuestro mundo, aquejado de la enfermedad del relativismo, “tiene necesidad urgente de esta forma de servicio desinteresado que es el de *proclamar el sentido de la verdad*” (n. 4), de una Universidad que exprese con valentía verdades incómodas o políticamente incorrectas, pero que son, en definitiva, necesarias para el correcto desarrollo de la persona y de la sociedad (n. 32).

(*Ex corde Ecclesia*, 1). “La Universidad Católica persigue sus propios objetivos también mediante el esfuerzo por formar una comunidad auténticamente humana, animada por el espíritu de Cristo. La fuente de su unidad deriva de su común consagración a la verdad, de la idéntica visión de la dignidad humana y, en último análisis, de la persona y del mensaje de Cristo” (21).

Esa respuesta y compromiso con la verdad es lo que debe configurar, pues, el quehacer de la Universidad y lo que hará posible el logro de su misión: a través de la educación, de la enseñanza, del aprendizaje o de la administración, es decir, de cada una de sus actividades. Sólo el poner al servicio del bien común las riquezas de cada uno², sus potencialidades y fortalezas, puede generar esa comunidad rica en humanidad en torno a la verdad en la que unos apoyan a otros y en la que nadie actúa ni está solo. Los primeros cristianos, nuestra comunidad modelo, “Lo tenían todo en común” (Hch. 4, 32) no sólo lo material, sino también las propiedades intelectuales, espirituales, etc.; como ellos, lo que recibimos no es para el provecho egoísta, sino para ponerlo al servicio de los demás. Y

¹“Por su vocación la *Universitas magistrorum et scholarium* se consagra a la investigación, a la enseñanza y a la formación de los estudiantes, libremente reunidos con sus maestros, animados todos por el mismo amor del saber” (*Ex corde Ecclesia*, 1). “La Universidad Católica persigue sus propios objetivos también mediante el esfuerzo por formar una comunidad auténticamente humana, animada por el espíritu de Cristo. La fuente de su unidad deriva de su común consagración a la verdad, de la idéntica visión de la dignidad humana y, en último análisis, de la persona y del mensaje de Cristo” (21).

²“Cada miembro de la Comunidad, a su vez, coadyuva para promover la unidad y contribuye, según su propia responsabilidad y capacidad, en las decisiones que tocan a la Comunidad misma, así como a mantener y reforzar el carácter católico de la institución” (*Ibid.*, 21).

también, como ellos, cada miembro tiene algo que aportar y con lo que complementar a los demás. Esta visión favorece el buen ambiente y el trabajo en equipo y permite superar, además, una tentación muy fuerte en el mundo académico – tanto entre profesores como entre estudiantes–, la de la envidia y falsa emulación, que ciega al que la padece para reconocer lo bueno que tiene y le incapacita para cultivarlo al máximo y ponerlo al servicio de la comunidad.

Algunos ejemplos de esta visión de comunidad: profesores que investigan para poner lo descubierto al servicio de la sociedad –no sólo para hacer currículum y ganar prestigio–, la empatía natural que poseen algunas personas puesta al servicio de la acogida, del entusiasmo, de la ayuda sobre todo de los estudiantes; la capacidad de aportar nuevas ideas para la mejora y crecimiento de la institución, dotar de mayor orden a la administración, generar un ambiente adecuado de trabajo y convivencia, etc. Todo habla del trabajo diario bien hecho y de la disponibilidad para trabajar en común. De especial relevancia para nuestro tema es una de aplicaciones concretas de esta colaboración, propuesta en el documento, que consistiría en que los docentes estén “disponibles para servicios de asesoría” (36).

La tarea y compromiso de cada uno de sus miembros –de todos– es, pues, imprescindible, no sólo para crear comunidad, sino para lograr el fin específico de la Universidad. En último término, la respuesta a la verdad suprema, que es Dios, debe provocar un verdadero camino de santidad en el que la primacía la tenga la gracia³, y no los solos esfuerzos humanos –con los que hay que contar, pero que son impotentes por sí mismos para alcanzar la meta. Y desde esta óptica, cabe decir que en los caminos de Dios no se pueden juzgar los éxitos o los fracasos al estilo del mundo –el del éxito y la eficacia tangibles–, por eso especialmente quienes llevan las riendas de las Universidades Católicas deben estar abiertos de tal manera a la acción de Dios que puedan juzgar y tomar decisiones a su luz⁴. Ser personas de oración, de escucha de la Palabra de Dios, de celebración del misterio pascual en los sacramentos es una necesidad para generar esa comunidad que se espera de la Universidad Católica.

2. ANTROPOLOGÍA FUNDAMENTAL

El marco, en el que se concreta la verdad como corazón de la Universidad Católica, es la “Visión de la persona humana y del mundo iluminado por

³Cfr. Juan Pablo II, Carta *Novo Milennio Inneunte*, 38.

⁴El Papa recordó en San Marino: “la riqueza del hombre es la fe”, no “su poder personal y social, su inteligencia, su cultura y su capacidad de manipulación científica, tecnológica y social de la realidad” (19 junio 2011).

el Evangelio” (16). El centro de todo el quehacer universitario no puede ser más que la persona humana, en su rica verdad, a la luz del Verbo encarnado, y a su servicio debe ponerse todo el aparato institucional. Ha de actuar como criterio de toda acción y decisión relevantes en el seno de la Universidad de tal manera que sus objetivos no se supediten al logro de prestigio, a la utilidad o a la ganancia –renunciar a la centralidad de cada persona y al logro de su desarrollo y bien personal, sería renunciar a lo específico de la Universidad Católica.

Recordemos algunos rasgos de esta visión de la persona iluminada por el Evangelio. En primer lugar, y como su fundamento, debemos referirnos a su ser de persona. Esta es creada a imagen y semejanza de Dios –por lo tanto, con una dignidad única e inviolable, que exige un respeto capaz de superar la acepción de personas, y creada por amor y para amar plenamente como su fin último. A esto hay que añadir, sin embargo, que en la persecución de ese fin la persona siente su fragilidad y cae constantemente porque arrastra las heridas del pecado original que debilita todas sus facultades –olvidar esta gran verdad es un error con repercusiones trascendentales en el mundo educativo. Para paliar esta debilidad humana y como consecuencia, además, de su ser social, cada persona requiere de la ayuda de los otros, no es autosuficiente.

Esa ayuda ha de venir de dos ámbitos, uno humano y otro sobrenatural. Debido a que nuestro fin último es Dios mismo, y esto es obvio que excede las meras fuerzas humanas, sólo la ayuda de la gracia, recibida principalmente en los sacramentos y la oración, hará posible su logro. La ayuda humana, a su vez, puede proceder tanto de la comunidad como de personas individuales.

Estos rasgos de la persona tienen sus aplicaciones prácticas. La primera es la consideración de que cada estudiante es importante, pero también cada profesional, desde el rector, decano o profesor, hasta los que desempeñan labores menos visibles pero no menos necesarias. Es por eso que esta centralidad de la persona debe traducirse en unas relaciones humanas ricas en caridad –que aspiren a vivir el “Mirad cómo se aman”⁵ de los primeros cristianos– y de respeto casi sagrado ante el prójimo, que sabe dar pero también sabe recibir. La ayuda que la comunidad universitaria está llamada a desarrollar debe ser muy realista: pues la búsqueda y comunicación de la verdad que es su fin principal, exige atender a la manera en que tal verdad es recibida.

Tal recepción no es meramente intelectual, sino personal; es la persona en toda su integridad –física, intelectual, espiritual, afectiva– la que

⁵Tertuliano, en *Apologético*, 39, resume así cómo los primeros cristianos vivían la caridad (Cfr. *Hechos* 4, 32-37).

transmite y la que acoge esa verdad⁶. Por eso la ayuda que profesores y alumnos dan y reciben ha de atender a toda la riqueza de la persona⁷, de la que la dimensión religiosa es fundamental. Así, se pide a la Universidad que sea esa “comunidad auténticamente cristiana, animada por el espíritu de Cristo” (21) que ayuda ofreciendo espacios para rezar juntos⁸.

En este punto quisiera expresar lo que creo es el sentir común de los presentes al reivindicar algo que se ha hecho recurrente en la reciente reflexión acerca de la formación actual⁹ pero que pertenece a la esencia de la Universidad, y es que el profesor universitario es ineludiblemente –o está llamado a ser– también un educador. El docente puede renunciar a otras tareas – administrativas quizás–, pero nunca a la de educar, sabiendo que se educa de muchas maneras, especialmente a través del ejemplo¹⁰ y el trato personal. Incluso aunque no sea totalmente consciente de ello,

⁶La prioridad de la actividad intelectual en la comprensión racional de la verdad está fuera de duda, pero es importante también considerarla dentro de la actividad unitaria de la persona que “recibe” o “transmite” tal verdad.

⁷Esta consideración de la persona en toda su integridad aparece como novedosa en los modelos educativos actuales al promover la atención a todas las dimensiones del alumno en su proceso de aprendizaje: afectiva, cognitiva, personal, etc. Cfr. García Nieto *et al.* “La tutoría universitaria ante el proceso de armonización europea”, *Revista de Educación*, 337 (2005), especialmente 198ss.

⁸“Como natural expresión de su identidad católica, la Comunidad universitaria debe saber encarnar la fe en sus actividades diarias, con momentos significativos para la reflexión y la oración” (*Ex Corde Ecclesiae*, 39).

⁹Por ejemplo: “Es preciso generalizar entre los docentes tutores la actitud necesaria para que se constituyan en factores determinantes de la formación humana integral de los educandos” (Ariza Ordóñez y Ocampo Villegas, “El acompañamiento tutorial como estrategia de la formación personal y profesional”, *Univ. Psychol. Bogotá (Colombia)* 4 (1), enero-junio de 2005, 39). Es conocido cómo en el ámbito europeo la Declaración de Bolonia amplía las funciones clásicas del profesor al pedir de él una mayor atención al proceso educativo y al logro de competencias en el alumno con vistas a una formación integral. O el reciente artículo de Álvarez Pérez y González Alonso, donde se afirma: “La apuesta de la educación superior, entendida como formación para el desarrollo integral del individuo...” (“Modelo comprensivo para la institucionalización de la orientación y la tutoría en la enseñanza universitaria”, *Revista Curriculum*, 22 (octubre 2009), 74).

¹⁰Como dijera Pablo VI: “El hombre contemporáneo escucha más a gusto a los testigos que a los maestros, o si escucha a los maestros lo hace porque son testigos” (*Evangelii Nuntiandi*, 41).

Esta verdad la encontramos expresada en grandes educadores. Santo Tomás de Aquino, profundo conocedor del hombre, afirmaba: “En lo que concierne a las acciones y a las tendencias humanas, se cree menos en las palabras que en las obras. Por lo cual, si alguien pone en práctica lo que dice ser malo, más mueve con el ejemplo que disuade con la palabra. Es manifiesto que cada cual elige en definitiva aquello que considera como bueno en concreto, siendo esto lo buscado por sus tendencias y acciones. Por lo tanto, cuando las palabras de alguien disuenan de las obras que en él se manifiestan de una manera visible, tales palabras dejan de ser dignas de crédito, y, en consecuencia, viene a quedar sin valor la verdad en ellas expresada. Sin embargo, las enseñanzas verbales verdaderas son útiles no sólo para su conocimiento, sino también para orientar una conducta correcta, pues se las cree en tanto que concuerden con las obras; y así, estas enseñanzas mueven, a los que entienden su verdad, a conformar con ellas su modo de vivir” (*Comentario de la Ética a Nicómaco*, libro X, lección 1).

el profesor puede convertirse para el joven en un referente, positivo o negativo, con mayor o menor influencia, según las actividades realizadas, el trato, las circunstancias, etc. La credibilidad del profesor presupone, por cierto, la debida competencia profesional, reconocida en el mundo académico y en la sociedad.

El hecho de acotar nuestra reflexión al ámbito de la Educación Superior da un tinte especial a esa tarea educadora del profesor, pues es cierto que los universitarios poseen cierta madurez humana, pero aún susceptible de perfección y por tanto de ayuda. De ahí que la manera concreta de educarles y formarles haya de adecuarse a su situación, evitando siempre el peligro del paternalismo que acecha la labor del educador.

Antes de seguir nos servirá de resumen el recordar los dos puntales de la formación del alumno explicitados en la *Ex corde Ecclesia*: “Mediante la investigación y la enseñanza los estudiantes deberán ser formados en las diversas disciplinas de manera que lleguen a ser verdaderamente competentes en el campo específico al cual se dedicarán en servicio de la sociedad y de la Iglesia, pero, al mismo tiempo, deberán ser preparados para dar testimonio de su fe ante el mundo” (20). Academia y fe en armonía, los dos focos de la formación universitaria.

3. EL ACOMPAÑAMIENTO PERSONAL

Un camino privilegiado de concretar el servicio que la Universidad está llamada a ofrecer a la sociedad es, como consecuencia de todo lo anterior, el acompañamiento personal a sus alumnos pues la formación uno a uno, al favorecer una mayor asimilación personal, es la más eficaz.

Efectivamente, cuando se comprende la Universidad como aquella comunidad en la que cada uno aporta lo mejor de sí para buscar y transmitir la verdad en la educación y en la sociedad, acompañamiento tutorial como estrategia de la formación personal y profesional”, *Univ. Psychol. Bogota (Colombia) 4 (1), enero-junio de 2005*, p. 39). Es conocido cómo en el ámbito europeo la Declaración de Bolonia amplía las funciones clásicas del profesor al pedir de él una mayor atención al proceso educativo y al logro de competencias en el alumno con vistas a una formación integral. O el reciente artículo de Álvarez Pérez y González Alonso, donde se afirma: “La apuesta de la educación superior, entendida como formación para el desarrollo integral del individuo...” (“Modelo comprensivo para la institucionalización de la orientación y la tutoría en la enseñanza

En la misma dirección discurre Romano Guardini: “el educador debería darse cuenta de que el efecto más poderoso no proviene de lo que dice, sino de lo que es y lo que hace [...]. Se puede decir: la primera cosa que influye es la manera de ser del educador; la segunda, lo que hace; la tercera, lo que dice” (Guardini, *Las etapas de la vida*. Madrid. Palabra. 1997, 71).

universitaria”, *Revista Qurrriculum*, 22 (octubre 2009), p. 74). Entonces el esfuerzo de cada educador por presentar a cada estudiante esta verdad y formarle de acuerdo a la misma, encuentra su concreción más eficaz en una ayuda personalizada –en los casos que ésta sea posible.

Pero también esta práctica es una consecuencia del carácter personal de la fe cristiana que no consiste tanto en una moral como en el encuentro personal con Cristo¹¹ que, a su vez, es favorecida por una mediación también personal en el seno de la comunidad. De la misma manera que cada discípulo fue llamado por su nombre, así cada nuevo bautizado era y es recibido en la nueva familia de los cristianos por su nombre. De ahí que el nombrar a cada alumno por su nombre marque una diferencia en la relación profesor alumno, que favorece una mayor apertura en el proceso de formación. Es una manera de decirle: “Tú eres importante”, “creo en ti” y de que el joven gane en autoconfianza¹². Pienso que todos hemos experimentado la verdad del poder transformador del saberse amado.

También aquí es ejemplar la vida de los primeros cristianos, pues desde el principio se repartieron las tareas asignándoselas a los hermanos más aptos. Así, los diáconos asumieron las obras de caridad dejando libre a los apóstoles para el anuncio de la palabra y los sacramentos.

“Por tanto, hermanos, escoged a siete de vosotros, hombres de buena fama, llenos de espíritu y sabiduría, y los encargaremos de esta tarea: nosotros nos dedicaremos a la oración y al ministerio de la palabra”. La propuesta les pareció bien a todos” (Hch. 6, 2-7). Creo que puede ser un modelo de cómo repartir las tareas específicas de la Universidad, donde no todos deben ser aptos para realizarlo todo, y el acompañamiento personal es una labor para la que algunos están especialmente dispuestos.

Como práctica, el acompañamiento personal ha estado siempre presente en la educación cristiana. Sin embargo, hoy en día posee una centralidad y una necesidad palpitante, principalmente por la exigencia de mayor autonomía del alumno en la toma de decisiones académicas¹³ propugnada

¹¹No se empieza a ser cristiano por una decisión ética o una gran idea, sino por el encuentro con un acontecimiento, con una Persona, que da un nuevo horizonte a la vida” (Benedicto XVI, *Deus caritas est*, 1).

¹²El connotado psiquiatra Aquilino Polaino-Lorente defiende que, ante las posibles causas de falta de motivación, como “la inseguridad, la subestimación y el hecho de no confiar en las propias capacidades”, “Los profesores sirven para ‘poner en valor’ a las personas, que es tanto como suscitar en ellas la confianza en su propia valía, y a través de esta, la confianza en las demás personas y en el futuro de la sociedad” (“¿Para qué sirven los profesores?”, en *Los educadores a examen (Curso de pedagogía para educadores, 2009-2010)*, Lydia Jiménez (dir.). Fundación Universitaria Española. Madrid, 2010, 109).

¹³Su falta se traduce en mayor deserción académica: “[...] un estudiante que inicia su educación universitaria en medio de las actuales características del proceso podría ser un firme candidato a la deserción al no contar con el apoyo necesario en lo referente al manejo autónomo de su proceso educativo” (Ariza Ordóñez y Ocampo Villegas, “El acompañamiento tutorial”, cit. 36).

por los nuevos modelos educativos. Ciertamente, lo que entendemos por acompañamiento encuentra un paralelo en la acción tutorial¹⁴, altamente recomendada y potenciada en las Universidades actuales, por lo que aludiremos también a este concepto. La emergencia educativa vigente, por cierto, hace recomendable la preparación de ciertos docentes para realizar esta tarea de forma más efectiva, superando así la improvisación y el supeditar esta necesaria acción a la mera buena voluntad.

Sin embargo, hay otra circunstancia que potencia su novedad, y es la importancia que ha adquirido hoy, en muchos ámbitos, incluido el educativo, el Coaching. Esta práctica, que nació en el mundo del deporte para madurar después en el de la empresa, consiste en una ayuda psicológica principalmente personalizada, de cierta duración que, basándose en el diálogo y la toma de compromisos, se orienta a que un profesional logre el máximo rendimiento en una determinada actividad¹⁵. Cito a Ortiz de Zárate para detallar un poco más qué es y qué no es:

“El Coaching es un proceso que se desarrolla a lo largo de un determinado periodo de tiempo y que tiene lugar entre dos personas (coach y coachee) o entre una persona y un equipo. En dicho proceso se suceden una serie de conversaciones que tienen la particularidad de ser planificadas y confidenciales y que no se prolongan en el tiempo más allá de seis meses o un año. En dichas conversaciones el coach utiliza una metodología basada en preguntas, que ayudan al coachee a explorar sus propias creencias, valores, fortalezas y limitaciones. Fruto de esta exploración, el coachee es capaz de tomar determinadas decisiones y de comprometerse en un proceso de cambio y de aprendizaje. Con este compromiso y con el apoyo del coach, podrá movilizarse en una determinada dirección, desplegando todo su potencial, hasta conseguir resultados extraordinarios.

Del mismo modo, podemos decir que el Coaching no es una terapia orientada a resolver problemas de personas con dificultades, tampoco un proceso de asesoramiento o consultoría, en el que se dan consejos o se le dice al cliente qué debe hacer”¹⁶.

¹⁴Dentro de las clasificaciones actuales, lo que entendemos por acompañamiento personal aglutinaría la llamada tutoría personal y la tutoría académica o formativa. Cfr. Álvarez Pérez y González Afonso, “Análisis y valoración conceptual sobre las modalidades de tutoría universitaria en el Espacio Europeo de Educación Superior”, en *Revista Universitaria de Formación del Profesorado*, 22 (1), (2008), 49-70.

¹⁵Actualmente existen tres escuelas de Coaching: la Norteamericana –eminentemente pragmática, “se centra en incrementar la autoestima y desafía a sus clientes a pasar a la acción, a dar lo mejor de sí mismos”–, la Europea –basándose en la imagen de una bellota que despliega sus potencialidades, acentúa el máximo desarrollo de las potencias personales– y la Chilena u Ontológica –parte de la premisa del poder que tiene el lenguaje de crear la realidad y se orienta a hacer consciente de ello al cliente y a transformarlo. Cfr. Ortiz de Zárate, “Psicología y Coaching: Marco general, las diferentes escuelas”, *Capital Humano*, 56 (2010) mayo, 56-68.

¹⁶*Ibid.*, 59.

En esta descripción aparecen elementos, unos comunes y otros distintivos, entre el coaching y el acompañamiento tutorial universitario, con relación al fin, al procedimiento, a la centralidad de la persona, a las técnicas, a los presupuestos exigidos a ambos participantes o a la duración.

Ambos elementos persiguen un fin relacionado con el desarrollo de la persona. Pero, mientras que en el caso del Coaching el objetivo aparece mucho más acotado o reducido, en el acompañamiento los logros académicos se insertan dentro de un fin que abarca la vida entera. El protagonista es, en ambos, la persona, y al servicio de su mejor desempeño se pone la ayuda de un profesional con experiencia. En ambos casos el diálogo veraz juega un papel fundamental, pues permite conocer la realidad a potenciar –la del estudiante o la del profesional. Se exige una gran pericia técnica al profesional del Coaching, así como una motivación clara al cliente o coachee, a diferencia del caso de la tutoría o acompañamiento personal en la Universidad, pues el educador cuenta con su bagaje personal y quizás con ciertas técnicas, pero no siempre está garantizada la motivación del estudiante, que hay que promover. En relación con el compromiso, también son de grado diverso en ambas instancias. El Coaching busca resultados inmediatos y verificables y mide su éxito en función de los mismos, mientras que el que acompaña sabe que la educación –la ardua labor de perfeccionar las potencias humanas– es una tarea cualitativa que dura toda la vida con resultados a largo plazo y difíciles de ponderar, aunque también se traduzcan en una mejora del proceso de aprendizaje del estudiante –única medida de resultado inmediato. Por eso su duración también varía. Mientras que el Coaching se ajusta al tiempo necesario para lograr un resultado visible, que pueden ser seis meses o un año, pero no más que eso, el acompañamiento puede durar años o extenderse a lo largo de grandes etapas de la vida, como ocurre con esos grandes maestros que siguen siendo un gran referente –moral o académico– de antiguos alumnos.

Profundicemos un poco más en lo que sea el acompañamiento personal en la Universidad a partir del marco conceptual de la persona anteriormente perfilado.

El profesor que acompaña, y todos lo hacen de una u otra manera, debe realizar su labor desde un profundo respeto por la persona que tiene delante. Esto implica un trato adecuado, paciente, que dé lugar a un diálogo confiado y profundo que propicie un conocimiento de los elementos relevantes que afectan a la vida académica del alumno pero sin caer en la curiosidad y sabiendo adecuarse a cada situación vivida. Ha de saber aprovechar todas las instancias que la vida universitaria le ofrece para suscitar conversaciones y generar apertura. Las tutorías personales serían “la” forma institucional, pero siempre que se tenga la actitud adecuada y se dedique tiempo, pueden encontrarse muchas otras:

conversaciones en los pasillos, salidas a terreno, comentarios atinados en la sala de clase, etc.¹⁷.

Pero hay algo todavía más fundamental, que es saber ganarse la confianza del alumno. Ya decía Aristóteles en la *Política*: “Hay dos cosas, principalmente, que hacen que los hombres tengan interés y afecto: la pertenencia y la estima”¹⁸. La confianza no puede exigirse, es una actitud interior que se regala libremente a quien uno quiere. Por eso las condiciones en las que se desarrolla el acompañamiento deben propiciar ese clima de confianza y respeto mutuo. Lo ideal es que el alumno no se sienta obligado a recibir tal acompañamiento, sino que lo asuma de una forma natural, cosa que no hará si no “siente” la necesidad de la ayuda o no tiene respeto y admiración por el profesor. Para lograrlo, nos parece necesario que el profesor posea una buena colección de virtudes, no sólo intelectuales sino también morales¹⁹, las cuales, por lo además, pueden potenciarse con la adquisición de ciertas técnicas pedagógicas básicas de acercamiento y ayuda personal –como se postula en la bibliografía alusiva a la acción tutorial. Una persona virtuosa genera admiración, deseo de imitación y también atractivo, todo lo cual provoca de una forma muy natural la confianza²⁰.

Una vez ganada la confianza, el profesor podrá guiar al estudiante más fácilmente en la consecución del fin buscado. Siendo que el fin inmediato de la vida del estudiante es el progreso académico, a ello deberá dirigir sus orientaciones, pero sin olvidar que ese fin intermedio no es definitivo y que debe supeditarse al fin supremo que es Dios mismo. Esto da lugar a una visión en la que discernir lo esencial de lo accidental: los fines intermedios –como el estudio– se relativizan frente al Bien Supremo y los conceptos de éxito o fracaso adquieren una nueva perspectiva –lo que en un caso sería un claro fracaso, podrá suponer quizás un avance en la

¹⁷“En realidad no existe posibilidad alguna de personalizar el aprendizaje si no se recurre a esta actitud orientadora que es más una actitud que una cuestión de horario (aunque también debe traducirse en tiempos concretos de dedicación)” (García Garrido, “Desafíos de la profesión docente”, en *Los educadores a examen, Ibíd.*, 412).

¹⁸*Política*, II, 1262b 9.

¹⁹Por nombrar algunas, me parecen imprescindibles, además de la paciencia, las virtudes de prudencia, magnanimidad, perseverancia, orden, trato justo, honradez, veracidad, amor a la verdad y al estudio, ecuanimidad, mansedumbre, humildad sobre todo interior, pero también exterior. Junto con estas virtudes, son también necesarias las sobrenaturales: fe, esperanza y caridad, para juzgar todo a la luz del Evangelio –acontecimientos y comportamientos–, para ver en el alumno un hijo de Dios destinado al cielo, para saber relativizar las esperanzas pequeñas a la gran esperanza o para dar de nuevo otra oportunidad. En último lugar, aunque sea una virtud especial, me parece imprescindible la oración habitual del profesor por sus alumnos, pues el beneficio que se logra es enorme.

²⁰Creo que es más eficaz en esta labor una vida virtuosa –y más cuando está vitalizada por la gracia– que muchas técnicas psicopedagógicas –aunque las valore en tanto que potencian la virtud.

madurez personal y cristiana del alumno, mientras que quizás un éxito académico sea un fracaso en el proceso de formación personal si genera soberbia o competitividad insana. Ser capaz de transmitir esta distinción es vital, sobre todo para asumir los fracasos escolares o dificultades personales de otra índole –incluso amorosos. Una educación que no prepara para afrontar el sufrimiento o el fracaso, es mala desde su base, y sólo genera personalidades débiles e inseguras, incapaces de asumir los retos de una vida madura²¹, por eso hay que aprender a distinguir éxito de realización personal y motivar para la consecución de la segunda. A ello contribuirá poner al descubierto varias falacias, como la que identifica ‘ser’ con ‘hacer’, y la que confunde ‘ser’ con ‘sentir’²². Para ello se requiere un correcto equilibrio en el desarrollo de las facultades propiamente humanas: pensar en verdad –superando apariencias y distinguiendo lo esencial de lo accidental–, querer lo bueno –que no siempre corresponde con lo apetecido sensiblemente– y sentir en armonía con ambos.

De hecho, el trasfondo de este punto marca una distinción entre ambas prácticas. Mientras el Coaching se presenta como un conjunto de técnicas moralmente neutras²³, la imagen del hombre a la luz del Evangelio que establece el marco educativo en una Universidad Católica tiene una determinada carga moral por la que opta por un camino exigente y radical: la identificación con Cristo y la excelencia académica en sintonía con una fe vivida. A veces se confunde el respeto con el “todo vale”, por eso el profesor no debe tener miedo a la exigencia²⁴, siempre que sea razonable y brote del amor y la confianza, y, tampoco debe tener miedo a identificar

²¹Quisiera aludir a la interesante tesis doctoral defendida el año 2009 por la Doctora Ana Risco sobre el Sentido de la vida en los jóvenes, de futura publicación, donde se rescata el valor que el psicólogo Viktor Frankl da al sufrimiento: “Cabe destacar aquí [...] el hecho de que Frankl incluye [...] el aspecto doloroso de la existencia como algo intrínseco a la naturaleza humana que expresa el anhelo de trascendencia y que supone una oportunidad para el desarrollo, el aprendizaje y el sentido. Considera que precisamente un sufrimiento inevitable constituye una posibilidad para actualizar al máximo el potencial humano para convertir una tragedia personal en un triunfo mediante la actitud con la que se enfrente a tal sufrimiento” (p. 57). Aplicando estos conocimientos a la Educación concluye: “El nuevo escenario educativo requiere, en esta perspectiva, un nuevo modelo de profesor universitario comprometido no solo en la docencia y la investigación, sino, sobre todo, en la misión educadora” (“Sentido de la vida: evolución e implicaciones para la Educación Superior”, tesis doctoral presentada en la Universidad Pontificia de Salamanca, Facultad de Psicología, versión manuscrita, 119).

²²Cfr. A. Polaino-Lorente, “¿Para qué sirven los profesores?” en *Los educadores a examen*, *Ibíd.*, 112.

²³De la aparente neutralidad moral de las tres Escuelas antes nombradas, se desmarca la Ontológica, que persigue transformar a la persona a través de la función creadora del lenguaje, de tal manera que éste puede cambiar su naturaleza. Su potencia destructiva salta a la vista (sobre todo desde el discurso de la ideología de género).

²⁴Benedicto XVI, en su conocido Discurso a la Asamblea Diocesana de Roma, dijo al respecto: “Los adolescentes y los jóvenes, cuando se sienten respetados y tomados en serio en su libertad, a pesar de su inconstancia y fragilidad, se muestran dispuestos a dejarse interpelar por propuestas exigentes; más aún, se sienten atraídos y a menudo fascinados por ellas.

el bien y el mal, llamando a las cosas por su nombre y a corregir cuando sea oportuno –lo cual es un servicio de la caridad y de la verdad. Virtudes y vicios empezarán a desfilan ante el joven que quizás hasta entonces no conocía sus debilidades ni sus fortalezas, así como consejos concretos para superar unos y fortalecer otros. Por ejemplo, a la pereza hay que tratarla como pereza y no como mera falta de motivación, y habrá que saber cuándo el tener alta autoestima oculta una actitud de orgullo. De esta manera, el profesor colaborará en el proceso de discernimiento y de formación de la conciencia, del que ha hablado el Papa recientemente en su viaje a Croacia²⁵ pero desde la humildad del servicio. Humildad que le lleva a poner todo de su parte pero asumiendo los límites de su campo de conocimiento y de acción. Esto le lleva a derivar aquellos problemas o temas que se escapen a su ámbito. Me refiero a los temas delicados de conciencia que deben hablarse con un sacerdote –recordemos que el pecado existe, aunque se rehúya darle ese nombre–, y a los casos en los que se hace necesario un tratamiento psicológico. Igual que el Coaching, el acompañamiento personal en la Universidad tampoco puede ser una terapia de problemas psicológicos.

En fin, aunque no podemos identificarlos, pues el acompañamiento personal es mucho más amplio y apuesta por la consecución de un fin que, en último término, sólo finaliza con la bienaventuranza eterna, sin embargo puede ser un acierto incorporar al acompañamiento personal algunas de las técnicas del Coaching, empezando por la valoración del asesoramiento mismo y la conciencia de su necesidad. Un educador es mucho más que un coache, pero puede beneficiarse de sus sugerencias.

4. DIFICULTADES

Quisiera ya ir terminando pero no sin antes referirme a algunas dificultades a superar. Las más obvias proceden de la falta de disposición del alumno a dejarse ayudar y, en el caso de que lo acepte, a perseverar y comprometerse con decisiones reales y constantes. En el Coaching esto se da por supuesto, pero no en la Universidad. Por eso creo que podríamos hablar de la necesidad de una verdadera “conquista” del alumnado para caminar juntos por estos caminos, igual que para abrirse al tema de la fe

También quieren mostrar su generosidad en la entrega a los grandes valores perennes, que constituyen el fundamento de la vida” (Vaticano, 22 junio 2007).

²⁵“La calidad de la vida social y civil, la calidad de la democracia, dependen en buena parte de [...] la conciencia, de cómo es comprendida y de cuánto se invierte en su formación. [...] Volvamos a la conciencia como clave para el desarrollo cultural y la construcción del bien común” (Discurso al mundo de la política, la empresa y la cultura de Croacia, Zagreb, 4 junio 2011).

cuando se tiene una actitud contraria o llena de prejuicios²⁶. La vivencia de la comunidad, junto a la competencia profesional y la coherencia personal de vida²⁷, tienen que ser armas predilectas para librar esta batalla. A nuestro favor juegan el deseo de verdad y autenticidad de los jóvenes, así como la racionalidad de la fe que no puede dejar indiferente a una inteligencia abierta a la realidad de las cosas. En este punto creo que es pertinente traer a colación los consejos que Tomás de Aquino dio a un joven estudiante, válidas para todos los siglos, no sólo para el XIII.

“Acércate al mar por los riachuelos, porque a lo difícil se ha de llegar por lo fácil.

Seas tardo para hablar y para ir a distracciones.

Abraza la pureza de conciencia.

Date a la oración.

Procura permanecer en tu celda, si quieres entrar un día en el templo del saber.

Sé amable con todos.

No te preocupes de lo que hacen los demás.

No tengas demasiada familiaridad con nadie, pues la excesiva familiaridad engendra desprecio

y roba tiempo al estudio.

Huye sobre todo de perder el tiempo.

Imita a los santos y a los buenos.

Guarda en la memoria todo lo bueno que oigas, sin reparar en quién lo dijo.

Trata de entender cuanto leas y oigas. Cuando tengas alguna duda, aclárala.

Acumula cuantos conocimientos puedas en el arca de tu mente, como quien trata de llenar un vaso.

No busques lo que sea superior a tus fuerzas”.

Por parte del docente quiero señalar dos dificultades, la mayor me parece que es encontrar tiempo real para el acompañamiento personal del alumno, sobre todo cuando se desarrollan labores administrativas. La segunda, detectada en estudios recientes sobre la urgencia de las tutorías en la Universidad es, precisamente, que no se la valora como parte de las funciones propias del profesor universitario. Para ello, se ha propuesto un

²⁶“Se insta a los estudiantes a adquirir una educación que armonice la riqueza del desarrollo humanístico y cultural con la formación profesional especializada [...]. Los estudiantes deben ser conscientes de la seriedad de su deber y sentir la alegría de poder ser el día de mañana “líderes” calificados y testigos de Cristo en los lugares en los que deberán desarrollar su misión” (*Ex Corde Ecclesiae*, 23).

²⁷“Los docentes universitarios esfuércense por mejorar cada vez más su propia competencia y por encuadrar el contenido, los objetivos, los métodos y los resultados de la investigación de cada una de las disciplinas en el contexto de una coherente visión del mundo. Los docentes cristianos están llamados a ser testigos y educadores de una auténtica vida cristiana, que manifieste la lograda integración entre fe y cultura, entre competencia profesional y sabiduría cristiana. Todos los docentes deberán estar animados por los ideales académicos y por los principios de una vida auténticamente humana” (*Ibíd.*, 22).

proceso formativo permanente del profesor en tres campos²⁸: formación en su propio desarrollo personal, en la especialización profesional y en la capacitación pedagógica (tanto en aspectos comunicativos como en los curriculares).

5. EJEMPLO DE VIDA

Hemos hablado mucho de cómo el ejemplo favorece la factibilidad y eficacia del acompañamiento personal, por eso quiero terminar aludiendo a uno, muy querido por todos.

Me refiero a la vida santa y a la vez académicamente competente de aquel profesor de Moral de la Universidad Católica de Lublin, llamado Karol Wojtyła, que produjo entre sus alumnos un atractivo y una influencia notable. Junto a la exposición y magistral reflexión que provocaba en la sala de clase, siempre se rodeó de grupos de alumnos a los que formaba personalmente, y que después iban asumiendo responsabilidades en la vida de Polonia. A ellos les dedicó un libro que es, todavía hoy, un auténtico manual sobre el verdadero amor humano: *Amor y responsabilidad*.

A ellos visitó en cada viaje a su tierra natal, siendo ya Papa. Labor, pues, que no se agotaba en la sala de clase y que perduró durante largos años, con muchos y visibles frutos.

No es fácil, pero sí posible, si cada uno se siente miembro de su comunidad –la universitaria y la eclesial– y, desde esa vivencia, aporta lo bueno que tenga, al igual que pasó en el siglo primero de nuestra era, en el que un grupo de personas, inyectadas de un ideal divino, transformaron el mundo conocido de entonces.

²⁸Cfr. María Eugenia Gómez Sierra, “Elementos positivos y negativos en la formación universitaria del educador”, en *Los educadores a examen*, *Ibid.*, 159-165.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO*

*Gabriel Bocksang Hola***

SUMARIO: Introducción. 1. La nulidad de los actos administrativos. 1.1. La insatisfactoria recepción de la teoría de los vicios del acto administrativo. 1.2. La recuperación de la juridicidad integral de los actos administrativos. 2. La nulidad de los actos legislativos. 2.1. La procedencia abstracta de la nulidad de la ley. 2.2. La recepción de la nulidad de la ley en el derecho chileno. 3. La nulidad de los actos jurisdiccionales. 3.1. El significado de la nulidad de los actos jurisdiccionales. 3.2. La recepción de la nulidad-inexistencia de los actos jurisdiccionales en el derecho chileno. Conclusión. Bibliografía.

“Las palabras de la verdad son simples”.
Esquilo, *El juicio de las armas*¹

INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que el estudio de la nulidad de derecho público, descrito acerbamente hace una veintena de años por E. Soto Kloss como “mínimo, prácticamente nulo, valga la paradoja”², ha recibido progresivamente una atención más distinguida de parte de la doctrina y la jurisprudencia. Empero, existen numerosos aspectos no tratados acerca de ella, algunos de los cuales serán discutidos en estas Jornadas de Derecho Administrativo. Quisiéramos referirnos a uno de ellos, que parece básico para la comprensión de esta institución: el ámbito de aplicación de la nulidad de derecho

*Trabajo que fue presentado en las IX Jornadas de Derecho Administrativo, celebradas en la Universidad de Valparaíso en agosto de 2012, y que se publica en el marco del Proyecto de Investigación VRI-UC Inicio 33/2011, “La unidad de la nulidad de derecho público”, cuyo investigador responsable es el autor.

**Doctor en Derecho, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O’Higgins 340, Edificio de Derecho, Santiago, Chile. Correo electrónico: gbocksan@uc.cl.

¹Aeschylus. *Fragments* (ed. Sommerstein, A.). Harvard University Press. Loeb Classical Library. Londres. 2008, 177 (fragmento N° 176). La traducción del inglés es nuestra.

²Soto Kloss, E. “La nulidad de derecho público en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público* N° 47/48 (1990), 11, esp. 12.

público, entendida dicha nulidad en su sentido original de inexistencia, caracterizada eminentemente por su imprescriptibilidad³.

Anticipando brevemente el curso del presente estudio, nos parece importante destacar que el artículo 7° de la Constitución Política de la República hoy no está siendo aplicado en la totalidad del ámbito que está llamado a regir. Por lo general, se le asocia estrictamente con la nulidad de los actos administrativos. Sin embargo, el mentado artículo contiene expresiones que desmienten esta visión restrictiva en sus tres incisos: en el primero, “los órganos del Estado”; en el segundo, “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas”; y en el tercero, “todo acto”. El tenor de la disposición constitucional es clarísimo: en *ninguna* de ellas se constata una especificidad alusiva a los actos administrativos⁴.

Todas estas fórmulas tienen un rol fundamental que jugar en la construcción chilena del Estado de Derecho, y muy especialmente tratándose

³En jurisprudencia, véase en Chile a guisa de ejemplo CS, 20 de noviembre de 1997, *Pérsico Paris, RDJ*, t. 94 (1997), s. I, 126; CS, 24 de marzo de 1998, *Bellolio, Juan, RDJ*, t. 95 (1998), s. I, 23; CS, 12 de agosto de 1998, *Balra Moreno, RDJ*, t. 95 (1998), s. I, 116; CS, 27 de mayo de 1999, *Cademártori, José, RDJ*, t. 96 (1999), s. I, 139; CS, 27 de mayo de 1999, *Cantero Prado, RDJ*, t. 96 (1999), s. V, 69; CS, 19 de abril de 2000, *Brian de Diego, RDJ*, t. 97 (2000), s. V, 83; CS, 7 de noviembre de 2000, *Aedo Alarcón*, GJ N° 245 (2000), 17; CS, 18 de julio de 2000, *Marambio Benavides*, 1068/1999; CS, 13 de diciembre de 2000, *Rodríguez Valenzuela, RDJ*, t. 97 (2000), s. V, 185; CS, 21 de enero de 2004, *Radio La Voz del Sur, RDJ*, t. 101 (2004), s. V, 6; CS, 28 de diciembre de 2005, *INP contra Torres Olavarría y otros*, GJ N° 307 (2006), 41; CS, 23 de junio de 2008, *INP contra Chavarini Rojas y otros*, 2068/2008; CS, 27 de noviembre de 2008, *Urgandarín Beltrán con Tesorería General de la República*, 2708/2007.

En doctrina véase, v. gr., Bocksang Hola, G. “De la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, en *Ius Publicum* N° 14 (2005), 87, *in totum*; Boloña Kelly, G. *El acto administrativo*. LexisNexis. Santiago. 2005, 251; Caldera Delgado, H. *Tratado de derecho administrativo*. Ediciones Parlamento. Santiago. 2001, tomo II, 139; Daniel Argandoña, M. “Sobre el proceso contencioso administrativo de general aplicación”, en *Revista de Derecho Público* N° 63 (2000), tomo II, 191, esp. 194; Otero Lathrop, M. *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2009, 263; Oviedo Soto, T. “Nulidad de derecho público, cosa juzgada y prescripción en un trámite de expropiación”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 198 (año 63, julio-diciembre 1995), 71, esp. 77-78; Soto Kloss, E. “La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno”, en *Ius Publicum* N° 4 (2000), 55, *in totum*, y “Estado de hecho o Estado de Derecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica”, en *Ius Publicum* N° 8 (2002), 107, esp. 116.

⁴Ver, v. gr., Soto Kloss, E. “La nulidad de derecho público: su actualidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII (1997), 347, esp. 348-349, quien se refiere a la expresión “todo acto” del inciso tercero del artículo 7°. “ello rige y es aplicable a todo tipo de función estatal, desde la constituyente pasando por la legislativa y jurisdiccional hasta la administrativa y contralora”. *Contra*, Jara Schnettler, J. *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Editorial Libromar. Santiago. 2004, 84-85, quien invoca un “principio de relatividad” que excluiría la aplicación de la nulidad de derecho público a todos los actos de origen estatal; sin embargo, todas las razones que aduce para ello son dogmáticas, y no refleja la operatividad directa de que, como cualquier precepto constitucional, goza el artículo 7°.

de la “norma chilena del *Rule of Law*” –como nos la describieran admirativamente en Europa algunos años atrás–, tanto por su contenido como por su ubicación en el ordenamiento jurídico⁵. En efecto, no nos parece exagerado sostener que la vigencia plena del Estado de Derecho en Chile pasa, en buena medida, por el cumplimiento de lo dispuesto por esta norma constitucional, lo que exige *per se* la descripción y el análisis de su ámbito de aplicación.

Siendo a nuestros ojos incuestionable que el artículo 7º de la Constitución está llamado a regir un universo de actuaciones muchísimo más amplio que el que habitualmente se le ha asignado, también parece razonable que la nulidad de derecho público no se concrete *exactamente* de la misma manera en todas ellas, pues habrá de atenderse a la naturaleza de la función respectiva. Es por ello que el análisis del ámbito de aplicación de esta institución será efectuado progresivamente, desde sus concreciones aparentemente más sencillas, para llegar finalmente a las que –en principio– se caracterizarían por una mayor complejidad. Así, comenzaremos con el caso de su ámbito de aplicación ante los actos administrativos (1), para transitar hacia la nulidad de los actos legislativos (2), y concluir con el caso de los actos jurisdiccionales (3).

1. LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El ámbito de los actos administrativos es el único en el cual la aplicación de la nulidad de derecho público del artículo 7º de la Constitución no es seriamente debatida. Sin contar los casos en que dicha norma ha servido de sustento a la acción de protección, la acción constitucional de nulidad de derecho público ha permitido la invocabilidad directa de dicho artículo, situación que quedó definitivamente consagrada en 1997, en el fallo *Pérsico Paris*⁶.

En consecuencia, el problema respecto del ámbito de aplicación de la institución examinada en el seno de la función administrativa no es *si* ella le es aplicable –situación que está zanjada de modo afirmativo– sino que *en qué casos* le es aplicable. En la teoría del acto administrativo, cuatro son las causas fundamentales de nulidad: la incompetencia, el vicio de forma o de procedimiento, la violación de ley –o vicio de fondo–, y la

⁵La originalidad de esta disposición fue pertinentemente subrayada por E. Ortúzar en el seno de las discusiones de la Comisión Constituyente, al indicar que era poco probable que se encontrara una disposición análoga en otras Cartas Fundamentales. Ver *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión N° 51.

⁶CS, 20 de noviembre de 1997, *Pérsico Paris, RDJ*, t. 94 (1997), s. I, 126; GJ N° 209 (1997), 67.

desviación de poder⁷. En ocasiones se agrega una quinta, relacionada con los motivos del acto, pero lo cierto es que ella es subsumible como subespecie del vicio de fondo o violación de ley.

La recepción de esta división preconizada por la teoría del acto administrativo ha sido bastante accidentada, pues a su consagración amplia le siguió una exclusión de la mitad de las causales posibles (1.1), lo que urge a encontrar una forma de integrar todos los requisitos del acto administrativo como requisitos de validez regidos por el artículo 7º de la Constitución (1.2).

1.1. LA INSATISFACTORIA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En 1998, año inmediatamente posterior a la sentencia *Pérsico Paris*, la Corte Suprema estableció que la nulidad de derecho público de los actos administrativos “se puede producir por desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de la ley y vicios de forma del acto administrativo impugnado”⁸. En otras palabras, en dicha sentencia se recoge la tetrapartición tradicional⁹, añadiéndole la ausencia de investidura regular. Ello es explicable dado el tenor literal del inciso primero del artículo 7º de la Constitución: “Los órganos del Estado actúan válidamente *previa investidura regular de sus integrantes*, dentro de su competencia y en la forma en que prescribe la ley”¹⁰.

A fin de corresponder la teoría del acto administrativo con el texto expreso de la Constitución, la Alta Jurisdicción optó por agregar la fórmula de la “investidura regular”, la que técnicamente puede incorporarse en un sentido amplio de la noción de competencia. Comoquiera que sea, es evidente que la intención de la Corte era propender a una mayor protección de los derechos de las personas.

Sin embargo, la Corte Suprema modificaría esta percepción en el año 2006 mediante la sentencia *Camacho Santibáñez*, que expresa en su parte pertinente que “sólo es base de la presente nulidad de derecho público, la violación de la ley, lo que según la doctrina se refiere a la legalidad interna del acto, es decir, se trata del quebrantamiento del ordenamiento jurídico *que descarta las vulneraciones de incompetencia, investidura y forma* y, por esta sola circunstancia, aparte que tal infracción en sentido estricto no es sancionable con la nulidad de derecho público, *tampoco se halla contenida en el artículo 7º de la Constitución*, que establece pe-

⁷V. gr., Morand-Deviller, J. *Cours de droit administratif*. Montchrestien. 9^e édition. 2005, 713-725; Weil, P., Pouyaud, D. *Le droit administratif*. Presses Universitaires de France. Paris. 21^e édition. 2006, 104-105.

⁸CS, 24 de marzo de 1998, *Bellolio, RDJ*, t. 95 (1998), s. I, 23.

⁹La que, naturalmente, puede ser objeto de subdivisiones.

¹⁰Las cursivas son nuestras.

rentoriamente la nulidad en los supuestos primeramente anotados y que especifica esta última norma, *cuestión que a lo más podrá quedar comprendida dentro de las ilegalidades que señala el artículo 6º de la Carta Fundamental*, norma que sólo entrega al legislador establecer las sanciones y responsabilidades que genere la infracción de este último precepto¹¹.

Esta sentencia no cuestiona –y no podría hacerlo– el hecho de que la nulidad de derecho público se aplique a la investidura¹², competencia y forma¹³ de los actos administrativos. Ello se da por sentado. El problema, en consecuencia, se restringe al vínculo existente entre nulidad y *violación de ley* –la infracción del contenido del acto administrativo– y entre nulidad y *desviación de poder* –la infracción de la finalidad del acto administrativo.

La sentencia *Camacho Santibáñez* sugiere la posibilidad de que estas dos categorías de irregularidades se rijan por el artículo 6º de la Constitución, en lugar del 7º. A nuestro juicio, la respuesta es negativa. Al examinarse la historia fidedigna del establecimiento del artículo 7º de la Constitución, puede apreciarse que los miembros de la Comisión Constituyente dejaron establecido que “con todas estas bases, el artículo comprende *todo el sistema general de nulidades* que se podrá detallar a través de las leyes¹⁴. De ello aparece claramente que artículo 6º no está llamado a establecer tipos o requisitos especiales de validez, y mucho menos regir los casos de violación de ley o de desviación de poder¹⁵.

Es así como nos hallamos en la siguiente disyuntiva: o bien la violación de ley y la desviación de poder se hallan contenidas en el artículo 7º, y por lo tanto engendran la nulidad del acto en que estén presentes; o bien dichas categorías de infracción se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico, y los actos que incurrieran en ellas deberían enten-

¹¹CS, 28 de junio de 2006, *Camacho Santibáñez*, 3132/2005. Las cursivas son nuestras.

¹²El inciso segundo del artículo 63 de la Ley Nº 18.575, referido al funcionario de hecho –y por lo tanto al vicio de investidura– parece inconstitucional en su redacción actual. A nuestro juicio, el legislador debió haber coordinado los planos distintos de (a) acto y (b) efectos del acto, permitiendo que, a pesar de la nulidad, se consolidasen los *efectos* producidos por el no-acto que sólo está afectado por un vicio de investidura.

¹³Respecto de la coordinación entre la fórmula “en la forma que prescribe la ley” del artículo 7º inciso primero de la Constitución y el artículo 13 de la Ley Nº 19.880, que prevé que la nulidad sólo opera ante requisitos esenciales, véase Bocksang Hola, G. “La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: a horcajadas entre decaimiento y nulidad”, en *Sentencias Destacadas 2010*. Ediciones LYD. Santiago. 2011, 225, esp. 232-234.

¹⁴*Actas oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión Nº 50. Las cursivas son nuestras. Este “detalle” de las leyes se ha manifestado en nuestro ordenamiento a través del artículo 13 de la Ley Nº 19.880 –respecto del vicio de forma– y del artículo 63 de la Ley Nº 18.575 respecto del vicio de investidura irregular.

¹⁵El alcance del artículo 6º en materia de invalidez está condicionado a su *coordinación* con el artículo 7º, tal como cualquier otra norma de carácter constitucional o legal, a fin de que su contenido –directamente aplicable– sea invocado respecto de alguna causal de nulidad. Así, por ejemplo, podría declararse la nulidad (artículo 7º) de un acto administrativo que atentara contra el “orden institucional de la República” (artículo 6º inciso primero).

derse plenamente válidos. Esta última posibilidad nos parece objetable de plano. ¿En qué país que presumiera gozar de un Estado de Derecho sería imposible impugnar los pretendidos actos administrativos cuyo contenido o cuya finalidad fueran contrarios al ordenamiento jurídico? Lo que Francia conquistó ya durante el siglo XIX¹⁶, que España consolidó a través de dos leyes en la segunda mitad del siglo XX¹⁷, y que está presente a lo largo y ancho del Derecho occidental, ¿será descartado por nosotros, ya inmersos en pleno siglo XXI? Es por ello que es menester buscar la forma de incorporar estas dos formas de legalidad interna de los actos administrativos al artículo 7º, recuperando la integridad de nuestro sistema.

1.2. LA RECUPERACIÓN DE LA JURIDICIDAD INTEGRAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En principio, existen dos formas principales de incorporar la violación de ley y la desviación de poder al régimen de la nulidad de derecho público: la una es *remitida*; la otra, *directa*.

- 1) *La incorporación remitida*. En un interesante artículo, J. Bermúdez ha sugerido que la solución se hallaría en el artículo 1462 del Código Civil, al que remitiría la Constitución, dando una solución de “derecho común”¹⁸. Sin embargo, dicha posición se enfrenta a varios escollos relevantes:
 - a) El primero de ellos es *práctico* y proviene de la misma civilística, por cuanto ésta no habría reconocido jamás una remisión del artículo 7º de la Constitución al artículo 1462 del mentado Código: “así, resulta difícil asimilar la nulidad de Derecho público a la nulidad absoluta por objeto ilícito, ya que ni el artículo 6º ni el 7º de la Constitución remiten por texto a las reglas de nulidad del Código Civil”¹⁹.

¹⁶La última de las cuatro categorías de vicios en ser consagrada fue la desviación de poder, lo que se produjo expresamente en la sentencia CE, 25 de febrero de 1864, *Lesbats*, Rec. 209.

¹⁷La Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992.

¹⁸Bermúdez Soto, J. “El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 70 (2008), 273, esp. 283-285; también su “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIII N° 1 (2010), 103, esp. 122.

¹⁹Concha Machuca, R. “El objeto ilícito contrario al Derecho público (artículo 1462 del Código Civil)”, en *Estudios de Derecho Civil V*. Legal Publishing. Santiago. 2010, 307, *passim* pero esp. 317-318.

- b) El segundo es *normativo*: si no existe una *remisión* de la Constitución al Código Civil en esta materia, el vínculo que podría existir entre ambos sería que el segundo *interpretara* a la primera. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha declarado la antijuridicidad de tal posición, que violaría tanto a la Constitución como a la jerarquía normativa e incluso a la lógica, salvo que se tratase de una ley interpretativa de la Constitución aprobada con el respectivo *quórum*²⁰.
- c) El tercero es *dogmático*: si “todo lo que contraviene al derecho público chileno” adolece de objeto ilícito –tal como prescribe el artículo 1462–, y asumiendo que este artículo delimitase el ámbito del artículo 7º de la Constitución para la actividad estatal, no se ve cómo la sutileza de la distinción formulada por el artículo 1445 del Código Civil respecto de los requisitos de los distintos tipos de actos privados –capacidad, voluntad, objeto, causa– se transforme en una simplificación casi cándida respecto de los actos públicos, en la que cualquier violación se transformaría en “objeto ilícito”. ¿Existirá algún civilista que enseñe hoy que la incapacidad, los vicios de voluntad o la causa ilícita son en realidad manifestaciones de “objeto ilícito”? Parecería más que dudoso.
- Así las cosas, ¿tendríamos los administrativistas que propugnar que todos los vicios de los actos administrativos son expresiones de “objeto ilícito”, fundándonos en el mismísimo Código Civil que proscribe tal simplificación respecto de los actos jurídicos privados? Tal posición, a nuestro juicio, no se presentaría como razonable: la teoría de los actos administrativos, dirigida a ordenar y comprender su naturaleza y su funcionamiento, se transformaría en una no-teoría destinada a no explicar nada. Por ello, si ha de entenderse el artículo 1462 de alguna forma, debe serlo restrictivamente al ámbito de los actos jurídicos privados: la violación del derecho público en una cláusula de un contrato, por ejemplo, adolecería de objeto ilícito²¹.

En síntesis, la incorporación de la violación de ley y la desviación de poder por vía de remisión al Código Civil nos parece triplemente incorrecta.

- 2) *La incorporación directa*. La única posibilidad restante es que ambos tipos de transgresiones a la legalidad interna puedan hallar sustento en

²⁰TC, 7 de diciembre de 1994, rol N° 190-94, considerando 17, y TC, 19 de agosto de 2008, rol N° 815-08, considerando 20.

²¹Sin perjuicio de que ello haya de coordinarse con el artículo 7º inciso 2º de la Constitución. Véase Bocksang Hola, G. “De la nulidad de derecho público como inexistencia”, en *Ius Publicum* N° 16 (2006), 91, esp. 112-114.

el artículo 7º de la Constitución. No puede desconocerse, empero, que ni la violación de ley ni la desviación de poder encuentran recepción literal en su inciso primero. De todos modos, nos parece que hay no sólo uno, sino *tres* posibles sustentos para la nulidad por estas causas, que pasamos a exponer a continuación:

- a) Por vía de la *competencia*. Puede sostenerse que la Constitución jamás le otorgaría competencia a un cierto órgano para fijar, por un acto cualquiera, contenidos o finalidades contrarios al ordenamiento jurídico. Así, si se tratara de una violación de prevalencia o jerarquía normativa –por ejemplo, un acto administrativo que regulase materias de ley–, el órgano se estaría atribuyendo una competencia –artículo 7º inciso primero– no conferida para vulnerar los artículos 6º y 63 de la Constitución. Si se tratara de una violación de derechos fundamentales, dicha transgresión de la competencia se engendraría con relación a los artículos 5º y 19 de la Carta Fundamental. Si se infringiera la finalidad general de promoción del bien común, aplicable a toda la actividad estatal, se atribuiría competencias para violar el artículo 1º inciso 4º de la Constitución. Y así sucesivamente.
- b) Por vía de la *forma que prescribe la ley*. Si se entiende el vocablo *forma* de manera amplia, no circunscribiéndolo al de *formalidad* –palabra que no emplea el constituyente– sino que extendiéndolo a un *modo de actuación*, podría recurrirse útilmente a este término. Dicho *modo*, en cuanto al *contenido*, puede versar sobre la totalidad de las normas, constitucionales o legales, vigentes en el ordenamiento jurídico; y en cuanto a la *finalidad*, se atenderá siempre al “bien común” expresado en el artículo 1º inciso cuarto de la Carta Fundamental, y a las finalidades específicas de los órganos, habitualmente asociadas con las funciones que les son conferidas por la ley.
- c) Por vía de la *autoridad o derechos*. El inciso segundo del artículo 7º de la Constitución contiene una parte importante del origen histórico de la nulidad de derecho público: el artículo 160 de la Constitución de 1833. La prohibición de “atribuirse... otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido” es genérica y muy amplia: hay que recordar que el actual inciso primero no existió hasta la Constitución de 1980, y que sigue de cerca la redacción que A. Silva Bascuñán hubo propuesto en 1974²². Con anterioridad, el alcance de la nulidad estaba dado, precisamente, por la norma

²²Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 50: “Los órganos del Estado son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones y actúan válidamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y sujetándose a las formalidades y requisitos que deban respetar”.

del actual inciso segundo. En su virtud, resulta indiscutible que ningún órgano del Estado está dotado de alguna supuesta atribución, autoridad o derechos para violar la ley o para adoptar finalidades ajenas al bien común; sostener lo contrario significaría la ignominia de la institucionalidad y de la protección de los derechos de las personas. En concreto, de los tres sustentos para la consagración de la legalidad interna, es éste el que *individualmente* más nos satisface, porque evita una desarticulación dogmática análoga a la que criticamos *supra* respecto del “objeto ilícito” del artículo 1462, en la tercera objeción a la incorporación remitida. Así, mediante la invocación del inciso segundo del artículo 7º, la competencia y la forma tratadas en su inciso primero preservan su *sentido estricto*, ventaja que se pierde con las otras dos vías enunciadas.

Cabe concluir, en consecuencia, que el ámbito de la nulidad de derecho público respecto a la función administrativa ha de ser el más amplio posible, abarcando todos los tipos de vicios que la doctrina ha sistematizado, tanto de legalidad externa –competencia y formalidades– como de legalidad interna –contenido y finalidad–. La consolidación de todos estos elementos dependerá, en gran medida, de la actividad de los Tribunales de Justicia, a quienes les cabrá el mérito de haber plasmado estos esenciales elementos del Estado de Derecho –o el demérito de no haberlo hecho.

2. LA NULIDAD DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS

El siguiente tipo de actos jurídicos públicos cuya asociación con el artículo 7º de la Constitución debe ser verificada nos está dado por aquéllos de naturaleza legislativa. A fin de examinarla, será menester revisar su procedencia *abstracta* (2.1), para luego establecer cómo dicha nulidad puede establecerse *concretamente* en nuestro ordenamiento (2.2).

2.1. LA PROCEDENCIA ABSTRACTA DE LA NULIDAD DE LA LEY

Es innegable que existe una suerte de atmósfera contraria a la aceptación de la nulidad de la ley. J. Vial ha podido calificarla en los siguientes términos: “No sólo cabe hablar de temor reverencial sino más bien de un verdadero culto a la ley en desmedro de la Constitución. En efecto, nuestra cultura legal ha dotado a la ley de tal valor y eficacia que cualquier intento por atacar ese valor o eficacia tiende a ser considerado por el medio legal como una actitud quijotesca carente de todo pragmatismo”²³. Esta

²³Vial Álamos, J. “El control constitucional de la Corte Suprema”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 N° 2 (2001), 441, esp. 443.

posición frente al legalismo –que es la de un procesalista– no siempre se halla correspondida en otras áreas del derecho y, en especial, pareciera existir entre los administrativistas una cierta propensión a descartarla, quizás como un resabio silencioso de la superioridad normativa que la ley detenta por sobre los actos administrativos.

Es por ello que no parece sorprendente hallar expresiones tales como “nadie pensaría fundar la invalidación de una sentencia judicial en el artículo 7º inc. 3º. Mucho menos se podría hablar de nulidad del acto legislativo”²⁴. En efecto, el hallazgo de importantes constitucionalistas y administrativistas que sostuvieran dicha postura resultaría, a primera vista, asombroso.

Sin embargo, los hay. Entre los constitucionalistas, J. L. Cea expresa que “la sanción a la transgresión de la norma constitucional por el legislador es la nulidad para el caso, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 6º, 7º y 80”²⁵. Más particularmente, A. Silva Bascañán explora el caso de la nulidad de la ley por vicios formales, sosteniendo inequívocamente que “en la hipótesis de la ocurrencia de una irregularidad formal en el proceso de gestación de la ley, la nulidad de derecho público, dispuesta en el art. 7º, alcanza su plena aplicación”²⁶. Entre los administrativistas que han promovido la declaración de la nulidad de la ley, cabe destacar a I. Aróstica²⁷, H. Caldera²⁸ y E. Soto Kloss²⁹. Para este último autor, “también plantéase allí [en el artículo 7º de la Constitución] la *nulidad de la ley*, sea que exceda su competencia el legislador o cuando sin competencia legisla o cuando viola el procedimiento de elaboración de la ley o algún otro vicio semejante”³⁰.

Alguien podría pensar que esta nulidad de los actos legislativos sería una innovación de una parte de la doctrina, a partir de cierta interpretación de la Constitución de 1980. Ello sería erróneo. El fundamento más remoto de que tengamos conocimiento al respecto es anterior al propio

²⁴Bermúdez Soto, J. “El principio de legalidad...”, cit., 283. En este mismo sentido, véase Bernaschina González, M. *Manual de derecho constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1951, 261.

²⁵Cea Egaña, J. L. “La esencia de los derechos y su libre ejercicio en la nueva Constitución”, en *Revista de Derecho Público* Nº 29-30 (1981), 105, esp. 117. Naturalmente, la alusión al artículo 80 se refiere a la numeración original de la Constitución.

²⁶Silva Bascañán, A. *Tratado de derecho constitucional. Tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Segunda edición. 1997, 155.

²⁷Aróstica Maldonado, I. “La constitución en riesgo (sobre la “inconstitucionalidad indirecta” de los actos de la Administración)”, en *Ius Publicum* Nº 3 (1999), 57, esp. 60.

²⁸Caldera Delgado, H. “La nulidad del acto expropiatorio”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* Nº 182 (1987), 47, esp. 58.

²⁹Soto Kloss, E. “La servicialidad del Estado. Base esencial de la institucionalidad”, en *Revista de Derecho Público* Nº 57-58 (1995), 13, esp. 23.

³⁰Soto Kloss, E. “Comentario sobre la sentencia CS, 26 de junio de 1996”, en *Ius Publicum* Nº 2 (1999), 216, esp. 217.

derecho romano: procede del derecho ateniense, que establecía, en caso de existir una ley inconstitucional, dos tipos de acciones. La primera era una acción de responsabilidad personal de quien hubiera propuesto la ley inconstitucional; la segunda, la acción directa de juridicidad en contra de la ley, la *γραφὴ παρανόμων* (*graphé paranómon*), que era imprescriptible³¹.

Por su parte, el derecho público romano recogió directamente la noción de nulidad de la ley. Así, el propio Cicerón sostuvo en su célebre *De Legibus* que quienes imponen sobre el pueblo órdenes perniciosas e injustas, emiten otra cosa que leyes verdaderas³². Y más concretamente, T. Mommsen dejó bien sentado que en Roma las leyes injustas no podían ser derogadas, “porque la derogación de una ley nula es superflua y, en estricto rigor, imposible”³³, por lo que la solución escogida en su régimen jurídico fue la de permitir, derechamente, una declaración de nulidad de la ley, dejándose una ficción de derogación en el caso de ciertos vicios formales³⁴. Como veremos *infra*, esta solución es muy próxima a la que existe en derecho chileno contemporáneo.

Frecuentemente se invoca al “derecho común” como fuente de soluciones jurídicas. Pues bien, la obra legislativa por excelencia de recepción del *ius commune* –derecho común en su sentido original–, el Setenario o *Siete Partidas*, redactado a mediados del siglo XIII, presenta varias disposiciones referidas a esta materia. La más clara es la de la nulidad de la ley por incompetencia: “Emperador ó Rey puede facer leyes sobre las gentes de su Señorío, é otro ninguno no ha poder de las facer en lo temporal: fueras ende, si lo ficiesen con otorgamiento dellos. E las que de otra manera fueren fechas no han nombre ni fuerza de leyes, ni deben valer en ningun tiempo”³⁵. Descripción clarísima de la inexistencia jurídica.

No es el objetivo de este trabajo efectuar una reconstitución histórica exhaustiva de este tema. Sin embargo, es quizás conveniente ilustrar con algún ejemplo reciente. Uno particularmente interesante proviene de Francia: la Ordenanza del 9 de agosto de 1944, sobre restablecimiento de la legalidad republicana, prescribió en su artículo 2 que “son, por consiguiente, nulos y de ningún efecto³⁶ todos los actos... legislativos... promulgados en el territorio continental con posterioridad al 16 de

³¹Véase, al respecto, Jones, W. *The law and legal theory of the Greeks*. Oxford University Press. Londres. 1956, 234; Perrot, G. *Essais sur le droit public et privé de la République Athénienne. Le droit public*. Ernest Thorin. Paris. 1867, esp. 161-162; Vidalin, J. *La loi athénienne et le principe de la légalité*. Thèse. Paris. 1965, esp. 211.

³²Cicerón, M. T. *De legibus*. II, V.

³³Mommsen, T. *Le droit public romain (Römisches Staatsrecht)*. Thorin. Paris. 1889-1896 (Reimpresión de Boccard. Paris. 1984-1985), tomo VI/1, 417. La traducción es nuestra.

³⁴*Ibid.*, 417 y 420-422.

³⁵Partida primera, Título I, Ley XII.

³⁶*Nul et de nul effet* es una fórmula habitualmente empleada en Francia para referirse a la nulidad en sentido estricto, esto es, inexistencia.

junio de 1940 y hasta el establecimiento del Gobierno provisorio de la República Francesa³⁷. Esto no obedece exclusivamente a los traumas políticos derivados de la ocupación nazi y del régimen de Vichy: ya en la década de 1920, Paul Duez –uno de los publicistas más lúcidos de la primera mitad del siglo– había sostenido que “la ley que no reúne sus elementos esenciales es un acto jurídico *inexistente*”, y que “al constatar la inexistencia de un acto que es decorado con el nombre de la ley, él [el juez] hace finalmente prevalecer la verdadera voluntad del legislador”³⁸.

Valga agregar, a mayor abundamiento, una opinión autorizada del derecho español, dado que tal ordenamiento es frecuentemente invocado por nuestros publicistas. R. Bocanegra ha sostenido que “la sanción de las leyes que violan lo establecido en la Constitución es la de su nulidad de pleno derecho, que se produce *ipso iure* con la consiguiente eficacia *ex tunc*”³⁹.

En síntesis, ha de sostenerse firmemente que la nulidad de los actos legislativos está lejos de ser una mera ilusión teórica. Ella ha existido desde la Antigüedad clásica, y se ha perpetuado hasta nuestros días. En el caso chileno, dicha recepción halla forma a través del artículo 7º de la Constitución, como veremos a continuación.

2.2. LA RECEPCIÓN DE LA NULIDAD DE LA LEY EN EL DERECHO CHILENO

La nulidad de la ley en el derecho chileno no puede ser comprendida sino a través de dos disposiciones de la Carta Fundamental: el ya comentado artículo 7º, que establece los requisitos de validez de todos los actos emanados de los órganos del Estado, incluido el legislador; y el artículo 93 N° 7, que le otorga al Tribunal Constitucional la atribución de “resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”. Ambas disposiciones están plenamente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico –son “hechos de la causa”– por lo que no cabe *descartarlas*, ni a una ni a ambas, sino que *oponerlas*, o bien *coordinarlas*.

Una primera posición sería la de sostener que entre ambos artículos existiría una *oposición* de sus alcances, pues dichas disposiciones apuntarían a instituciones diferentes: mientras la primera se referiría a la nulidad, la

³⁷“Sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes... législatifs... promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'à l'établissement du Gouvernement provisoire de la République française”.

³⁸Duez, P. “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France”, en *Mélanges Maurice Hauriou*. Sirey. Paris. 1929, 213, esp. 236. La traducción es nuestra.

³⁹Bocanegra Sierra, R. “Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Civitas. Madrid. 1991, 509, esp. 533-534.

segunda se referiría a la inconstitucionalidad. Tal posición no nos parece aceptable, por dos razones:

- 1) *Sustancialmente*, porque el mecanismo llamado “inconstitucionalidad” del artículo 93 tiene por origen una *relación* de inconstitucionalidad entre la ley y la Constitución, la que, de acuerdo a los artículos 6° y 7° de la Constitución, implica necesariamente una nulidad. Como ambos apuntan a examinar la juridicidad del acto, y no a consecuencias distintas –como sería la responsabilidad–, se sigue que “nulidad” e “inconstitucionalidad” designan una misma realidad jurídica.
- 2) *Procesalmente*, porque si la “inconstitucionalidad” apuntara a una realidad distinta de la nulidad, la forma procesal de hacer valer la nulidad de la ley establecida por el artículo 7° no estaría reglada por la Constitución, dejando un campo abierto para que se ejerciera una “acción de nulidad de derecho público de la ley”, distinta a la del artículo 93 y cuyo conocimiento correspondería, en principio, al Poder Judicial.⁴⁰ Sin embargo, parece evidente que dicha acción no existe, pudiendo aducirse que la finalidad del constituyente fue la inversa: establecer el único mecanismo a través del cual todas las inconstitucionalidades de la ley pudiesen ser conocidas y juzgadas.

La segunda posición, que nos parece preferible, es la de propugnar una *coordinación* entre los dos preceptos. Se explicó, en el numeral (1) anterior, que ambas instituciones reconocen un mismo origen, y que apuntando a una misma esfera –la de la legalidad– deberían responder a una misma realidad.

Aparentemente, el mayor obstáculo referido a esta coordinación nos es dado por la expresión “se entenderá derogado”, establecida por el artículo 94 inciso 3° de la Constitución⁴¹. De entenderse que la declaración de inconstitucionalidad *equivale* a una derogación⁴², la coordinación se encontraría en graves apuros. Empero, derogación e inconstitucionalidad son instituciones de distinta naturaleza, tal como el propio Tribunal Constitucional lo ha afirmado⁴³. Así, por ejemplo, mientras la derogación

⁴⁰Esta posición aparece descrita, antes de la reforma constitucional de 2005, por Soto Kloss, E. “Comentario sobre la sentencia CS, 26 de junio de 1996”, cit., 217: “Por eso es que también cabe en el art. 7° plantear la nulidad de la ley, y como no hay un procedimiento especial en el ordenamiento procesal ha de ser a través de un juicio ordinario y ante el juez de letras en lo civil, del mismo modo como se plantea la nulidad de un acto administrativo y que conocen frecuentemente hoy dichos magistrados”.

⁴¹Y utilizada, naturalmente, por el Tribunal Constitucional; véase, v. gr., lo dispositivo de las sentencias roles 1254-2008 y 1345-2009.

⁴²En este sentido, véase Díaz García, I. “Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución chilena”, en *Revista de Derecho Público* N° 69 (2007), tomo I, 389, esp. 404.

⁴³Véase la sentencia TC de 28 de octubre de 2010, rol N° 1552-09, considerando 3°.

implica efectuar sobre la norma un juicio de mérito, la declaración de inconstitucionalidad está asociada a un juicio de validez⁴⁴. Por consiguiente, no es lo mismo “derogar” que “entender derogado”.

Así, si (α) *declaración de inconstitucionalidad* no es equivalente a *derogación*, y (β) sólo la *derogación* es incompatible con la *nulidad*, se desprende que el artículo 7º y los artículos 93 y 94 de la Constitución son compatibles y coordinables. La articulación de estos preceptos se da, a nuestro entender, de la siguiente forma:

- 1) El artículo 7º establece los elementos dogmáticos fundamentales de la nulidad de la ley: una ley inconstitucional es, en realidad, una no-ley, una ley nula, una ley inexistente⁴⁵. La inconstitucionalidad es nulidad, la que es imprescriptible.
- 2) El artículo 93 establece el mecanismo procesal por el cual puede perderse la nulidad de una ley: ello significa que en el ámbito de los actos legislativos la acción de inconstitucionalidad es la acción de nulidad, tal como la declaración de inconstitucionalidad es la declaración de nulidad. Elocuentemente, la imprescriptibilidad de la nulidad halla su correlato en la imprescriptibilidad de la acción de inconstitucionalidad: no se ha establecido plazo alguno para impugnar las disposiciones legales que se estimen inconstitucionales.
- 3) El artículo 94, al utilizar la fórmula “se entenderá derogado”, cumple tres funciones principales:
 - a. *Dogmáticamente*, excluir la calificación de la declaración de inconstitucionalidad como una derogación en sentido estricto;
 - b. *Técnicamente*, establecer los “efectos derogatorios”⁴⁶ de la declaración de nulidad, por los cuales el constituyente mantiene inalterables las situaciones jurídicas establecidas antes de dicha declaración, entendiéndose que de este modo se resguarda la seguridad jurídica. Ello se ve reforzado por la expresión “la que no producirá efecto retroactivo”⁴⁷. Así, la declaración de inconstitucionalidad

⁴⁴Consúltese la sentencia TC de 6 de agosto de 2010, rol N° 1710-10, considerando 171º. Ello encuentra sustento en la doctrina; véase, por ejemplo, Delfino, F. *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*. Jovene. Napoli. 1970, 58-99.

⁴⁵Por cierto, el artículo 7º requerirá coordinarse con las Bases de la Institucionalidad y las restantes disposiciones de la Constitución que atañan a los actos legislativos, en cuyos porrenores no cabe entrar aquí.

⁴⁶El propio Tribunal Constitucional emplea esta expresión en su sentencia de 16 de abril de 2009, rol 1173-08, considerando 24º: “con los *efectos derogatorios* que indica el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución”. Las cursivas son nuestras.

⁴⁷Quepa destacar que, respecto del acto, la declaración de nulidad no produce efecto retroactivo, ya que la retroacción implica la modificación de una cierta situación jurídica. El acto nulo no existía antes de la declaración, y tampoco existe después de la declaración; como la situación jurídica es exactamente la misma, no hay efecto retroactivo. Distinto es el caso de la anulabilidad (v. gr., las “nulidades” absoluta y relativa establecidas en el Código

se materializa como una *nulidad con efectos derogatorios*: mientras la nulidad apunta al plano del acto, la fórmula “se entenderá derogado” está dirigida al plano de los efectos; y

- c. *Temporalmente*, fijar el momento a partir del cual el precepto legal declarado inconstitucional deja de imperar sobre el orden jurídico.

De todo lo anterior se desprende que la nulidad de la ley y la declaración de inconstitucionalidad de la ley son, en nuestro ordenamiento jurídico, dos designaciones de una misma institución. En síntesis, la nulidad de derecho público establecida por el artículo 7º comprende también el ámbito de los actos legislativos, y la propia Constitución se ha encargado de establecer el modo en que dicha nulidad opera.

3. LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES

En fin, queda examinar la relación de la nulidad de derecho público con la última de las tres categorías tradicionales de los actos jurídicos públicos: la de los actos jurisdiccionales. Ello implicará, en primer lugar, determinar el significado de la nulidad de dichos actos (3.1), para luego establecer de qué modo esta categoría ha sido recibida, o puede serlo, en nuestro ordenamiento (3.2).

3.1. EL SIGNIFICADO DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES

La nulidad no es terminológicamente ajena al derecho procesal: por ejemplo, comúnmente se hace referencia en nuestro ordenamiento a la “nulidad procesal”⁴⁸ o al “recurso de nulidad”⁴⁹. De ello parecería que la nulidad es una institución habitualmente aplicada sobre los actos procesales, por lo que no habría inconveniente alguno en que la nulidad de derecho público les fuera asociada.

Sin embargo, como tantas veces en materias jurídicas, una cosa es el término empleado, y otra distinta es la institución designada por dicho término. Bien es sabido que el significado propio de la nulidad es el de *inexistencia*, institución *caracterizada por su imprescriptibilidad* y por su *imposibilidad de validación*. Sin embargo, las llamadas “nulidades procesales” gozan por regla general de un plazo más o menos breve

Civil, pues en tal caso un acto que existe es aniquilado por el acto anulatorio, modificándose la situación jurídica y, por lo tanto, verificándose una retroacción.

⁴⁸Código de Procedimiento Civil, artículo 83; Código Procesal Penal, artículos 159 y ss.

⁴⁹Código Procesal Penal, artículos 372 y ss.

durante el cual ellas pueden ser hechas valer. Así, dogmáticamente, lo que tradicionalmente se llama “nulidad” procesal es, en realidad, una “anulabilidad” procesal.

Cabe preguntarse entonces si una nulidad procesal en sentido propiamente técnico es concebible. Para que lo fuera, sería menester que cumpliera con el requisito más eminente de la nulidad: su imprescriptibilidad, constatándose, por lo tanto, un vicio de tal naturaleza que pudiera ser perseguido en cualquier momento, independientemente del avance específico del proceso respectivo⁵⁰.

Empero, ello contrastaría con una institución fundamental del derecho procesal, y que caracteriza en definitiva el ejercicio de la función jurisdiccional: la cosa juzgada⁵¹. En efecto, mientras la cosa juzgada implica una estabilidad permanente de la resolución judicial, la nulidad-inexistencia deja perpetuamente abierta la posibilidad de impugnar un acto jurídico: se ve que ambas se oponen radicalmente. Por ello es lícito preguntarse qué sucede, de estimarse que exista un vicio tal que haya de considerarse imprescriptible, con la cosa juzgada que las partes o el mismo juez hubieron creído haberse constituido. La opinión más autorizada sostiene que tal vicio, derechamente, impediría la formación de la cosa juzgada⁵².

Esta falta de formación de la cosa juzgada es una de las más poderosas manifestaciones de sujeción al principio de juridicidad que pueda presentarse en cualquier régimen jurídico: “la fuerza de la cosa juzgada es más potente que lo que tenga fuerza de ley. La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se mantiene incluso cuando es contrario a la ley. El poder estatal, artífice del ordenamiento, pronuncia su palabra definitiva no con la ley, sino que con la sentencia judicial”⁵³. Más allá de su propensión a un cierto positivismo judicial, las expresiones de este autor difícilmente podrían ser catalogadas como impertinentes. Y ellas permiten explicar la restricción con que es concebida la nulidad de los actos jurisdiccionales, pues tan poderosa como es la cosa juzgada, será poderosa su negación. Esta restricción, como veremos, puede distinguirse claramente en el derecho chileno.

⁵⁰Denti, V. “Invalidità (diritto processuale civile)”, en *Enciclopedia del Diritto*. Aggiornamento, Tomo I. Giuffrè. Varese. 1997, 709, esp. 717.

⁵¹Véase, por ejemplo, Bouvier, V. “La notion de juridiction constitutionnelle”, en *Droits* N° 9 (1989), 119, esp. 121, quien expresa que la función jurisdiccional “consiste en pronunciarse sobre una cuestión de derecho por una resolución dotada de la autoridad de cosa juzgada”; y Jara Schnettler, J. *Op. cit.*, 91.

⁵²Ver, v. gr., Gallo, C. E. *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*. Giuffrè. 1983, 124.

⁵³Bülow, O. “Legge e ufficio del giudice” (traducción de Pasqualucci, Paolo, de “Gesetz und Richteramt”. Duncker & Humblot. Leipzig. 1885, VII-XII), en *Quaderni Fiorentini* N° 30 (2001), tomo I, 199.

3.2. LA RECEPCIÓN DE LA NULIDAD-INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES EN EL DERECHO CHILENO

No ha de sorprender que el punto de partida para verificar si el ámbito de aplicación de los actos jurídicos públicos se extiende a esta función estatal nos sea dado por el artículo 7º de la Constitución. Al establecer su inciso primero que “los órganos del Estado actúan válidamente...”, debe entenderse que tal expresión incluye también a los órganos jurisdiccionales. Si se atiende a que el inciso tercero prescribe que “todo acto en contravención a este artículo es nulo”, y si dicha nulidad –como se ha visto– es inexistencia, debería entenderse que la única forma de invalidez aplicable sobre los actos jurisdiccionales es la inexistencia.

Dicha conclusión es contraria a nuestra más elemental experiencia de la función jurisdiccional, pues bien sabemos que los vicios existentes dentro de los procesos jurisdiccionales son normalmente conocidos y declarados tales dentro de un lapso más o menos restringido de tiempo. Es así como el alcance del artículo 7º de la Constitución, pretendidamente general, parecería ceder *fácticamente* ante la función jurisdiccional, sin necesidad de norma constitucional alguna que así lo dispusiera y con la sola invocación de las normas legales⁵⁴.

Sin embargo, tal conclusión sería prematura. La restricción del alcance del artículo 7º de la Constitución respecto de los actos jurisdiccionales tiene un origen *normativo* , derivándose de la coordinación del referido artículo con otra disposición de rango constitucional: el artículo 76 de la Carta Fundamental. Éste les atribuye a los tribunales establecidos por la ley “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado”. ¿Podría resolverse una cuestión sin asociarla a la potestad de que un tribunal “diga el derecho”, es decir, de que pronuncie una solución jurídica de manera definitiva? Tal es justamente la esencia de la función jurisdiccional. Y por ello es que, tal como el artículo 7º no puede desconocer la existencia de una vía procesal para perseguir la declaración de nulidad de la ley –lo que analizamos *supra* –, tampoco puede ignorar el límite a los alcances de la nulidad en lo que concierne a las resoluciones judiciales, porque la aceptación a ultranza de la nulidad en este ámbito significaría *negar sistemáticamente la cosa juzgada y, por lo tanto, la existencia de la función jurisdiccional* .

Así, estando asociada la función jurisdiccional a la cosa juzgada, y como ésta a su vez implica la inimpugnabilidad del acto correspondiente transcurridos todos los plazos y recursos establecidos para ello, se sigue

⁵⁴Y por lo tanto la nulidad de derecho público no regiría la función jurisdiccional, tal como sostiene Tavolari Oliveros, R. “Comentario a CS, 22 de octubre de 2002, *Villagra Aguilar*”, en *RDJ*, t. 99 (2002), s. I, 255. En el mismo sentido, Bermúdez Soto, J. “El principio de legalidad...”, cit., 283. En contra M. Otero L., *La nulidad procesal, civil, penal y de derecho público*, cit.

que, excepcionalmente –dentro del marco constitucional– la forma de invalidez establecida para la función jurisdiccional no sea la nulidad, sino que la *anulabilidad*. En estricto rigor, esto se fundaría, a más de la explicada coordinación entre los artículos 7° y 76, también en lo dispuesto por el artículo 6°, por cuanto el *orden institucional de la República* requiere de la división de poderes y funciones y, en concreto, de la existencia de una función jurisdiccional y de su independencia de autoridades correspondientes a otras funciones.

En todo caso, resulta indispensable subrayar que la consagración de la anulabilidad como forma general de invalidez de los actos jurisdiccionales no significa la eliminación de la nulidad en este ámbito. En efecto, tal como se señaló en el punto 3.1 *supra*, la nulidad de derecho público es aplicable en los casos en que, por causa de un vicio de entidad suficiente, la cosa juzgada –que define a la jurisdicción– no se haya constituido. Estos casos son poco frecuentes –pero de ningún modo despreciables, atendida su relevancia en el contexto institucional– y se desprenden de fuentes tanto constitucionales como legales.

- 1) Un caso de inexistencia jurídica de los actos jurisdiccionales establecida *por vía constitucional* es el de la usurpación de funciones jurisdiccionales. La usurpación de funciones es un caso particularmente grave de incompetencia, derivado del hecho que el órgano que emitió el pretendido acto pertenece al ámbito de otra función estatal que la que correspondía. De esta situación trata el inciso primero del artículo 76, al señalar que esta función “pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley” –perspectiva positiva–, y que “ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.
- 2) El caso más prístino de inexistencia jurídica establecido *por vía legal* es probablemente el de la revisión de las sentencias penales firmes, contemplado en el Código Procesal Penal. Su artículo 473 establece que “la Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas”. La imprescriptibilidad de esta acción de nulidad se desprende del artículo 474: “la revisión de la sentencia podrá ser pedida, en cualquier tiempo, por el ministerio público, por el condenado o por el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos de éste. Asimismo, podrá interponer tal solicitud quien hubiere cumplido su condena o sus herederos, cuando el condenado hubiere muerto y se tratare de rehabilitar su memoria”.

No cabe ninguna duda de que la revisión de las sentencias penales firmes es una expresión de la nulidad de derecho público del artículo 7° de la Constitución. En tal caso no llega verdaderamente a consti-

tuirse la cosa juzgada, y por lo tanto no hay propiamente jurisdicción debido a ciertos vicios especialmente calificados por el ordenamiento. La utilización inapropiada del vocablo “anularlas” –que es propio de una anulabilidad– en el artículo 473 no obsta a la identificación de la nulidad como institución aplicable, máxime si el artículo 478 establece que “la resolución de la Corte Suprema que acogiere la solicitud de revisión *declarará la nulidad de la sentencia*”⁵⁵.

En resumen, es posible sostener que, aunque bastante restringida por la naturaleza de la función en cuestión, la nulidad de derecho público rige también en el ámbito de los actos jurisdiccionales. A más de los casos enunciados, la ley puede establecer otros casos que estime necesarios para asegurar el imperio del derecho; y no debe descartarse la posibilidad de que se establezcan casos de nulidad *ex ipsa natura rerum*, es decir, por la propia naturaleza de las cosas, tal como lo sostienen en sendas obras J. Colombo y M. Otero⁵⁶. Sin embargo, una mayor inmersión en este tema –que excedería los límites de este trabajo– quedará para una próxima oportunidad.

CONCLUSIÓN

- 1) La nulidad de derecho público contemplada en el artículo 7° de la Constitución es aplicable a las tres funciones clásicas del Estado –administrativa, legislativa y jurisdiccional–, con modulaciones derivadas de la naturaleza específica de cada una de ellas.
- 2) La nulidad de derecho público tiene un ámbito extenso de aplicación en la función administrativa, abarcando tanto los vicios de legalidad externa –competencia y formalidades– como de legalidad interna –contenido y finalidad–. La única limitación indiscutible a la aplicación de la nulidad sobre los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico nos es dada por el caso de vulneración a los *requisitos no esenciales de forma*, en virtud de expresa disposición de rango constitucional que remite a la ley su tratamiento⁵⁷: en concreto, se trata de la fórmula “en la forma que prescribe *la ley*” del artículo 7° de la Constitución, que remite al artículo 13 de la Ley N° 19.880 (sección 1).

⁵⁵Las cursivas son nuestras.

⁵⁶Colombo Campbell, J. *Los actos procesales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1997, esp. t. II, 422-440; Otero Lathrop, M. *Op. cit.*, esp. 253-281.

⁵⁷Ver, en este sentido, Bocksang Hola, G. “La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: a horcajadas entre decaimiento y nulidad”, *cit.*, esp. 232-234.

- 3) A la función legislativa también le es aplicable la nulidad de derecho público, lo que surge esencialmente de la coordinación de dos disposiciones de rango constitucional. Mientras el artículo 7° de la Constitución dispone la *naturaleza* de la consecuencia a la infracción a la juridicidad por parte de una pretendida ley –la nulidad–, su artículo 93 N° 7 establece el *mecanismo procesal* para lograr su declaración –la acción de inconstitucionalidad–. Entre ambas disposiciones no existe contradicción, así como tampoco la existe entre la naturaleza de la nulidad y la expresión “se entenderá derogado” (sección 2).
- 4) La nulidad de derecho público también se extiende a la función jurisdiccional, pero con serias restricciones derivadas de la incompatibilidad existente entre la cosa juzgada y la imprescriptibilidad de la nulidad. Por ello, de la coordinación de dos disposiciones constitucionales –los artículos 7° y 76– se desprende que la *anulabilidad* es el tipo de invalidez generalmente aplicable a los actos jurisdiccionales⁵⁸, circunscribiéndose la *nulidad* a aquellos casos en que el vicio sea de tal naturaleza que impida la formación de la cosa juzgada (sección 3).
- 5) En suma, la actuación jurídica del Estado de Chile, respecto todas sus funciones, no sólo está *limitada* por la Constitución, sino que está derechamente *condicionada* por ella. No por nada Abdón Cifuentes sostuvo, hace casi un siglo y medio atrás, que “la omnipotencia del Estado, como teoría es absurda y como institución es simplemente una monstruosidad, impropia hasta no más en los labios de un republicano y de un demócrata”⁵⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- Aróstica Maldonado, I. “La constitución en riesgo (sobre la “inconstitucionalidad indirecta” de los actos de la Administración)”, en *Ius Publicum* N° 3 (1999), 57.
- Bermúdez Soto, J. “El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 70 (2008), 273.
- Bermúdez Soto, J. “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIII N° 1 (2010), 103.
- Bernaschina González, M. *Manual de derecho constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1951.

⁵⁸A pesar de la calificación, impropia por lo general, de “nulidad [sic] procesal” que se les atribuye a dichos casos de *anulabilidad*.

⁵⁹Cifuentes Espinosa, A. *Colección de Discursos*. Escuela Tipográfica “La Gratitude Nacional”. Santiago. 1916, t. II, 467. El fragmento transcrito proviene de su discurso de 19 de junio de 1873 ante la Cámara de Diputados.

- Bocanegra Sierra, R. "Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Civitas. Madrid. 1991, 509.
- Bocksang Hola, G. "De la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público", en *Ius Publicum* N° 14 (2005), 87.
- Bocksang Hola, G. "De la nulidad de derecho público como inexistencia", en *Ius Publicum* N° 16 (2006), 91.
- Bocksang Hola, G. "La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: a horcajadas entre decaimiento y nulidad", en *Sentencias Destacadas 2010*. Ediciones LYD. Santiago. 2011, 225.
- Boloña Kelly, G. *El acto administrativo*. LexisNexis. Santiago. 2005.
- Bouvier, V. "La notion de juridiction constitutionnelle", en *Droits* N° 9 (1989), 119.
- Bülow, O. "Legge e ufficio del giudice" (traducción de Pasqualucci, Paolo, de "Gesetz und Richteramt". Duncker & Humblot. Leipzig. 1885, VII-XII), en *Quaderni Fiorentini* N° 30 (2001), tomo I, 199.
- Caldera Delgado, H. "La nulidad del acto expropiatorio", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 182 (1987), 47.
- Caldera Delgado, H. *Tratado de derecho administrativo*. Ediciones Parlamento. Santiago. 2001.
- Cea Egaña, J. L. "La esencia de los derechos y su libre ejercicio en la nueva Constitución", en *Revista de Derecho Público* N° 29-30 (1981), 105.
- Cicerón, M. T. *De legibus*.
- Cifuentes Espinosa, A. *Colección de Discursos*. Escuela Tipográfica "La Gratitude Nacional". Santiago. 1916.
- Colombo Campbell, J. *Los actos procesales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1997.
- Concha Machuca, R. "El objeto ilícito contrario al Derecho público (artículo 1462 del Código Civil)", en *Estudios de Derecho Civil V*. Legal Publishing. Santiago. 2010, 307.
- Daniel Argandoña, M. "Sobre el proceso contencioso administrativo de general aplicación", en *Revista de Derecho Público* N° 63 (2000), tomo II, 191.
- Delfino, F. *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*. Jovene. Napoli. 1970.
- Denti, V. "Invalidità (diritto processuale civile)", en *Enciclopedia del Diritto*. Aggiornamento, Tomo I. Giuffrè. Varese. 1997, 709.
- Díaz García, I. "Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución chilena", en *Revista de Derecho Público* N° 69 (2007), tomo I, 389.
- Duez, P. "Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France", en *Mélanges Maurice Hauriou*. Sirey. Paris. 1929, 213.
- Gallo, C. E. *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*. Giuffrè. 1983.
- Jara Schnettler, J. *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Editorial Libromar. Santiago. 2004.
- Mommsen, T. *Le droit public romain (Römisches Staatsrecht)*. Thorin. Paris. 1889-1896 (Reimpresión de Bocard. Paris. 1984-1985).
- Jones, W. *The law and legal theory of the Greeks*. Oxford University Press. Londres. 1956.
- Morand-Deviller, J. *Cours de droit administratif*. Montchrestien. 9è édition. 2005.

- Otero Lathrop, M. *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2009.
- Oviedo Soto, T. "Nulidad de derecho público, cosa juzgada y prescripción en un trámite de expropiación", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 198 (año 63, julio-diciembre 1995), 71.
- Perrot, G. *Essais sur le droit public et privé de la République Athénienne. Le droit public*. Ernest Thorin. Paris. 1867.
- Silva Bascuñán, A. *Tratado de derecho constitucional. Tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Segunda edición. 1997.
- Soto Kloss, E. "La nulidad de derecho público en el derecho chileno", en *Revista de Derecho Público* N° 47/48 (1990), 11.
- Soto Kloss, E. "La servicialidad del Estado. Base esencial de la institucionalidad", en *Revista de Derecho Público* N° 57-58 (1995), 13.
- Soto Kloss, E. "La nulidad de derecho público: su actualidad", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII (1997), 347.
- Soto Kloss, E. "Comentario sobre la sentencia CS, 26 de junio de 1996", en *Ius Publicum* N° 2 (1999), 216.
- Soto Kloss, E. "La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno", en *Ius Publicum* N° 4 (2000), 55.
- Soto Kloss, E. "Estado de hecho o Estado de Derecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica", en *Ius Publicum* N° 8 (2002), 107.
- Tavolari Oliveros, R. "Comentario a CS, 22 de octubre de 2002, *Villagra Aguilar*", en *RDJ*, t. 99 (2002), s. I, 255.
- Vial Álamos, J. "El control constitucional de la Corte Suprema", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 N° 2 (2001), 441.
- Vidalin, J. *La loi athénienne et le principe de la légalité*. Thèse. Paris. 1965.
- Weil, P., Pouyaud, D. *Le droit administratif*. Presses Universitaires de France. Paris. 21è édition. 2006.

LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

*Eduardo Soto Kloss**

SUMARIO. Introducción. I. Temas relevantes en los fallos recientes: actos administrativos impugnados por esta acción constitucional. II. La legitimación activa en la nulidad de derecho público. III. Efectos de la nulidad de derecho público.

INTRODUCCIÓN

Sabido es que en la década de los años noventa del siglo pasado la nulidad de derecho público (NDP en adelante) adquirió una relevancia notable y la jurisprudencia recaída en ella se consolidó de modo que su naturaleza constitucional, pública y, en consecuencia, regida por el derecho público, fue afirmada sin tapujos, así como sus características de *ipso iure*, insanable e imprescriptible, y que su esencia es la de ser propiamente inexistencia¹. Ciertamente, que todo ello significó un esfuerzo doctrinario para contrarrestar la pertinacia de la defensa fiscal en controvertir cada una de estas características, en una defensa desesperada tratando de aplicar normativa de derecho privado y de impedir así el ejercicio de los derechos de las personas.

Útil nos parece ahora reseñar lo que los tribunales, especialmente la Corte Suprema, han fallado en estos últimos años, si bien los casos no son tan numerosos como los existentes en la última década pasada. Ello presenta interés por cuanto ha surgido en la tercera sala suprema un predicamento de raigambre civilista que tiende directamente a “desactivar” esta acción constitucional y (una vez más) la defensa de los derechos de

*Profesor de derecho administrativo. Este texto es parte de uno más extenso sobre las contradicciones de la jurisprudencia suprema en este tema.

¹Vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. (3a. ed.). Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago de Chile. 2012, 505-545, en sus aspectos típicos y con la jurisprudencia de más de 40 fallos hasta 2012. También nuestro *Derecho Administrativo* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996, vol. 2, 163-194. Sobre su naturaleza de “inexistencia” vid. G-Bocksang, De la nulidad de derecho público como inexistencia, en *Ius Publicum* 16/2006, 91-116, y De la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, en *Ius Publicum* 14/2005, 87-104.

las personas en una posición fiscalista de triste memoria en nuestra historia², predicamento que se explica solamente por la posición asumida por esa sala desde que su integración incluyera a un magistrado que fuera por más de treinta años abogado y también directivo del organismo de la defensa fiscal³ y menospreciando una nutrida jurisprudencia suprema anterior en la materia⁴.

En este recuento jurisprudencial se incluyen fallos supremos, pero también algunos que presentan interés de tribunales de primera como también de segunda instancia que, a mi conocimiento, no han recibido un pronunciamiento final. No se trata de relatar caso a caso con pormenor, sino referir sobre qué recae la pretensión anulatoria, esto es, el acto administrativo impugnado y la solución judicial en sus fundamentos. Debe señalarse que no se entra aquí en este trabajo a una crítica de cada fallo, salvo mínimamente para llamar la atención sobre el punto que la merece pero sin entrar a fondo en ello. Así veremos primeramente (I) las materias sobre las que ha recaído esta acción constitucional, luego (II) la llamada “legitimación activa” para impetrarla y (III) los efectos jurídicos de la NDP. Para otro artículo próximo dejamos el tema, tal vez, más interesante en esta jurisprudencia como es el de las “causales” de nulidad de derecho público que merece un tratamiento más doctrinario atendido el variopinto esquema que la jurisprudencia suprema ha imaginado al respecto, ya desde *Camacho Santibáñez*, de 28.6.2006.

I. TEMAS RELEVANTES EN LOS FALLOS RECIENTES: ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS POR ESTA ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Las materias sobre las cuales han recaído procesos de NDP son bien variadas dentro del ámbito de la actividad administrativa del Estado y del

²Recuérdese la aberrante posición de la Corte Suprema de interpretar el art. 87 de la Constitución de 1925 en el sentido de carecer de competencia para conocer de las acciones de impugnación de los actos administrativos en razón de entender que lo era de conocimiento de los tribunales administrativos, que no existían y que nunca fueron creados por el legislador. Ello significó pura y simplemente el crear una verdadera “inmunidad jurisdiccional” para la Administración del Estado. Y no se olvide que esa pretendida incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de ello ya era planteado por la Dirección del Tesoro (organismo precedente del Consejo de Defensa Fiscal) a fines del siglo XIX.

³Me refiero al sr. Ministro don Pedro Pierry Arrau, que fuera también distinguido profesor de derecho administrativo por largos años en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

⁴Vid. nota 1 precedente.

recuento de los fallos que hemos pesquisados hemos encontrado más de 20 que nos han parecido de interés para un estudio al respecto⁵.

1. Un buen número de ellos versa sobre la impugnación de actos administrativos que afectan los derechos de las personas en lo que se refiere al *derecho de propiedad* (art. 19 N° 24 de la Constitución), sea en cuanto “actos expropiatorios” del dominio sobre inmuebles, sea en cuanto regularización de la pequeña propiedad raíz, sea en cuanto inciden en asuntos de urbanismo, sea incluso a través de mecanismos insólitos aún en nuestro derecho público como las inscripciones por “minuta simple fiscal”.

1.1. Como decíamos, un buen número de ellos versa sobre la impugnación de *actos expropiatorios* que se estiman por los afectados que están viciados en su dictación, sea en su procedimiento de elaboración, sea incluso por no haberse cumplido el fin de “utilidad pública” en vista de la cual la ley autoriza tal acto, existe la institución misma de la expropiación de origen constitucional y existe el acto mismo que debe concretarla en la realidad.

(a) Así *Le Roy Barría c/Esva S.A.* (Corte Suprema/3a.Sala siempre, 27.1.2009, rol 3237-2007), demanda rechazada por estimar los tribunales de la instancia encontrarse prescrita la acción de nulidad impetrada, por aplicación de las normas del Código Civil, lo que el acto en su casación de fondo sostenía como error que influía en lo dispositivo del fallo impugnado desde que la NDP tiene un origen, finalidad y estatuto constitucional enteramente ajeno a las disposiciones civiles. La Corte Suprema al desechar la casación deducida reitera la aplicación de las normas del Código Civil y la prescriptibilidad de la acción en cuestión.

(b) En *González Vergara c/Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío* (Corte Suprema 9.8.2011, rol 2217-2009) se controvierte un acto expropiatorio en razón de no cumplirse la finalidad de “utilidad pública” que conlleva en sí la expropiación. La Corte plantea que existiendo una acción legal (es decir, de origen legal) para reclamar el referido acto expropiatorio (DL 2.186/1978) es a ese procedimiento de reclamación al que debe acudir y no a esta acción constitucional que estima como una acción genérica...

(c) *Cornejo Bravo c/Corporación de la Reforma Agraria (Servicio Agrícola Ganadero)* (Corte Suprema 13,10,2011, rol 5463-2009) ve la impugnación de un Acuerdo de la tristemente célebre CORA, de enero de 1967, en

⁵Dada la desaparición de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* a partir del año 2008 y no obstante lo avanzado de la tecnología de internet, las actuales revistas de jurisprudencia judicial no contienen una sección de sentencias de derecho público que incluyan la cantidad de fallos como lo hacía aquella. No es lo mismo ni resulta fácil tener que pesquisar este tema en la enorme masa de fallos que se van integrando en la página web del Poder Judicial.

razón de no haber recibido pago alguno por la expropiación de su predio. Ciertamente es que el actor estuvo en poder del referido predio hasta el año 2003, en que a raíz de una demanda de reivindicación deducida por el SAG, sucesor de aquélla en el bien expropiado. La Corte Suprema rechaza la casación de fondo planteada por el demandante afirmando “que no es óbice del perfeccionamiento y conclusión del acto expropiatorio” el no haber obtenido pago alguno como indemnización (consid. 7°) dado que se había producido por parte de la expropiante la consignación de la cuota de contado (más que ínfima en relación con el valor del predio) ante el tribunal agrario competente (Colchagua), habiéndose practicado las inscripciones registrales de rigor (consid. 8°).

(d) En *Lecaros Ovalle c/Fisco y Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano* (Corte de Apelaciones de Santiago 7.5.2009, Corte Suprema 1.6.2012) se trata de una NDP de un acto expropiatorio de 1972 en que nunca se concretó la indemnización, requisito esencial para que exista una expropiación (según lo establece la propia Constitución, también la de 1925, vigente a esa época) y ello en razón de los acuerdos a que llegaron muchos expropiados por el gobierno de esa época/1972, entre ellos el actor, con el Gobierno de la Presidencia Pinochet Ugarte para la conservación de una “reserva” de su propio predio, y en cuya virtud, y de acuerdo con la legislación vigente, Lecaros Ovalle debió devolver lo que se había consignado por el Acuerdo de la Cora, como cuota inicial (ínfima e irrisoria, en verdad) y los llamados “bonos” de saldo (meros papeles...). En otras palabras, por el hecho de reconocérsele el derecho a reserva (40 ha) le fue expropiado su predio sin indemnización alguna y sin que ni siquiera se cumpliera el fin llamado de “utilidad pública” de dicha reforma agraria, puesto que no fue reasignado ese predio expropiado a trabajador alguno siendo incluso traspasado primero al Servicio Agrícola Ganadero y luego al Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano, organismo que nada tenía que ver con la materia de reforma agraria: se advierte, una vez más, en este caso, el vulgar latrocinio que significó dicha ley... de iniquidad más que manifiesta.

En una solución muy fácil para los jueces, el tribunal de primer grado simplemente aplicó la prescripción dispuesta por el DL 1283/1975, art. 3°, en circunstancias que los acuerdos llegados con el Gobierno para obtener la referida “reserva” (previa la devolución de lo recibido a cuenta (ínfima) de la indemnización) era de fecha posterior, 1976 y, por lo tanto, de imposible aplicación honesta al caso. El tribunal de alzada confirma el fallo aludido y la Corte Suprema desecha la casación interpuesta en contra de la sentencia en apelación, planteando la misma solución de esos fallos de la instancia⁶.

⁶Debe mencionarse que los fallos pasan de largo sobre el hecho fundamental que plantea este caso como es el de haberse tenido que devolver lo recibido como pago inicial de contado la cuota consignada (ínfima, por lo demás) y el saldo a través de los llamados “bonos”(meros papeles, en la práctica) para poder acceder a la “reserva” de su propio predio, lo que ocurrió

Veremos en el párrafo siguiente algunas afirmaciones que hace la Corte Suprema sobre la NDP como si fuera una “sanción”, y la aplicación de normas del Código Civil sobre prescripción, haciendo una distinción que inventa al efecto (siguiendo a *Le Roy Barría* cit.) entre NDP pura y simple y NDP que califica “de carácter patrimonial”.

1.2. No por expropiaciones que se pretenden ilícitas por los afectados pero sí por afectación del derecho de propiedad de éstos, pueden mencionarse los casos que a continuación referimos.

(a) *NN c/Secretario Ministerial de Bienes Nacionales de la Región de O’Higgins* (Corte Suprema 7.11.2011, rol 7750-2011). Aquí se deduce esta acción constitucional en contra de una Resolución exenta del demandado que regulariza la posesión de un inmueble de propiedad del actor, al amparo del DL 2.695, de 1979. Fundamento de la pretensión anulatoria era la violación del art. 3° del DL cit. en cuanto la requirente agregaba a la posesión del terreno cuya regularización solicitaba la posesión de sus antecesores a pesar de que ese terreno formaba parte de una de mayor extensión, prohibiéndose tal adición expresamente por dicho artículo 3°. No obstante la claridad de esa infracción y la afectación que ello producía en el derecho de propiedad del actor, tanto los fallos de primero como de segundo grado rechazan la demanda sosteniendo la prescripción dispuesta por el propio DL 2.695, para reclamar de la resolución de la autoridad de Bienes Nacionales, haciéndola primar por sobre la acción constitucional de NDP. La Corte Suprema, por su parte desecha la casación interpuesta haciendo primar la prescripción de ese cuerpo normativo de origen legal; el plazo fijado en él habría hecho precluir el derecho a ejercer la acción constitucional (consid. 3°)⁷.

en 1976, cuatro años después del acto expropiatorio y, además, después de lo previsto en el DL 1.283, de 1975 en cuanto al plazo de prescripción. Estos hechos no podían ser dejados de considerar si se hubiera actuado con criterio de justicia y no de comodidad...

⁷No puede olvidarse los variados casos en que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad (recurso constitucional de inaplicabilidad) de algunas normas de este DL 2.695/1979 e incluso declarándolo *in totum* contrario a la Constitución; vid. v. gr. R. Bertelsen, La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad (1981-1985), en *Revista de Derecho Público* 37/38 (1985) 167-185, también últimamente, E. Navarro B., *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 43. Tribunal Constitucional. Santiago de Chile. 2011, 41-42, 99-100 y 102-103 y muy en especial los trabajos de F. Saenger sobre el referido DL y la jurisprudencia de la Corte Suprema recaída en él en F. Saenger Gianoni-Guillermo Bruna Contreras, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad*. Editorial Jurídica de Chile-Universidad Católica de la Santísima Concepción. Santiago de Chile. 2006, 127-133 y 229-21, con amplio tratamiento; ya después de la reforma del 2005 vid. F. Saenger G., El Decreto Ley 2.695 y el Tribunal Constitucional, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de la Santísima Concepción) N° 22/2010 N° 2, 167-182 y ahora último, Sentencias contradictorias entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Divergencias esenciales con respecto del DL 2.695, en Homenaje al Profesor A. Silva Bascuñán. Centro de Estudios Constitucionales. Santiago de Chile, 2012, en donde se estudia pormenorizadamente el tema.

(b) Una alteración de deslindes de un predio y parte del derecho de propiedad de terrenos a raíz del mecanismo (ciertamente inconstitucional) de la llamada “inscripción por minuta simple” solicitada por el fisco es el tema de la NDP planteada por *Algina Inmobiliaria y Agrícola S.A. c/Fisco* (Corte Suprema 4.11.2011, rol 4807-2009).

Este extraño e insólito mecanismo fiscal exorbitante significa que presentada esa “minuta simple” por el órgano fiscal al Conservador de Bienes Raíces competente (el que corresponde al lugar del inmueble o terrenos para inscribir su propiedad) éste lo inscribe a nombre del fisco incluso contra propiedad inscrita. *Algina* requiere ante la justicia ordinaria la nulidad de derecho público de esa inscripción registral por afectar su derecho de propiedad sobre un predio suyo ya que esa inscripción venía a alterar sus deslindes privándosele así de lo suyo (art. 19 N° 24).

La demanda es rechazada por los tribunales de la instancia porque según las pruebas aportadas por las partes no indicarían que hubiera superposición de los terrenos que dan fe ambas inscripciones, por lo cual no se afectaría el derecho de propiedad de la actora, lo que lleva a la Corte Suprema a desechar la casación de fondo presentada por aquélla.

(c) También incide en materia de propiedad *Inmobiliaria Peñablanca c/Municipalidad de Algarrobo* (Corte de Apelaciones de Valparaíso 31.8.2009 y Corte Suprema 16.11.20012, rol 7188-2009), asunto que recae en un tema de urbanismo. Se deduce la acción de NDP respecto de un acto administrativo del Director de Obras de la demandada que aprobaba el plano de un balneario y la recepción del mismo, pero que interpretaba una cláusula de un contrato de compraventa que según la actora significaba la pérdida de terrenos pues la entendía como un “modo” siendo que se trataba de una “condición resolutoria tácita”. El tema incidía en la aplicación del art. 135 de la Ley general de urbanismo y construcción⁸. La demanda es rechazada tanto en primera como en segunda instancia porque se entiende que la Dirección de Obras referida ha actuado dentro de su competencia conforme a la disposición legal mencionada. La casación impetrada por la demandante será igualmente rechazada por no haber error de derecho en el fallo recurrido.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Para deducir la acción constitucional de nulidad de derecho público es, obviamente, necesario para el actor contar con lo que se denomina “le-

⁸Esta disposición establece que cuando la Dirección de Obras acuerda la recepción de los trabajos de urbanización se consideran por ese solo hecho incorporados al dominio nacional de uso público las calles, avenidas, plazas y espacios públicos, en general, que existieren en la nueva zona urbanizada.

gitimación activa” según los procesalistas. Pues bien, en el periodo que estamos analizando hemos encontrado varios fallos en los cuales se ha tratado este tema, si bien de un modo bastante breve.

1. Merece atención, por lo inaceptable del criterio seguido por la jurisdicción suprema, *NN c/Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la VI Región*, fallo del 7.11.2011 (rol 7750-2011 cit.), en el cual la demandante (no aparece individualizada) recurre de casación en el fondo en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua (12.7.2011 cit.), no se indica rol) que, confirmando la de primer grado, rechaza la apelación deducida en un asunto en el cual se alegaba la nulidad de derecho público (NDP) de una resolución exenta (Nº 98, de 15.12.2001) de dicha Seremi la cual regularizaba la posesión de un inmueble según el DL 2.695, de 1979 que violaba su artículo 3º, ya que el beneficiario de esa regularización había agregado a su posesión la de sus antecesores no obstante que el terreno que se regularizaba formaba parte de uno de mayor extensión, lo que –conforme al DL citado– impedía tal adición.

La Corte Suprema entiende que existiendo en dicho DL 2.695 un plazo extintivo del derecho para reclamar en contra de la Resolución administrativa de regularización, su derecho habría precluido, no siendo apto el ejercicio de la acción constitucional de nulidad de derecho público... (consids. 2º y 3º)⁹. En otros términos, carecería la recurrente del derecho a deducir la acción de NDP, acción que [es] “genérica de impugnación de ilegalidad” (consid. 4º) que carece de la energía o fuerza jurídica para impugnar resoluciones administrativas cuando la ley ha establecido plazos específicos de impugnación (3a. Sala ministros Pierry, Brito/redactor, y Sandoval, y abogados integrantes Pozo y Hernández).

Si se advierte, la Corte Suprema afirma que una acción especial de ilegalidad, de origen legal, *prima y tiene preferencia* sobre una acción constitucional como es la NDP. O sea, la ley se sobrepone a la Constitución y tiene mayor fuerza jurídica que ésta al punto que es relegada a la no aplicación, a su carencia de vigencia en tal caso, a su práctica inexistencia... No puede ser más aberrante la solución indicada. Y es que olvida la Corte Suprema (3a. Sala) nada menos, prescindiendo de la Constitución, que ésta no sólo obliga a todo órgano del Estado, también a los jueces aunque sean supremos, sino que ella tiene *aplicación y operatividad directa* (art. 6º incisos 1º y 2º) y, por lo tanto, siendo la Constitución el texto base de todo el ordenamiento jurídico de la Nación *prima y se impone* sobre toda otra norma de derecho de inferior jerarquía, como es una ley, y ordinaria y al DL 2.695 (que la propia Corte Suprema ha declarado, cuando tenía

⁹La misma posición se encuentra en *González Vergara c/Essbío S.A.* (9.8.2011, rol 2217-2009) que veremos más adelante.

competencia para ello antes del 2005, en varias oportunidades contrario a la Constitución, sea *in totum* sea en algunas de sus disposiciones¹⁰.

Olvida, además, su propia jurisprudencia (lo que suele ocurrir en esta Sala más frecuentemente de lo razonable desde hará tres a cinco años...) en materia de la acción constitucional de protección (art. 20 de la Constitución) en la cual esta acción *prima* por sobre toda otra acción de origen meramente legal que pueda existir para impugnar decisiones de los órganos de la Administración del Estado¹¹.

No puede ser, ni justo, ni equitativo ni razonable, que una acción constitucional como es la acción de NDP, que asegura tanto la primacía de la Constitución (arts. 1° inc. 4°, 5° inc. 2°, 6° y 7°) y el respeto de los derechos fundamentales de las personas (ídem) como el derecho a la acción (art. 19 N° 3) y la consecuencial inexcusabilidad judicial (art. 73/76, inc. 2°), sea desechada porque hay una acción de origen meramente legal, en circunstancias que más encima se desposee a alguien de su propiedad inscrita a través de procedimientos meramente administrativos que conocidamente se prestan a irregularidades (e incluso sin que el dueño ni siquiera sepa de su existencia).

Cuando se desconoce el imperio de la Constitución y hasta por los propios jueces supremos, ya no rige el Derecho en una comunidad política sino la voluntad de ellos. Eso es precisamente lo que constituye propiamente el llamado "gobierno de los jueces".

2. En *Municipalidad de Arauco c/Varela Fuentes* (Corte Suprema 2.11.2012, rol 7454-2011) es este organismo edilicio quien plantea la NDP de un decreto alcaldicio que aprobó un contrato de arrendamiento (bajo un Alcalde anterior) de un inmueble como asimismo la NDP del contrato mismo.

El caso nos parece de real importancia, si bien la Corte despachó la casación de fondo deducida por la actora en un solo considerando (consid. 5°), declarando que ella carece de *legitimación activa* para impetrar esta acción constitucional de sus propios actos, ya que esta acción sólo es procedente que sea deducida por los particulares frente a los actos de la Administración. La Corte de Apelaciones de Concepción al confirmar el fallo de primer grado, que rechazaba la demanda, expresaba lo mismo, agregando que no sería justo que el causante de la infracción, que es un órgano del Estado (aquí la Municipalidad como actora), demandara a un particular que, aparentemente/presunción de inocencia, no ha incurrido en el vicio alegado y habría obrado de buena fe.

La Corte Suprema ha olvidado, una vez más, su propia jurisprudencia, ya que en varias ocasiones ha promovido (en los casos de invalidacio-

¹⁰Vid. nota 7 precedente.

¹¹Vid. nuestro *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, 81-86.

nes ilegales) y admitido la interposición de la acción constitucional de NDP por organismos del Estado, como son los casos del ex Instituto de Normalización Previsional por actos emitidos otorgando pensiones (v. gr., de invalidez) pero obtenidas con fraude por parte de los requirentes presentando antecedentes falsos¹².

No deja de ser interesante y, además, muy plausible, la argumentación de la Municipalidad en cuanto a que en el caso en cuestión aparece de manifiesto la ilegalidad del contrato, lo que incluso legalmente habilita al propio tribunal para declararla de oficio. Agrega que el artículo 19 N° 3 de la Constitución reconoce el derecho a la acción de toda persona (subentendiendo que también se refiere a las personas jurídicas), no existiendo razones válidas para impedir su ejercicio a las personas jurídicas administrativas del Estado. Dado que había expirado el plazo de dos años de que habla el artículo 53 de la Ley N° 19.880 para invalidar el decreto aprobatorio del contrato referido (en la medida que sea procedente), queda de todos modos abierta la vía judicial, cuyo conocimiento toca a los tribunales ordinarios de justicia, los que constitucionalmente no pueden excusarse del conocer el litigio (art. 73/76 inc. 2°) alegando razones que no son de derecho positivo sino meramente doctrinarias sin apoyo de norma alguna de la Carta Fundamental.

3. *González Vergara c/Empresa de Servicios Sanitarios del Bío-Bío S. A. y otro* (Corte Suprema 9.8.2011, rol 2217-2009) incide en un asunto de expropiación de terrenos para construir obras sanitarias y que décadas antes ya habían sido expropiados y no se había hecho obra alguna, estando por ello pendiente otro litigio. El caso resulta curioso porque se vuelven a expropiar terrenos que ya habían sido expropiados –sin hacerse obra alguna– en razón de no saberse por la autoridad tal hecho (explicable según la demandada por los cambios legislativos ocurridos y las sucesiones de organismos estatales en la materia intervinientes incluso ahora privatizados). La actora recurre de NDP en contra del segundo acto expropiatorio y tanto el tribunal de primer grado como el de alzada rechazan la demanda por estimar que carecía de *legitimación activa*, decisión bastante insólita desde que era dueña –debidamente probado en el litigio– del terreno que en parte se expropiaba y dueña tanto en 1992 como en 2001 fecha de la segunda expropiación.

La Corte Suprema (consid. 8°) advierte muy certeramente que teniendo la actora la calidad de expropiada y existiendo una relación con la situación jurídica sustancial “no puede sino concluirse que al decidir los sentenciadores de la instancia que la actora carece de legitimación activa

¹²Vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (ed. 2012), 545.

para demandar la nulidad del Decreto Supremo 151 [MOP de 22.10.2001] han incurrido en el yerro jurídico que se les reprocha”¹³.

4. *Inmobiliaria Peñablanca c/Municipalidad de Algarrobo* (Corte Suprema 16.1.2012, rol 7188-2009 cit.) presenta una acción de NDP deducida a raíz de un acto administrativo del Director de Obras de la Municipalidad referida que aprobara el plano del balneario Canelo y la recepción del mismo, en que se interpretó una cláusula de un contrato de compraventa que implicaba la pérdida de terrenos de la actora, al entenderla como “modo” siendo que se trataba de una “condición resolutoria tácita”. Ello dentro de una urbanización de un terreno aplicándose el artículo 135 de la ley general de urbanismo y construcción, que establece que cuando la Dirección de Obras Municipales acuerde la recepción de los trabajos de urbanización se considerarán por ese solo hecho incorporadas al dominio nacional de uso público las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, que existieren en la nueva zona urbanizada. Tanto el fallo de primer como de segundo grado rechazaron la demanda por cuanto estimaron que la autoridad municipal obró dentro de su competencia y conforme al mérito del proceso, por lo cual la Corte Suprema desechó la casación de fondo impetrada por la actora.

De interés para nosotros aquí es su considerando 10° en el cual se dice que las acciones de nulidad, esto es, aquellas “acciones encaminadas a conseguir la nulidad de un acto administrativo” “pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello”. ¿Pareciera que al decir “algún interés en ello” estaría afirmándose que puede ser un interés referido incluso a la defensa del interés general, del imperio del derecho en nuestra comunidad política, y a la vigencia y concreción del Estado del Derecho que se establece en la Constitución?

No debe confundirse ello con la idea de “acción popular” (v. gr., reclamo de ilegalidad municipal, Ley N° 18.695, art. 141 letra a) del texto refundido DFL/Interior-Subdere N° 1/2006), que siempre exige un interés, sea v. gr., en el interés de la comuna (que habrá de probar el demandante).

Pareciera que si bien aquí se dice ello de modo muy general y, por tanto impreciso o equívoco, hay que convenir que para impetrar la acción de NDP ha de haber un interés pero consistente en un *agravio* producido en una persona (sea natural o jurídica) en cuanto afectación de derechos que ella posee (sea afectación concreta hoy, o una amenaza cierta, seria y actual)¹⁴. El solo interés de la juridicidad aparece un poco lejano en

¹³En lo sustancial, la casación de fondo fue rechazada por estimarse que tal DS no era contrario a Derecho.

¹⁴Pudiera parecer a algunos un tanto extraño esto de afirmar que también sería procedente esa afectación por vía de “amenaza” pero no hay tal, por cuanto la *amenaza* en sí, en cuanto tal, origina una *afectación* a un derecho que se posee, en cuanto significa un anuncio de un

nuestro estado actual de los tribunales, de la cultura jurídica y de la seriedad que ello implica en el estamento de los abogados, si bien hay que reconocer que si a cualquier juez se le ha dotado para declarar de oficio la nulidad de un acto en que el vicio aparezca de manifiesto en el proceso de que conozca, ello podría hacer aceptable la interposición de la NDP fundamentada en tal interés, sin perjuicio de exigir garantías suficientes de seriedad al impugnante.

De modo mucho más preciso se expide en este punto la Corte de Apelaciones de Concepción en *Servicios de Vertederos Los Maitenes Ltda. c/Comisión Regional del Medio Ambiente Región del Bío-Bío* (6.11.2012, rol 1820-2011) en cuyo consid. 8° establece “Que pueden deducir la acción de nulidad de derecho público aquellos que tengan legitimación activa. Y este constituye un presupuesto procesal de toda acción; en el ámbito del contencioso administrativo esta exigencia procesal se traduce en que sólo pueden intentar la acción en estudio, los sujetos que resulten directamente afectados por un acto administrativo, esto es, aquellos que tuvieren un derecho subjetivo o interés legítimo en su anulación”.

5. De interés resulta en este aspecto *Estación de Servicio Pedro de Valdivia Norte Ltda. c/Ministerio de Obras Públicas y otra* (Corte Suprema 14.11.2012, rol 2033-2010), una NDP en que se demanda la nulidad de un decreto del MOP que aprueba un convenio de modificación de una obra pública concedida. El actor alegaba que en atención a disposiciones de la ley de concesiones de obra pública (arts. 19 y 20) debía realizarse una nueva licitación y no procederse a un acuerdo de modificación del contrato en vigencia.

El tribunal de primera instancia desechó la demanda en razón de “que si bien el actor tiene un interés manifestado por medio de la acción impetrada, éste no se corresponde con uno derivado de la existencia de un derecho subjetivo involucrado por el cual el actor haga valer su derecho a la acción” (vistos). Apelado este fallo por el actor, la Corte de Apelaciones de Santiago lo confirmó, agregando que la otra demandada (la Sociedad Concesionaria Costanera Norte S.A.) no era legítima contradictora (esto es, carecía de legitimación pasiva) ya que la nulidad de derecho público es procedente frente a actos de autoridades públicas (propiamente del Estado, “Los órganos del Estado...” dispone el inicio del artículo 7° de la Constitución), pero no frente a personas jurídicas de derecho privado. Explicitándose aún más y muy bien, la Corte Suprema (consid. 5°) señala que “el interés legítimo no es similar o equivalente a la legitimación activa..., el interés jurídico como requisito esencial de la acción deducida en estos autos corresponde a intereses personales y directos amparados por

mal futuro que un determinado acto administrativo dispone. Y en cuanto afecta un derecho sí constituye a la víctima en legitimado activo para pretender la NDP referida.

el ordenamiento jurídico, relativos a la esfera personal del actor y que el acto administrativo afecta de manera directa y determinante lesionando un derecho". Es más, se agrega que si aun existieren infracciones a la legalidad vigente e invalidarse el fallo objeto de casación de fondo, igualmente la sentencia de reemplazo que se dictare necesariamente habría de rechazar la demanda desde que al carecer el actor de legitimación activa faltaría un requisito de procedencia de la acción (consid. 12).

6. Una manera curiosa de entender la legitimación activa se advierte en *Algina Inmobiliaria y Agrícola S.A./Fisco* (Corte Suprema 4.11.2011, rol 4807-2009 cit.), caso en el cual la demandante, propietaria de un predio en la península de Hualpén/Concepción, interpone NDP en contra de inscripciones que el Fisco solicitó por "minuta simple", desconociéndose la inscripción vigente de su predio y alterándose por esta vía los deslindes, privándola de varias hectáreas de su dominio. Lo interesante y curioso aquí en el tema que tratamos es que la sentencia de primera instancia, que concluye que no hay superposición de títulos, lleva a sostener que la actora no tendría *legitimación activa* ya que carece de interés jurídico actual en el resultado del juicio desde que no tiene comprometido un derecho en el ejercicio de la acción.

Si bien se analiza, por esta vía ningún litigante perdidoso poseería legitimación activa, dado que carece –según la jurisdicción– de derecho para pretender lo que solicita en su demanda, de allí que se la desecha. El requisito procesal esencial de la *legitimación activa* discurre, en verdad, por otras vías, puesto que lo que se exige al actor es, en buenas cuentas, que sea titular de la situación controvertida en un juicio, lo que le permite solicitar la correspondiente tutela judicial en un proceso; si no se da esta legitimación se carece de un elemento que permite acceder a dicha tutela¹⁵.

7. En *Mancilla Hernández c/Carabineros de Chile y Ministerio de Defensa Nacional* (Corte de Apelaciones de Santiago 11.3.2009, rol 4551-2005) encontramos una solución un tanto sorprendente, en cuanto el tribunal de alzada confirma el fallo de primer grado (21 Juzgado Civil de Santiago 17.12.2004) que desechaba la demanda de NDP interpuesta en contra de un acto administrativo que daba de baja al actor; se alegaba en dicha demanda la "arbitrariedad" en que habría incurrido la autoridad demandada en su dictación, vicio que el tribunal de alzada estima que es "materia que escapa a la acción ordinaria de derecho público deducida en la especie" (¡sic!), siendo en tal caso procedente más bien la acción de protección (art. 20 de la Constitución).

¹⁵Vid. sobre el tema especialmente A. Romero, *Curso de derecho procesal civil (tomo I La acción y la protección de los derechos)*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006, 87-103.

Digo “sorprendente” porque por un lado no cabe olvidar que toca al propio afectado decidir por la acción procesal que utiliza para defensa de sus derechos (en la medida en que concurran los requisitos que la Constitución y la ley conforme a ella dispongan) y por otro, y es fundamental, parece el tribunal desconocer que la “arbitrariedad” es un vicio que cae plenamente en la pretensión anulatoria del artículo 7° de la Constitución, ya que se trata de un vicio en la “competencia” (art. 7° incisos 1° y 2°) desde que significa que la potestad específica atribuida por la ley a un determinado órgano se ha ejercido de modo no razonable, injusto (no se olvide que la arbitrariedad es proceder contra la razón y, por ende, contra la justicia), y no se olvide que ninguna potestad que confiere el legislador es atribuida por éste a determinado órgano para que sea ejercida de modo irracional o sin adecuarse a la necesaria “razonabilidad”, esto es, idoneidad y proporcionalidad del medio empleado, coherencia entre los hechos y la decisión que se adopta en virtud de esa potestad jurídica, y que la decisión que la autoridad disponga sea eficiente, o sea, conducente a obtener el fin previsto, que no es otro que la satisfacción de la necesidad pública concreta que la ley ha impuesto a determinado órgano como obligación jurídica que cumplir¹⁶.

8. Por último, cabe mencionar un caso muy singular como es *Municipalidad de Huechuraba c/Comisión Regional del Medio Ambiente Región Metropolitana (Corema)* en el cual se demanda la NDP de dos actos administrativos a saber un Acuerdo de la Corema Metropolitana (1°.12.2005) y una Resolución exenta (N° 531/2005) de la Intendencia Metropolitana, que llevó a ejecución el referido Acuerdo.

El fundamento de la demanda es bien simple: ambos actos administrativos referidos aprobaron el proyecto de la Sociedad Concesionaria Autopista Nororiente S.A. denominada “Rectificación del trazado”... de esa autopista (trazado que había sido aprobado el 2003 mediando un “Estudio de Impacto Ambiental”), en circunstancias que esta “rectificación” lo era a través de una mera “Declaración de Impacto Ambiental”, y habida cuenta de los propios antecedentes de que no se trata de una mera “rectificación” sino de una clarísima “modificación” del proyecto original.

El tribunal de la instancia (24 Juzgado Civil de Santiago, rol c-735-2007, sentencia de 7.7.2009) advierte que tal “rectificación” de carácter administrativo, como pretende el titular del proyecto, “entraña cambios de

¹⁶El tema incide nada menos que en la “teoría de las potestades”, tema no muy frecuentado por la doctrina chilena y que no suele ser conocida por los jueces; puede ser de interés nuestro *Derecho Administrativo* cit.1996, vol. 2, 47-63. Sobre “razonabilidad” vid. J. I. Martínez Estay (et alt.), *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*, en Estudios Constitucionales (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca) 2011, N° 1, 199-226; vid. también, H.W.R. Wade, *Administrative Law*. Oxford University Press. Oxford (varias ediciones, en la 7a.1994, reprinted 1995, que tengo a la vista, actualizada por C. F. Forsyth, 379-459).

fondo”, que el tribunal se encarga de analizar con pormenor, de acuerdo con los antecedentes que obran en el proceso, en el fallo que pronuncia (consid. 9º). Siendo así, resulta que se ha infringido la Ley Nº 19.300 y su reglamento, por lo cual debiendo dicha llamada “rectificación” haberse sometido a una “Estudio”, y no a una “Declaración”, de Impacto Ambiental, la sentencia reconoce que en los actos administrativos impugnados se ha incurrido en un vicio en la competencia de ambos órganos al dictarlos, por lo cual los declara nulos de nulidad de derecho público.

Apelado el fallo por la demandada, el tribunal de alzada (Corte de Apelaciones de Santiago, 30.7.2010, rol 5540-2009) lo confirma, pendiente aún en la Corte Suprema la casación presentada por el Fisco en contra de la sentencia de alzada.

Decía “curioso” y muy digno de interés este caso en razón de que admitiéndose por hipótesis que el referido Acuerdo de la Corema Metropolitana haya sido dictado excediéndose la competencia atribuida a ésta y, en consecuencia, la resolución de la Intendencia Metropolitana que lo lleva a cumplimiento, los efectos de esta NDP judicialmente declarada y en un debido proceso, se van a radicar en otros sujetos jurídicos como son el Ministerio de Obras Públicas/Fisco (al aprobarse esa “rectificación”/“modificación”, decreto supremo de aprobación) y en la Sociedad Concesionaria aludida que la ejecutará, quienes, ambas, han sido ajenas al proceso de nulidad, ya que no aparecen en él, no obstante que en ellos recaen los efectos del fallo aludido. Así, como se ve, no se trata aquí de legitimación activa sino de *legitimación pasiva* en cuanto quien es el sujeto jurídico en quien recaen los efectos de la resolución judicial anulatoria. Dado que pende aún el caso en la Corte Suprema omito añadir observaciones sobre el tema que es interesantísimo puesto que incide nada menos que en los efectos que produce una sentencia anulatoria de un acto administrativo-base en los actos administrativos llamados “consecuencia”.

Lo que resulta de este recuento y que vale rescatar de los fallos reseñados del último quinquenio no es, en verdad, mucho, salvo que para deducir esta acción constitucional de nulidad de derecho público es necesario verse afectado por un acto administrativo en un derecho que se posee, sea un derecho fundamental, de aquellos que la Constitución reconoce a todas las personas (sea explícita o implícitamente¹⁷, sea un derecho obtenido en virtud de una convención, de una ley, de un acto administrativo o de un contrato administrativo. En otras palabras, sufrir un

¹⁷Digo “implícitamente” recordando el caso del llamado “derecho a la imagen” que la Corte Suprema en la jurisprudencia de protección deduce del art. 19 Nº 4 de la Constitución; vid. sobre el tema, entre otros, los trabajos de J. I. Peña Atero, en *Revista de Derecho Público* cit. Nº 63, vol. 1, 279-306 y de H. Nogueira A., en *Ius et Praxis* 2007, Nº 2, 245-285.

agravio en sus derechos por un acto de un órgano ejerciendo potestades administrativas del Estado.

III. EFECTOS DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Sobre los efectos de la NDP hemos encontrado solamente cuatro fallos de la Corte Suprema que se han pronunciado sobre el tema en este último quinquenio.

1. En *Inmobiliaria Peñablanca Ltda. c/Municipalidad de Algarrobo* ya citado en el párrafo precedente, la Corte Suprema se encarga de precisar (consid. 10º) que la acción de NDP “encaminada únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo” “presenta la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, *erga omnes*”¹⁸.

Por su parte, su consid. 14 señala que esta NDP “corresponde a la sanción que puede acarrear la existencia de vicios en los elementos del acto administrativo”, error al decir “sanción” que, por desgracia, suele ser muy común especialmente en aquellos que tienen una formación civilista olvidando, o desconociendo, que nuestra Constitución no plantea la acción de NDP (art. 7º inc. 3º) como “sanción” sino como “inexistencia”, lo que hemos explicado en otra ocasión¹⁹. Lo que llama la atención es que la Corte Suprema olvide su jurisprudencia constante y numerosa recaída durante la década 1994-2003 en que afirma expresamente que la NDP es inexistencia y siendo tal no cabe afirmar que es una “sanción” puesto que no se “sanciona” lo que no existe.

¹⁸Este mismo predicamento ya se expresaba en *Le Roy Barría c/Esva S.A.* (Corte Suprema 27.1.2009, rol 3237-2007) asunto sobre expropiación de un predio en la comuna de Quilpué y que se deduce la NDP del acto expropiatorio, demanda que fuera desechada en primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso aplicándose la prescripción de la acción en virtud de las normas del Código Civil (arts. 2332, 2497, 2514 y 2515). Se agrega que “requieren de una ley expresa que las consagre”, lo que es una mera invención del tribunal desde que las acciones procesales –cualesquiera sean ellas– existen por el solo hecho de existir un derecho agraviado de un sujeto jurídico y que se acuda a un tribunal pretendiendo que se anule el acto que lo agravió (art. 73/76 CP). No se puede olvidar o desconocer o despreciar aquello de que hay acción en donde hay derecho puesto que de otro modo sería una burda farsa afirmar un derecho si éste no tiene y carece de la correspondiente e indispensable tutela jurídica. De allí que la afirmación citada no puede ser más perversa, impropia de una jurisdicción suprema.

¹⁹Vid. nuestro *Derecho Administrativo (1996)* cit. vol. 2, 183 en donde por un error tipográfico no advertido se afirma que es una sanción, debiéndose haber dicho “no” es una sanción, seguido de un punto y coma. Este mismo error lo repite en *Ovalle Lecaros* cit. (*Gaceta Jurídica* 384/2012, 70-71) consid. 7º, que habla de la NDP como “una sanción de ineficacia que puede afectar a un acto en que la autoridad que lo dicta hubiere actuado sin la previa investidura regular...”.

2. En *Municipalidad de Renca c/Fernández Chaparro* (Corte Suprema 28.5.2012, rol 9352-2009), en cambio, la Corte entiende que un acto administrativo declarado nulo por vía judicial es “inexistente”, es decir, el tribunal declara su inexistencia, por lo cual no cabe solicitar la nulidad de un acto administrativo (municipal en este caso) por el cual se había designado como funcionario de la planta del personal al demandado. El punto incidía en que el demandado en un proceso anterior había impugnado la invalidación de un decreto alcaldicio que lo nombraba, previo concurso público, como funcionario de la Municipalidad de Renca (ahora aquí actora), demanda que fuera acogida y que ordenaba a la Municipalidad aludida a reponerlo en su cargo y a pagarle las remuneraciones que había dejado de percibir desde la fecha del acto invalidatorio.

3. *Servicios de Vertederos Los Maitenes Ltda.* ya referido nos permite recordar que “sólo la infracción del principio de supremacía constitucional es susceptible de acarrear una nulidad de derecho público, teniendo como fundamento la violación del artículo 7° de la Carta Fundamental y el artículo 2° de la Ley de Bases de la Administración del Estado” (consid. 5°). Acierta muy bien su considerando 7° cuando afirma que esta NDP, que se produce cuando se viola dicho artículo 7°, enerva el acto que adolece de ella, acto que “nunca habría podido adquirir existencia ni surtir efecto alguno, siendo insanable e imprescriptible, aunque requiere una sentencia judicial que así lo declare”.

4. En *Municipalidad de Huechuraba* recién citado, pendiente de casación de fondo en la Corte Suprema, se habrá de analizar, sin duda, los efectos de una NDP judicialmente declarada respecto de dos actos administrativos que son la base y el fundamento de varios otros actos administrativos subsecuentes, materia que –como decíamos hace un instante– omitimos aquí analizar para no interferir en el caso, pero tema que es de muy relevante interés no sólo teórico sino especialmente práctico.

En este recuento de los *efectos* de la NDP, la cual se produce en el mismo instante que se incurre en el vicio que afecta a la decisión adoptada por la autoridad –administrativa estatal en este caso– cabe recordar que una tal decisión no entra al ordenamiento (como acto jurídico²⁰ por cuanto lo impide la propia Constitución al declararlo “nulo”, esto es, que no es acto (“Todo acto en contravención a este artículo es nulo” = es no acto) y, por ende, carece de efectos jurídicos en cuanto acto, es decir, es “inexistente”²¹. Y es que la Constitución, al decir que “es nulo” el acto

²⁰Pero si en la realidad de los hechos llega a aplicarse lo que se aplica es una mera “vía de hecho”, que no de Derecho. Vid. nuestro *Derecho Administrativo* (1996) vol. 2, 182 y 189.

²¹Sobre inexistencia vid. nuestro *Derecho Administrativo* (1996) vol. 2, 176-177; en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (2012) 522 s. y G. Bocksang cit. (nota 1 precedente).

que la contraviene, ha establecido propiamente un mecanismo de inigualable eficacia jurídica de salvaguarda de la supremacía constitucional, mecanismo autosuficiente y autooperativo que le viene a dar, de pleno derecho, plena eficacia a su vigencia efectiva²².

No se trata, pues, en la NDP de una “sanción”, como decíamos hace un instante; ni “sanción de ineficacia”, como se dice en *Ovalle Lecaros*, como si se tratara de un acto pero que se le suprimen sus efectos, ya que se puede sancionar (reprimir, castigar) algo que existe, algo que se ha producido o emitido, algo que se da en la realidad, no lo que no existe, que es precisamente lo que ocurre en la NDP en que es la propia Constitución la que dispone que, si se la contraviene, simplemente no hay acto ni se suprimen efectos algunos, desde que ni siquiera alcanzó a ser un “acto jurídico” aquella decisión emitida por una autoridad pública –administrativa en este caso– que ha incurrido en un vicio que la vulnera. Además, afirmar que es una “sanción” importa imputar una distracción demasiado grosera al constituyente el cual luego de señalar que “Todo acto en contravención a este artículo es nulo” agrega “y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”, lo que indica con claridad suficiente que la NDP no es una sanción.

En otro aspecto merece crítica la “invención” que hace la Corte Suprema (ya desde *Le Roy Barría c/Esva S.A.* del 2009) al distinguir, sin fundamento ni constitucional ni legal, entre NDP encaminada únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquella que también pretende, como lógica consecuencia, que se indemnice el daño producido por el pretendido acto viciado al vulnerar la Constitución (art. 7°) o aquella en que se persiga también la declaración de un derecho (idem en *Ovalle Lecaros*, e *Inmobiliaria Peñablanca*, entre otros).

Olvida o simplemente menosprecia enteramente la Corte Suprema actual la inmensa cantidad de fallos –más de 50– que ella emitiera sobre la NDP de actos administrativos dictados con infracción de las disposiciones del DL 77/1973, al hacerse aplicación de su reglamento, que lo excedía, en la década de los años 90 del siglo pasado, en que no efectúa tal distinción y desecha sin remilgos la aplicación del Código Civil y sus normas de prescripción a la NDP por serles enteramente inaplicables²³.

²²Vid. en este aspecto *Lawner Steiman* (Corte Suprema 27.5.1999) su considerando 46, que transcribimos en nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (2012) 535. Muy bien señala, también, que no se trata de una sanción ni cabe aplicar a su respecto normas civiles ni prescripción.

²³Vid. un recuento de 22 fallos analizados más 8 referentes a otras materias en nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* cit. (2012) 544-545.

UNA VISIÓN INTERDISCIPLINARIA DEL BIEN JURÍDICO LIBRE COMPETENCIA

*Domingo Valdés Prieto**

SUMARIO: I. Hacia una definición esencial de libre competencia. I.1. Naturaleza de la libertad que fundamenta la libre competencia. I.2. Carácter jurídico de la libertad que fundamenta la libre competencia. I.3. El bien jurídico tutelado libre competencia. I.4. El derecho subjetivo libertad de competencia mercantil. I.5. Objeto de la libertad de competencia mercantil. I.6. Límites de la libertad de competencia mercantil. II. Hacia una definición descriptiva de la libre competencia por sus funciones. II.1. Funciones ordenadoras de la libre competencia. II.2. Conflictos entre las funciones que desempeña la libre competencia.

Existen muchas formas de definir; desde las definiciones nominales que se subdividen en etimológicas y sinonímicas, hasta las definiciones reales, que se subcategorizan en esenciales y descriptivas¹. Mientras la definición real esencial apunta a aquello por lo que una cosa es lo que es, la definición real descriptiva alude a aspectos accidentales, *v. gr.*, propiedades, efectos, relaciones, funciones, etc. El objetivo del presente estudio es dar una definición real esencial de la libre competencia y luego concentrarnos en una definición real descriptiva, donde ésta sea construida sobre la base de las funciones que la libre competencia desempeña en la sociedad política. Aquí radica el nudo de la controversia: por ejemplo, la definición real esencial fue un atolladero bajo la Sherman Act de los Estados Unidos de América (1890), puesto que la noción de restricción del comercio (“restraint of trade”) ya arrastraba una significación preconfigurada bajo el *Common Law*, con connotaciones muy particulares según lo pone en evidencia la temprana jurisprudencia estadounidense desarrollada a la sombra de la referida Sherman Act.

De allí que nadie se ocupó mayormente de la definición real esencial del bien jurídico tutelado por las legislaciones antimonopólicas, cuya mera formulación literal permanece en la oscuridad, centrándose hasta el día de hoy la discusión en una definición de la libre competencia por las

*Abogado, Master of Laws, University of Chicago. Profesor Asociado de Derecho Económico y Libre Competencia, Universidad de Chile.

¹Balmes, Jaime, *Lógica*, cap. III, sec. I, 39. Garnier Hermanos. París. 1894.

funciones que ésta efectivamente tenía o por las que ideológicamente se le querían asignar. Atendido que la libre competencia desarrolla múltiples funciones para el bien común político, se la ha querido definir por ciertas funciones en desmedro de otras; se ha querido ver en alguna de esas funciones su contenido esencial y, también, se ha olvidado a menudo que estas funciones son interdisciplinarias: políticas, jurídicas y económicas y, por tanto, son refractarias a un análisis unidimensional. Por esto es que una búsqueda de la definición real descriptiva por las funciones ha de comenzar por un estudio de las mismas.

I. HACIA UNA DEFINICIÓN ESENCIAL DE LIBRE COMPETENCIA

De lo expuesto con motivo de las diversas concepciones del bien jurídico tutelado por el Decreto Ley 211, aparece que la libre competencia no puede corresponderse con la eficiencia económica, que es una noción que prescinde en su concepción clásica de la libertad y en todas sus concepciones de toda forma de justicia entendida en un sentido objetivo y, por tanto, resulta inadecuada para comprender bienes jurídicos. Lo anterior no es óbice para que, por regla general, la libre competencia cause una eficiente asignación de los recursos económicos en una sociedad dada y en tal sentido muchas de las soluciones que brinda la libre competencia puedan ser analizadas desde la óptica de la eficiencia económica y resultar coherentes con esta última.

El bien jurídico libre competencia aunque exhibe una fundamentación constitucional, ello no significa que aquél sea una mera transposición al orden contravencional de una garantía constitucional y es, precisamente por ello, que consideramos impropio identificar la libre competencia con la garantía constitucional consistente en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. En efecto, la libre competencia no se identifica con el derecho a desarrollar actividades económicas, puesto que aquella es una forma particular de desarrollar actividades económicas: en competencia con otros, esto es, ciñéndose a los intercambios libremente conducidos y que tengan lugar en los mercados, lo cual es ciertamente la modalidad más importante –pero no la única– de desarrollar actividades económicas.

La libre competencia tampoco coincide necesariamente con la autonomía privada, puesto que existen competidores que carecen de ella y que también pueden ser afectados en su libertad de competir mercantilmente. No obstante lo anterior, es preciso advertir que, por regla general, se produce dicha coincidencia como natural efecto del principio de subsidiariedad previsto constitucionalmente rectamente aplicado. Luego, la libre

competencia es un instituto que trasciende la autonomía privada, según ha quedado demostrado. Estimamos que ha de buscarse el género común de la autonomía privada y de la heteronomía pública que conducen a la competencia mercantil. Si bien es preciso observar que, por regla general, la libertad de competir presupone el ejercicio de una autonomía privada previamente reconocida por la Constitución Política de la República, existen situaciones en que tal autonomía privada es inexistente, de lo que se sigue que la libertad de competir mercantilmente consiste más bien en una forma de libertad ciudadana, según explicaremos. En el caso de las personas jurídicas de derecho público que sean competidoras, la determinación de su actividad económica debe realizarse en consonancia y armonía con su propia ley orgánica, que a fin de cuentas es su propio estatuto constitutivo creado y diseñado para la satisfacción de una necesidad pública. Tal exigencia sustrae a estas personas de derecho público del mundo de la autonomía privada, pero las deja todavía como acreedoras de una libertad en el proceso competitivo. Así, en ambos casos, en el del competidor que determina por sí las actividades económicas competenciales que emprende, como en el del competidor que determina por intervención de otro, legítimamente facultado para ello, las fórmulas de competencia mercantil que desarrolla, se emplea una especie de libertad cuya naturaleza ha de ser determinada. No interesa al Derecho antimonopólico si quien compete lo hace siguiendo fines determinados por sí o por otro –ello pertenece al ámbito de la autonomía o de la heteronomía, según corresponda–, sino más bien que esté disponible la posibilidad real y efectiva de competir, en el sentido de que un tercero (autoridad pública, privada o simple particular) no la impida por una vía ajena a la competencia misma.

Ciertamente que los competidores privados competirán en ejercicio de su autonomía privada, pero los competidores públicos competirán mediante las atribuciones que les confieran sus propias leyes orgánicas en la prosecución de los objetivos que éstas les hayan prefijado y en tanto así lo permita el principio de subsidiariedad rectamente aplicado. En otras palabras, libre competencia significa libertad en el ingreso, explotación y salida de los mercados relevantes, cualquiera sea la modalidad de autonomía o heteronomía empleada para competir en el cabal cumplimiento del marco de *principios y garantías constitucionales, entre las cuales exhibe un rol capital el principio de subsidiariedad.*

I.1. NATURALEZA DE LA LIBERTAD QUE FUNDAMENTA LA LIBRE COMPETENCIA

Las libertades pueden ser clasificadas en dos grandes categorías: las innatas o esenciales y las adquiridas o accidentales (este último término no está tomado en un sentido irrelevante, sino que antes bien en su acepción me-

tafísica de algo que puede o no radicar en un sujeto, pero cuya naturaleza es estar en este o necesitar de un sujeto para existir)².

Las libertades innatas son aquellas que derivan de la esencia del hombre y, por tanto, todo hombre las ostenta por el mero hecho de ser tal³. Estas libertades arrancan de la racionalidad humana, puesto que ésta cuenta con dos facultades superiores (entendimiento y voluntad), que son los sujetos de atribución de la libertad innata humana. Estas libertades innatas se categorizan de la siguiente forma: i) libertad trascendental del entendimiento; ii) libertad trascendental de la voluntad, y iii) libertad de arbitrio o de elección. Puede acontecer que un hombre se halle incapacitado de ejercitar total o parcialmente estas facultades superiores por diversas circunstancias, *v. gr.*, minoridad, perturbaciones mentales, estado comatoso, etc., lo cual le impide la actividad natural correspondiente a la actualización de estas libertades innatas. Este impedimento no priva a tal sujeto de su naturaleza de ser humano dotado de entendimiento y voluntad, sino que sólo afecta el ejercicio de estas facultades superiores.

En contraste, las libertades adquiridas son aquellas que no todo hombre ostenta por el hecho de ser tal. Puesto de otra forma, no existe hombre carente de las libertades innatas y sí existen hombres –por desgracia– privados de libertades adquiridas. Las libertades adquiridas o accidentales presuponen las libertades innatas, esto es, sin las innatas no sería posible adquirir y luego ejercitar las denominadas libertades adquiridas; de allí que las libertades adquiridas sean perfecciones sobreañadidas a las libertades innatas.

Estas libertades adquiridas se clasifican de la siguiente forma: i) la libertad moral, que consiste en el autodominio que el hombre adquiere con la posesión de las virtudes morales a través del ejercicio de la libertad de arbitrio⁴, y ii) las libertades ciudadanas (también denominadas “políticas”

²La genialidad de esta distinción bimembre y sus respectivas categorías pertenecen al destacado filósofo Millán Fuelles, Antonio, a cuya obra *El valor de la libertad*, Parte Primera, cap. III, 41 ss., Ediciones Rialp S. A. Madrid. 1995, remitimos al lector.

³En este sentido no compartimos las afirmaciones de Ludwig von Mises, en cuanto a que “sólo en el marco de una organización social puede hablarse con fundamento de libertad”, puesto que las libertades innatas son precisamente el fundamento de las libertades que se ejercen en una sociedad determinada y así, quien niegue aquéllas deberá también negar éstas. *A contrario sensu*, quien afirme la existencia de libertades políticas o civiles deberá reconocer que un Robinson Crusoe completamente aislado también dispondrá de libertad. Von Mises, Ludwig, *La acción humana. Tratado de economía*, 340, Unión Editorial S.A. 5ª edición. Madrid. 1995.

⁴Hayek, Friedrich A., *The constitution of liberty*, Chap. One, 15, The University of Chicago Press. Chicago. 1978. La libertad adquirida de naturaleza moral es denominada por Hayek “inner liberty” y es caracterizada en los siguientes términos: “It refers to the extent to which a person is guided in his actions by his own considered will, by his reason or lasting conviction, rather than by momentary impulse or circumstance”.

o “civiles”, ambos términos en un sentido lato por referencia a polis y a civitas, respectivamente). Observamos que tales términos serán empleados en su más amplio sentido y, por tanto, no se agotan en ciertas libertades destinadas a participar en la elección de gobierno, en los procesos legislativos y en el control de la administración del Estado. Si bien ningún hombre ostenta estas libertades políticas o civiles por el mero hecho de ser tal, es necesario observar que todo hombre tiene derecho a que aquéllas le sean reconocidas por la autoridad pública correspondiente. Este derecho, establecido en forma abstracta, podrá o no hallarse positivizado, lo cual dependerá de los respectivos órdenes jurídicos concretos, no obstante lo cual siempre podrá ser invocado por Derecho natural en razón de que tales libertades políticas resultan exigidas por la dignidad de la persona humana. Lo anterior no debe inducir a la idea de que todo derecho contemplado en las declaraciones y catálogos de derechos humanos es de Derecho natural, puesto que en estos se hallan entremezclados preceptos de Derecho natural y preceptos positivos, cuya formulación es a ratos singular y a veces exhiben una construcción defectuosa.

Nos concentraremos en las libertades adquiridas correspondientes a la subcategoría denominada “políticas o civiles”, puesto que entre éstas se halla la libertad para competir o libre competencia. En virtud de estas libertades políticas el ciudadano adquiere el derecho de autodeterminarse en un cierto ámbito material, pudiendo repeler jurídicamente la intromisión en el mismo de una autoridad pública, de una autoridad privada o de un simple particular. En el caso de la libertad para competir, este derecho a autodeterminarse se refiere a la competencia mercantil en los diversos mercados. Esta libertad para competir presupone las libertades innatas, recae sobre actos (acciones y omisiones) libres imperados por la voluntad –así se produce la autodeterminación antes mencionada– que se hallan dotados de exterioridad y alteridad y tienen por objeto un particular contexto de la vida civil o pública: la competencia mercantil y, por tanto, relevante al bien común político o temporal. De allí que esta libertad para competir es de orden jurídico y susceptible de regulación por las leyes a fin de hacerla armónica con la moral, el orden público y la seguridad nacional.

De lo anterior, hemos llegado a la conclusión de que la libertad de competencia corresponde a una libertad adquirida de naturaleza política, estructurada jurídicamente como un derecho, cuyo objeto es competir en los mercados. Esta libertad puede y debe preservarse jurídicamente de los ataques que pueda sufrir por parte de autoridades públicas o bien por parte de otros competidores (sean éstos personas públicas o privadas).

Surge en este punto una duda que procede del amplio uso que ciertos pensadores (Hume, J. Bentham, Condillac, F. H. Knight, F. Neumann, Ludwig von Mises, F. A. Hayek, entre otros) han efectuado de la “libertad de coacción” –también conocida en su anverso positivo bajo el rótulo

“libertad de espontaneidad”– como noción fundante de las libertades políticas y, por tanto implícitamente, de la libertad de competencia antes descrita. La exención de coacción equivale a la espontaneidad; de allí la identidad conceptual de tales libertades. La libertad de coacción designa la situación en que se encuentra un ser toda vez que, en sus actividades, no se halla perturbado por algo que eficazmente se le opone. Esta *libertas a coactione*, trasladada al ámbito de la competencia, corresponde a una libertad frente a la coacción que pueden ejercitar los demás competidores o una autoridad pública dotada de potestades infralegales sobre un competidor actual o potencial. Sin embargo, esta acepción de libertad es, en estricto rigor, impropia puesto que no descansa sobre las libertades innatas que caracterizan al hombre. En efecto, puede haber libertad de coacción y carecerse del ejercicio de la libertad de albedrío, según lo muestra el siguiente ejemplo: un demente se desplaza “libremente” por una llanura sin hallar obstáculo que le impida continuar su avance. Este desplazarse libremente es metafórico, puesto que si bien aquel demente goza de libertad de coacción (nada le impide desplazarse), carece del ejercicio de las libertades innatas propias del hombre y que se predicen de todo ser dotado de intelecto y voluntad. Algo análogo podría afirmarse de un ser irracional, v. gr., una pantera, que se desplaza por su medio natural sin hallar obstáculos.

Por lo expuesto, concluimos que la libertad para competir mercantilmente no halla filiación en esta libertad de coacción, sino antes bien en las libertades adquiridas de naturaleza política, las cuales constituyen perfecciones sobreañadidas a las libertades innatas del ser humano. Así, discrepamos de F. A. Hayek, quien radica el fundamento de las libertades políticas o civiles en la libertad de coacción⁵. Estimamos que tal fundamento no puede corresponder a la libertad de coacción, puesto que al no constituir ésta una perfección de las libertades innatas no puede explicar el carácter racional y luego socialmente humano que caracteriza las libertades civiles. En otras palabras, es más precisa la noción de libertad adquirida para explicar las libertades civiles o políticas que la noción de ausencia de coacción porque: i) aquélla siempre presupone las libertades innatas del ser humano y ésta no; ii) en consecuencia, la noción de libertad adquirida es más adecuada para describir la racionalidad humana y la consiguiente sociabilidad política, y iii) luego, la noción de libertad adquirida permite dotar de juridicidad a esa relación entre miembros de una sociedad humana y estructurarla bajo la forma de derechos; la ausencia de coacción, por contraste con la libertad adquirida, no presu-

⁵Hayek, Friedrich A., *The constitution of liberty*, cit., Chap. One, 11. Afirma este autor: “We are concerned in this book with that condition of men in which coercion of some by others is reduced as much as is possible in society. This state we shall describe throughout as a state of liberty or freedom”.

pone la existencia de derechos al interior de la sociedad política ni es una noción apta para dar explicación de aquellos, puesto que la libertad como ausencia de coacción es también predicable de seres irracionales, según se ha mostrado.

1.2. CARÁCTER JURÍDICO DE LA LIBERTAD QUE FUNDAMENTA LA LIBRE COMPETENCIA

Según explicamos, la naturaleza de libertad adquirida de carácter político que muestra la libertad de competir, con las notas de exterioridad, alteridad y un contenido público ordenado al bien común temporal, permite que la libertad de competir sea calificada como una libertad jurídica y, por tanto, se estructure como un bien tutelable y regulable por las leyes que rigen la sociedad civil o política.

La libertad jurídica ha sido definida por un notable iusfilósofo como la independencia para obrar dentro de lo que nos es permitido por la ley natural⁶. A su vez, cabe recordar que la ley natural que se nos presenta con un carácter abstracto sufre determinaciones mediante la ley positiva; de allí que resulta muy relevante tratar los límites de la libertad para competir mercantilmente.

El que la libertad de competencia sea de orden jurídico implica que se trata de tutelar una libertad cuyo reconocimiento y asignación por la autoridad pública se halla regido y articulado por la justicia distributiva (igualdad geométrica o proporcional en la distribución de bienes y cargas), según la concepción aristotélica, y por ello dotada de una base jurídica de protección. Es preciso recordar que Aristóteles clasificó lo justo particular en lo distributivo y lo conmutativo.

La justicia distributiva se rige por la igualdad proporcional o geométrica, lo que significa que a quienes corresponde distribuir cargos y beneficios toca también distribuir este bien que es la libertad de competencia mercantil. Son distribuidores de esta fundamental libertad las autoridades públicas y los competidores que ostentan poder monopólico o poder de mercado y, por tanto, sólo ellos pueden quebrantar la justa distribución o asignación de esta libertad entre los miembros de la sociedad civil. De allí que las autoridades públicas, los competidores dotados de poder de mercado y los competidores que si bien carecen actualmente de ese poder han perpetrado una práctica para alcanzarlo injustamente son los únicos que pueden poner en riesgo o quebrantar la mentada distribución o asignación de libertad de competencia mercantil, dando lugar a un *injusto monopolio* cuyo nombre específico responderá al autor del riesgo o quebranto: “monopolio de privilegio” en el caso de las autoridades

⁶Fernández Concha, Rafael, *Filosofía del derecho*, tomo II, 398, Editorial Tipografía Católica. Barcelona. España. 1888.

públicas, “injusto de abuso” en el caso de quienes disponen de poder de mercado e “injusto de fuente” en el caso de quienes han realizado práctica para procurárselo espuriamente. En estricto rigor, las descritas constituyen las tres categorías de posibles sujetos activos para la realización del tipo infraccional antimonopólico previsto en el Decreto Ley. Sin embargo, es preciso observar que el autor de un ilícito monopólico de fuente no puede quebrantar la distribución de libertad de competencia mercantil puesto que carece actualmente de poder monopólico, sino que sólo puede colocar aquella en riesgo.

En cuanto al autor de un “ilícito monopólico de abuso” es necesario señalar que viola la justicia distributiva, que en estricto rigor se halla reservada para la autoridad pública, por la circunstancia de comportarse analógicamente como si fuese una autoridad pública al establecer los precios y condiciones de las transacciones en el respectivo mercado relevante.

Así, el injusto monopólico (al menos en el caso del ilícito monopólico de privilegio y de abuso) constituye *per se* una transgresión de la igualdad proporcional en la asignación y reconocimiento de la libertad de competencia mercantil. De esta forma, el injusto monopólico conculca la libertad en los intercambios económicos que tiene lugar en los mercados y no los intercambios mismos. De los intercambios mismos se ocupa la justicia conmutativa que da lugar a los *synallagmata* o conmutaciones regidas por la igualdad aritmética y que velan por la equivalencia de las prestaciones, tanto en las conmutaciones voluntarias o convenciones como en las conmutaciones involuntarias o delitos civiles. Estos *synallagmata* intervienen *per accidens* en los delitos monopólicos en cuanto a que estos sólo eventualmente dan lugar a un delito civil o a la rectificación de las cláusulas abusivas impuestas por un monopolista, según explicaremos con motivo de las funciones que desempeña la libre competencia.

En síntesis, la forma del injusto monopólico corresponde a la justicia distributiva y estimamos que la proporcionalidad tiene lugar entre competidores (personas) y libertades de competencia mercantil (cosas).

Esta relación personas-cosas, característica de la igualdad geométrica, en nuestra opinión se traduce, en este caso del Derecho Antimonopólico, en que las libertades de competencia mercantil son asignadas en forma idéntica a cada competidor. No obstante lo anterior, tales libertades resultan diversas en la práctica de cada mercado relevante en función de los niveles de competencia, imperfecciones y características de aquél. De esta manera, la libertad reconocida es la misma para cada competidor, pero el ejercicio fáctico de aquélla queda modulado por las peculiaridades de cada mercado aun en ausencia de injustos monopólicos.

El autor de un injusto monopólico invade la esfera de libertad de competencia mercantil de uno o más competidores y esta intromisión antijurídica implica que el infractor ha intentado restringir sin título justificante alguno una porción de la esfera de libertad de la víctima o sujeto

pasivo, la que correlativamente ha visto disminuido su propio ámbito de libertad de competencia mercantil.

Esta restricción de la libertad de otro puede ser efectuada por una autoridad pública (injusto monopolístico de privilegio) a través de sus potestades normativas, con lo cual se altera la asignación proporcional y justa de la libertad de competencia mercantil prevista en la Constitución Política de la República y en el Decreto Ley 211.

Por contraste, si esta restricción injustificada de la libertad de competencia mercantil de otro es efectuada por un privado, éste precisa para ello de poder de mercado en un grado tal que sea suficiente para llevar a cabo tal interferencia en la libertad de otro competidor.

Estas lesiones a la libertad de competencia mercantil de un competidor tienen lugar respecto de la víctima directa u ofendido inmediato, pero tales lesiones producen también distorsiones respecto de otros competidores en ese mismo mercado y en otros conexos, con lo cual resulta procedente plantear la existencia de ofendido mediatos.

Esta explicación sobre restricciones o interferencias en libertades ajenas es útil en cuanto muestra que el sujeto activo en los injustos de abuso y de privilegio pasa a adoptar o impedir decisiones que corresponden a un tercero competidor, sea actual o potencial. El sentido por el cual la libre competencia es un contenido del orden público queda también explicado por la circunstancia de que aquélla se halla regida por la justicia distributiva. Lo que se asigna o reconoce por justicia distributiva es un bien que se le asigna o reconoce a una determinada persona en cuanto es parte o miembro de esa sociedad civil. De allí que la justicia distributiva norma relaciones jurídicas entre el todo y la parte o, si se prefiere, entre la sociedad civil y ciertos integrantes de la misma. En consecuencia, se trata, en esta forma de justicia particular, de una proporción de las personas a las cosas y no de cosa a cosa como acontece en la justicia conmutativa.

De esta forma, *el recto ejercicio de esta libertad de competencia mercantil constituye una valiosa contribución de su titular al bien común de la sociedad civil y por ello el bien común político reclama la tutela de dicha libertad*. El bien común político no sólo reclama la dispensación de bienes materiales, sino que también la de bienes morales, entre los cuales ciertamente ha de contemplarse la libertad de competencia mercantil y donde esta ha de ser tutelada jurídicamente con independencia de la productividad o utilidad material que se siga del ejercicio de aquella libertad.

La libertad para competir es el fundamento y principio jurídico del sistema de libre competencia que recorre la integridad del orden normativo, desde la Constitución Política de la República hasta las sentencias y resoluciones que dicta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Ello permite comprender por qué la libertad de competencia admite protección no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro; en este último caso, no existe un titular individual

directamente afectado, por lo cual parecería que no hay propiamente un derecho subjetivo violado y, sin embargo, existe acción ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para impedir que el peligro se transforme en lesión y sancionar tal puesta en peligro. De allí que al momento de tratar el sujeto pasivo u ofendido por la conducta típicamente monopólica observaremos que éste puede ser la sociedad toda, cuya defensa ha encomendado la ley a la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto que la sociedad política tiene interés en que no se coloque en riesgo la libre competencia, no obstante que la amenaza a esta última no haya fraguado en la transgresión de un derecho subjetivo concreto y determinado. Atendido que la ofensa monopólica puede ser de lesión o de puesta en peligro de la libertad de competencia, esto debe entenderse en el sentido de que la libertad de competencia mercantil puede ser vulnerada en esas dos formas. La primera modalidad queda ilustrada porque, *v. gr.*, se ha celebrado una convención entre un determinado cliente y un monopolista, quien abusa de su posición dominante, introduciéndole cláusulas abusivas a dicha convención so pena de negarle la venta del respectivo producto. La segunda forma de vulneración de la libre competencia corresponde a una figura de mero peligro, esto es, se coloca en riesgo la libertad de autodeterminación de la forma de competir sin atacarse formalmente ninguna decisión determinada.

Advertíamos que esta libertad de competencia mercantil no se corresponde con la noción de libertad de coacción, puesto que esta última es una noción metafórica que no halla fundamento en las libertades innatas propiamente humanas, además de las otras objeciones señaladas. Dicha advertencia no era ociosa, puesto que una aplicación de aquella libertad de coacción al orden jurídico es la que realizan ciertos autores que conciben la libertad jurídica como una ausencia de normas jurídicas. Así, para estos autores son las normas jurídicas el obstáculo o coacción que impide o entraba la mencionada libertad de coacción; luego, bajo esta singular concepción la libertad jurídica o licitud ha de ser definida positivamente como la ausencia de normas jurídicas. Consideramos que esta concepción de la libertad jurídica debe ser rechazada por, a lo menos, dos razones: i) una de carácter general, que es la ya señalada consistente en hallarse construida sobre una noción de libertad metafórica y equívoca, y ii) otra de orden más particular: tanto la licitud como la ilicitud son calificaciones de una conducta desde la óptica jurídica y, por ello, ambas calificaciones presuponen normas jurídicas. Luego, la licitud o libertad jurídica descansa sobre normas jurídicas –sean de Derecho natural o de Derecho positivo– que confieren tal carácter a un determinado ámbito jurídico. Así, para constatar un ámbito de libertad jurídica no es preciso demostrar la existencia de un vacío de Derecho en algún ámbito de las relaciones al interior de la sociedad civil a las cuales correspondía regirse por el Derecho. En otras palabras, la existencia de ámbitos de libertad

jurídica exige que haya Derecho para calificar a tales ámbitos como libres. Parece haberse confundido por los sustentadores de la tesis en comento la libertad jurídica con la ausencia de normas jurídicas de toda clase, lo que es contradictorio; sólo puede haber libertad jurídica allí donde haya Derecho en alguna forma. Si se trata de un ámbito social que, por sus características, nunca ha de ser alcanzado por el Derecho, no podrá afirmarse que en el mismo existe libertad jurídica. Así, la ausencia de coacción, entendida como ausencia de normas jurídicas, no puede ser el fundamento de una libertad jurídica o ámbito jurídico de licitud.

1.3. *EL BIEN JURÍDICO TUTELADO LIBRE COMPETENCIA*

Cabe advertir que la libre competencia es, más que un mero derecho subjetivo, un bien jurídico tutelado, según desarrollara esta última noción el jurista alemán Birnbaum. Es en este sentido que cabe afirmar que la libre competencia es un bien jurídico protegido de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante el cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan. Esta armonización se logra por la vía de limitar estas libertades según explicaremos y de esta forma se tutela que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil. Así, la libre competencia es más que una mera suma de derechos subjetivos cuyo objeto es el ejercicio de la libertad de competencia mercantil, puesto que aquel bien jurídico tutelado es la armonización de tales derechos subjetivos con miras a su ordenación para realizar el bien común político o temporal de la sociedad civil.

De allí que la noción de libre competencia es diversa de la libertad de competencia mercantil; aquélla corresponde a un bien jurídico tutelado que presupone multitud de estas libertades formuladas, individualmente consideradas bajo la estructura de un Derecho subjetivo. La diferencia radica en que la libre competencia es un bien jurídico tutelado que armoniza la multitud de libertades de competencia mercantil existentes en una sociedad civil por la vía de limitarlas para hacerlas operativas y así ordenarlas al bien común político.

El bien jurídico libre competencia exhibe un fundamento objetivo y preexistente a la formulación positiva del sistema tutelar del mismo.

Dicho fundamento objetivo quedará de manifiesto al dar cuenta de las funciones que desempeña la libre competencia en el orden social, al preservar importantes aspectos de este último y de la persona humana.

Es de advertir que las funciones que desempeña la libre competencia guardan relación con el comercio (sentido latísimo) y, por tanto, todos los argumentos éticos, políticos y económicos en favor del comercio son en general extensibles a la libre competencia. Sin embargo, ha de observar-

se que la libre competencia es la modalidad más perfecta de desarrollo del comercio. Cabe concebir formas de comercio restringido o limitado artificialmente que distan de la libre competencia y en tal sentido son perfectibles, *v. gr.*, el sistema de flotas y galeones que utilizaba la Corona española con la antigua Hispanoamérica. De allí que no toda forma de comercio se ajusta a los dictados de la libre competencia, pero ésta es la expresión más perfecta del comercio por ajustarse a los requerimientos de la naturaleza humana en su vida en sociedad.

Por todo lo expuesto es que el disvalor que encierra todo atentado contra la libre competencia no es una mera creación artificial legislativa, sino que halla un fundamento y una sustancia en la justicia distributiva –más allá de cualquier formulación positiva– que reconoce la realidad de la vida en sociedad y la necesidad objetiva de orden de esta última. En este sentido, la concepción de Franz Liszt parece más precisa que la de Karl Binding, puesto que existe un reconocimiento de un fundamento en las necesidades de la vida en sociedad para los bienes jurídicos y ello contribuye a explicar el injusto como un atentado contra el orden social.

Una falencia que se percibe en un gran número de teorías del bien jurídico es cómo han vaciado de contenido esta noción, como consecuencia de no hacerse cargo del carácter jurídico del bien y de su nexos con la justicia. Quizás el extremo de ello es la formulación de Hegel, quien vio en el delito tan sólo una consciente sublevación contra la voluntad general.

En atención a lo expuesto, estimamos que el Decreto Ley 211 acierta en la formulación del bien jurídico tutelado como “libre competencia en los mercados”, lo que no acontece en otros sistemas jurídicos antimonopólicos. Recordemos lo que ha señalado persistentemente la jurisprudencia de nuestro Tribunal Antimonopólico en relación con el bien jurídico tutelado libre competencia:

“Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado [Decreto Ley 211], no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado”⁷.

⁷Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva. Esta fórmula para definir el bien jurídico protegido goza de larga data en la jurisprudencia de la Libre Competencia. Así, puede observarse una concepción semejante en las Resoluciones N° 90, considerando 17;

Estimamos que esta conclusión jurisprudencial, reiterada en múltiples fallos, confirma nuestra visión al centrar el corazón de lo tutelado en “salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica” (el destacado es nuestro). Luego, todos los competidores, sean personas públicas o privadas, actuales o potenciales, han de tener acceso a este bien jurídico tutelado; por tanto, éste no se fundamenta en esa forma de libertad conocida como autonomía privada ni en la *libertas a coactione* o ausencia de coacción. El bien jurídico tutelado libre competencia se fundamenta en una especie de libertad adquirida de naturaleza política y que corresponde a la principal modalidad de la libertad para desarrollar actividades económicas, esto es, en la libertad de competencia mercantil.

Esta fórmula jurisprudencial incurre, en nuestra opinión, en la imprecisión de indicar que la producción de más y mejores bienes y la prestación de más y mejores servicios a precios más convenientes se consigue siempre a través de la libertad de competencia mercantil.

Creemos que, por regla general, se produce esa relación causal entre una mayor productividad y la libertad mercantil, mas aquella relación no siempre tiene lugar, según lo demuestran ciertos monopolios naturales que captan economías de escala o de ámbito.

Una visión semejante a la de la fórmula jurisprudencial comentada es la planteada por el Dr. Fernando Sánchez Ugarte, presidente de la Comisión Federal de la Competencia de México, al preguntársele en qué forma se podría beneficiar a la población por medio de una cultura de la competencia, a lo cual responde: “Yo creo que desde dos perspectivas: por un lado se beneficia el consumidor porque obtiene mejores servicios a mejores precios, y por otro, el productor porque hay más opciones de empleo y de mercado. Abre la posibilidad de ser empresarios en otras actividades y tener muchas más oportunidades económicas”⁸.

1.4. EL DERECHO SUBJETIVO LIBERTAD DE COMPETENCIA MERCANTIL

El carácter de bien jurídico tutelado de la libre competencia no excluye que ésta sea la fuente de derechos subjetivos –verdaderas libertades de competencia mercantil– destinados a exigir el reconocimiento y la protección de la mencionada libertad en el caso concreto. La libertad para competir mercantilmente lleva aparejado un derecho subjetivo, para exigirla y reclamar, a través de la acción jurisdiccional, su protección ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Nº 93, considerando 16, Nº 99, considerando 12, y Nº 171, considerando 5º, todas de la Comisión Resolutiva, por citar sólo algunos ejemplos.

⁸Sánchez Ugarte, Fernando, presidente de la Comisión Federal de Competencia de México, entrevista en *Latin Counsel Journal* Nº 1, nov./dic. 2002, 35, Madrid. España.

Así, esta correspondencia entre la referida libertad y el respectivo derecho subjetivo conduce a que las limitaciones de una se transfieran al otro; de allí que el derecho subjetivo cuyo objeto es la libertad de competencia mercantil, da cuenta de una libertad limitada y a la vez protegida. El énfasis en la libertad halla una explicación histórica: se trata de derechos subjetivos cuya conquista ha sido lenta y difícil y, por tanto, pervive respecto de ellos un cierto acento en el logro que alcanzar dicha libertad ha significado; no constituye una excepción a tal proceso de conquista el derecho subjetivo cuyo objeto es la libertad de competencia mercantil.

Ya observábamos que las libertades adquiridas constituyen perfecciones sobreañadidas a las libertades innatas del ser humano; asimismo, la libertad de competencia mercantil permite defender la personalidad de su titular por la vía de entregarle independencia económica frente a la autoridad pública y frente al resto de los ciudadanos. Esto explica por qué las libertades adquiridas de naturaleza política, como es el caso de la libertad de competencia mercantil, son parte integrante del bien común temporal hacia el cual la autoridad pública debe orientar toda su actividad.

Así, estamos ante una libertad jurídicamente tutelada para competir mercantilmente, esto es, para disputar una clientela en un mercado relevante determinado. La disputa por la clientela se consume eminentemente por la vía convencional; sólo así se transfieren los bienes y servicios que demanda la clientela y que el competidor oferta. De allí la estrecha vinculación entre el principio de la libre competencia y el de la libertad contractual. La libre competencia, en los mercados concretos, asume multiplicidad de medios y formas (formación de empresas, publicidad, obtención de autorizaciones o permisos, etc.), pero culmina mediante la celebración de convenciones a través de las cuales los demandantes reciben los bienes y servicios requeridos. De allí que podría creerse que el aserto anterior es una prueba de que la libre competencia siempre se corresponde con la autonomía privada, puesto que ésta es fundamento de la libertad contractual. Sin embargo, ello es mera apariencia; en el derecho privado lo anterior es cierto, mas en el derecho público existen personas que celebran contratos y ejercitan diversas formas de libertad contractual y que no obstante lo anterior carecen de autonomía privada. En efecto, la libertad para competir y la libertad para negociar convenciones –dentro de los límites demarcados por sus respectivas leyes orgánicas– son también fenómenos predicables de los competidores que exhiben una naturaleza de derecho público. No obstante lo anterior, es preciso advertir que, por regla general, la libertad de competencia mercantil en cuanto derecho subjetivo debe estar radicada en competidores privados. Esta regla es un corolario del principio de subsidiariedad, mediante el cual se asegura y entrega, de forma principal, la libertad de competencia mercantil a

la iniciativa privada y, por tanto, a competidores dotados de autonomía privada. Así, el principio de subsidiariedad cumple una vital función al regular de conformidad con la Constitución y las leyes, cuáles competidores pueden exhibir el carácter de personas públicas o de personas controladas por el Estado.

De lo señalado es que podemos inferir que esta libertad para competir puede referirse a objetos de orden normativo como también de orden extranormativo. En otras palabras, la libre competencia opera en dos planos: el de la actividad puramente operativa (no hay creación de normas jurídicas particulares) y el de la actividad normativa (puede corresponder a ejercicio de la autonomía o bien ejercicio de la heteronomía). Así, esta libertad puede ejercitarse por la vía de celebrar una convención, *v. gr.*, un contrato con un proveedor, o bien por la vía de ejecutar un hecho, *v. gr.*, revisar el proceso de fabricación de un producto con miras a introducirle innovaciones que lo hagan más eficiente, o bien desarrollar un proceso de publicidad mucho más intenso para alcanzar ciertos nichos de mercado empleando el propio departamento de comunicaciones de que dispone este competidor.

1.5. OBJETO DE LA LIBERTAD DE COMPETENCIA MERCANTIL

La libertad de competencia mercantil es un derecho subjetivo jurídicamente reconocido y tutelado mediante el cual se disputa la clientela de un mercado relevante. Se entiende por clientela no sólo los demandantes sino también los oferentes, y aquéllos y éstos serán clientela en función de si la disputa mercantil sea mirada desde el ángulo de la oferta o bien desde el ángulo de la demanda. Esta clientela se considera en función de uno o más mercados relevantes, según corresponda, puesto que rara vez hay disputa por toda la clientela de un mercado en su integridad.

Existen dos formas de ejercitar la libertad de competencia en el ámbito mercantil, una que es justa –por ello rara vez descrita por los estudiosos del Derecho antimonopólico– y otra que es injusta, cuyas diversas modalidades dan lugar a una multitud casi innúmera de atentados contra el bien jurídico tutelado libre competencia:

- i) La competencia justa –que nada tiene que ver con el paradigma económico de la competencia perfecta– se realiza mediante precios, calidad y cláusulas contractuales razonables, esto es, atrayendo a la clientela por la bondad de los bienes ofrecidos⁹. En rigor, esta modalidad de

⁹Una aplicación de este principio fundamental es la que realiza el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuando establece los requisitos que han de concurrir para que la publicidad comparativa sea calificada de lícita desde una perspectiva antimonopólica:

competencia –que es la única lícita– opera sobre dos elementos: el bien en sí, a lo cual hace referencia la calidad y la cantidad, y la fórmula contractual, que alude a la clase de convención, al carácter del título (traslativo o no traslativo), al precio (monto, forma de pago, intereses, etc.) o a la modalidad de permutación o cambio, a las garantías o servicio técnico asegurado, a la responsabilidad del vendedor o permutante, etc. Esta fórmula contractual se estructura sobre la libertad mercantil de la clientela y por ello no guarda relación alguna con los contratos forzosos impuestos.

- ii) La competencia injusta se efectúa destruyendo la competencia misma, esto es, por la vía de reducir las oportunidades de la clientela. De allí que esta vía suponga algún grado de violencia, puesto que no se atrae a la clientela por la bondad de los bienes ofrecidos, sino por la explotación de la necesidad que aquélla experimenta de demandarlos al carecer de alternativas y mantenerse constantes las necesidades respectivas. Esta forma de competencia tiene por finalidad, por paradójico que parezca, destruir la competencia, puesto que se funda en la ausencia de competidores y consiguiente cautiverio de la demanda; de allí que esté proscrita por la injusticia que entraña. Los medios de que se prevale esta forma injusta de competencia quedan también teñidos de la ilicitud del fin buscado dolosa o negligentemente y dan lugar a los denominados injustos monopólicos, *v.gr.*, precios predatorios, discriminaciones arbitrarias monopólicas, etc. Como tales medios o artificios destruyen la libre competencia, son denominados con gran propiedad “prácticas anticompetitivas”.

Por ello sólo hay, en verdad, una forma de competencia lícita: la que busca atraer la clientela por la bondad de los bienes ofertados y las fórmulas convencionales asociadas a estos que se estructuran sobre la libertad de la clientela. Así, quien alcanza una posición monopólica producto de su competencia por precio y calidad (bien y convención, más precisamente) no incurre en una conducta anticompetitiva, sino que por el contrario realiza la competencia misma. De esta forma, hemos caracterizado el proceso competitivo por su objeto, restando señalar que participa en el mismo todo el que así lo desee en tanto dé cumplimiento a las exigencias jurídicas y técnicas de dicho proceso. Del mismo resultarán competidores exitosos, otros parcialmente exitosos y otros fracasarán; son las reglas de

“...la publicidad comparativa debe ser veraz, suficiente, objetiva y fundamentada, esto es, destinada a captar las preferencias del consumidor a través de estrategias de persuasión basadas en elementos objetivos y relevantes asociados al comportamiento y necesidades del consumidor”, Sentencia N° 8/2004, considerando 6°.

cualquier forma de competencia y no es la excepción la libre competencia en los mercados.

1.6. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE COMPETENCIA MERCANTIL

Afirmó el Senador Viera-Gallo, con motivo de la discusión del proyecto de ley que reformó el Decreto Ley 211 a través de la promulgación de la Ley N° 19.911, lo siguiente: “La competencia se da entre agentes con distinto poder económico, con distinto nivel de información. Es decir, la idea de un mercado absolutamente libre es sólo la conceptualización de una abstracción para desarrollar una ciencia como la Economía. Pero no hay ningún economista serio que parta de la base de que el mercado es libre”¹⁰. El Senador Viera-Gallo constató que en los mercados reales se presentan diferencias de poder económico y asimetrías de información y, a partir de esa evidencia exenta de toda controversia, pretendió realizar una inferencia consistente en la ausencia de libertad en los mercados. En nuestra opinión, el error de esa inferencia radica en creer que la libertad no admite grados, colocándola en puntos extremos e irreales: se goza de una libertad absoluta o se está privado de ella, y como resulta obvio que, en el caso del hombre, aquella no es ni puede ser absoluta, no cabe sino negarla¹¹.

La condición humana es otra; nuestra libertad es relativa no sólo por factores externos, sino por nuestras propias e intrínsecas limitaciones. Estas limitaciones humanas emanan de nuestra propia naturaleza, cuyas facultades superiores, esto es, las potencias intelectual y volitiva, son limitadas en sí mismas y adicionalmente suelen encontrarse debilitadas por las pasiones. Así, la primera y más radical fuente de nuestras limitaciones en el orden de las libertades humanas se halla en las propias limitaciones de las libertades innatas: libertad trascendental del entendimiento, libertad trascendental de la voluntad y libertad de albedrío. Atendidas las limitaciones que comprometen tales libertades innatas no es posible conocer cabal y exhaustivamente las cualidades y características de todos los bienes que se ofertan en un mercado relevante, por lo cual siempre nuestra información será imperfecta. De allí que las decisiones que adoptan quienes operan en los mercados descansan sobre información imperfecta.

Sin embargo, nuestras limitaciones no sólo provienen de las denominadas libertades innatas, sino que también se las encuentra en las libertades adquiridas, entre las que se cuentan la libertad moral y las libertades

¹⁰Diario de Sesiones del Senado, República de Chile, Legislatura 347ª, Ordinaria, Sesión 25ª, 3 de septiembre de 2002, 63.

¹¹La naturaleza de la libertad humana fue extraordinariamente analizada por los Escolásticos Medievales, quienes distinguieron adecuadamente entre Libertad Absoluta o de Autonomía, sólo predicable de Dios, y Libertad de Albedrío, limitada por las características de la persona humana.

políticas o civiles. Respecto de las libertades morales cabe observar las limitaciones derivadas de la necesidad de desarrollo de la persona humana mediante la adquisición de virtudes intelectuales y morales y a lo anterior debe añadirse la lentitud en el aprendizaje, al ser nuestro intelecto del tipo discursivo, y la brevedad de la vida con la consiguiente limitación en la capacidad de alcanzar la sabiduría y acumular experiencia, entre muchas otras circunstancias que cabría considerar.

Respecto de las limitaciones que arrancan de las libertades adquiridas que exhiben una naturaleza política, como es el caso de la libertad de competencia mercantil, procede observar lo siguiente. La libertad de competencia mercantil debe hallarse necesariamente limitada, puesto que de lo contrario aquella no podría coexistir en todos los ciudadanos. En efecto, la única forma de coexistencia de aquella libertad en una multitud de ciudadanos consiste en que se respete el derecho subjetivo a competir mercantilmente que a cada uno de los ciudadanos asiste y ello exige que se establezcan límites al ejercicio del mencionado derecho subjetivo. De esta forma, si un competidor A celebró válidamente contratos con un cliente Z, el competidor B debe tener por límite a su libertad de competencia mercantil los contratos válidamente celebrados entre A y Z en tanto estos permanezcan vigentes. Si tal límite no fuera respetado y el competidor B invocara la titularidad de una libertad ilimitada o absoluta para desconocer tales contratos y arrebatarse a Z como cliente, no podría subsistir la libertad de competencia ya ejercitada por A en la celebración de contratos con Z y, por tanto, ello causaría la ruina de la libertad de competencia de A. Sin embargo, el competidor B estaría expuesto a que el competidor C intentase desconocer los nuevos contratos que se celebrarían entre B y Z, lo cual demostraría la imposibilidad de subsistencia de libertades de competencia mercantil con carácter absoluto o ilimitado en todos los ciudadanos. Por lo anterior es que cabe afirmar que la libertad de competencia mercantil es intrínsecamente limitada, puesto que de lo contrario no podría existir como libertad política o civil¹².

La paradoja de la conquista de una libertad adquirida de naturaleza política tan importante como la libertad de competencia mercantil radica en que ésta exhibe como primer límite los deberes que se imponen al ejercicio de aquélla a fin de que otros ciudadanos también puedan disponer de esa misma libertad. Esto significa que la libertad de competencia mercantil impone límites a cada uno de los ciudadanos titulares de la

¹²Señala el Barón de Montesquieu: “La libertad del comercio no es una facultad concedida a los negociantes para que hagan lo que quieran; eso sería más bien su esclavitud. Lo que estorba al comerciante, no por eso estorba al comercio. En los países libres es donde el negociante encuentra contrariedades sin número; en los países esclavizados es donde las leyes les ponen menos trabas”, en “Del Espíritu de las Leyes”, Tomo II, Capítulo IX, 14, Editorial Sarpe. Madrid. 1984.

misma, en términos tales que la trasposición de tales límites entraña un abuso de la libertad conferida a aquellos.

Asimismo, esta libertad de competencia mercantil impone un límite a un conjunto de personas que, por regla general, no son titulares de aquella: la pluralidad de personas jurídicas que, desde la óptica del Derecho Interno, conforman el Estado en su calidad de autoridad pública de la sociedad civil. Las autoridades públicas tienen el deber de proteger la libertad de competencia mercantil y el primer estadio de dicha protección ha de consistir en que el propio Estado respete cabalmente dicha libertad¹³.

Un segundo límite de esta libertad de competencia mercantil corresponde a ciertos límites genéricos; no puede aquella ir contra la moral y las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Estos límites son una consecuencia de que lo material se ha de subordinar a lo intelectual y a lo moral, así como el bien privado se ha de ordenar al bien común político o temporal.

La libertad de competencia mercantil reconoce y está obligada a reconocer límites emanados de exigencias superiores, *v.gr.*, por seguridad nacional no se ha de vender armas al enemigo de nuestra nación o recibir productos importados portadores de pestes o enfermedades infecciosas que puedan dañar nuestra población o nuestra agricultura y, por razones de moral, no se ha de permitir el libre comercio de drogas alucinógenas carentes de aplicación médica ni la trata de blancas.

El orden público exhibe, entre otros contenidos, el respeto a las garantías constitucionales que tutelan la vida, motivo por el cual no se ha de permitir la eutanasia, el aborto o la formación y asesinato de embriones destinados a la clonación humana o a la extracción de órganos o tejidos que sean requeridos por otros seres humanos. De allí que no pueda existir, desde una perspectiva jurídica, competencia mercantil en la prestación de servicios vinculados a las prácticas proscritas antes mencionadas.

Este segundo grupo de límites se operativizan mediante las potestades normativas legales o supralegales de que se hallen dotadas ciertas autoridades públicas¹⁴. Es importante advertir que esta libertad de competencia

¹³El art. 5º, inc. 2º, de la Constitución Política de la República reconoce este principio al establecer que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre los cuales debe contarse el derecho a desarrollar actividades económicas a través de la especial libertad de competencia mercantil.

¹⁴Es importante observar que los límites de la libertad de competencia mercantil se operativizan mediante normas jurídicas cuya jerarquía es de rango legal o supralegal. Esta exigencia, que resulta analizada en el capítulo de esta obra destinado a la Potestad Reglamentaria Externa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, halla su fundamento en el art. 19, N° 21 de la Constitución Política de la República y en el antecedente histórico del art. 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), que establece que los límites al ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo

mercantil que interesa tutelar por el Decreto Ley 211 opera respecto de limitaciones injustas. Una limitación será injusta en tanto emane de quien carezca de potestades y títulos adecuados para eliminar, restringir o entorpecer esta libertad. A *contrario sensu*, una limitación será justa si se funda en el orden público, en la moral o en las buenas costumbres y emana de autoridad pública competente. Las limitaciones interfieren el proceso mediante el cual la voluntad pasa de un estadio de indeterminación a uno de determinación (sea que esta voluntad pertenezca al propio competidor o a un superior jerárquico, en el caso de competidores que son empresas públicas del Estado) o bien afectan el proceso de ejecución de una determinación ya adoptada.

Considerando que la libre competencia es un bien jurídico que se halla tutelado por la autoridad pública y disponible para todos los ciudadanos que deseen ejercitar el derecho subjetivo cuyo objeto es la libertad de competencia mercantil, existe un tercer grupo de límites destinado a restringir el acceso directo o indirecto de la autoridad pública al proceso competitivo. En efecto, resulta siempre complejo para una autoridad pública emitir normas jurídicas que directa o indirectamente pueden afectar el proceso de ejercicio de las libertades de competencia mercantil toda vez que la propia autoridad pública o una empresa controlada por ésta puede hallarse participando en dicho proceso. Es por lo anterior que este tercer grupo de límites dice relación con la participación del Estado en actividades económicas a través de la libertad de competencia en los mercados.

En conclusión, atendido que el mercado se encuentra conformado por personas humanas y por actividad humana, esto es, agentes que ofertan y demandan determinados bienes a fin de intercambiarlos, resulta impensable aspirar a que en los mismos exista un conocimiento absoluto y, por tanto, una libertad total por parte de quienes actúan en los mercados. Tal imposibilidad, según explicamos, resulta tanto de causas extrínsecas como intrínsecas a la persona humana. Sin embargo, de lo expuesto no se sigue que el mercado no pueda ser libre en términos humanos o no absolutos, y es ésta precisamente la misión de la legislación antimonopólica. En fin, de lo anterior resulta claro que no sólo no podemos sino que no debemos aspirar a una libertad absoluta ni en los mercados ni fuera de los mercados, puesto que ello sería desconocer la naturaleza humana¹⁵. Cosa diversa es aspirar a la máxima libertad posible, conforme a Derecho, al interior de

pueden ser establecidos por la ley. Este mismo principio consistente en que las restricciones sólo pueden ser impuestas por ley es recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948) en su art. 29.2.

¹⁵Una visión diversa es la sustentada por Stuart Mill, John, *On Liberty*, 13, Barnes & Noble Books. New York. 2004, quien afirma: "No society in which these liberties are not, on the whole, respected, is free, whatever may be its form of government; and none is completely free in which they do not exist absolute and unqualified".

un mercado relevante y para ello es necesario contar con una legislación tutelar de la libre competencia lo más justa y eficaz posible.

II. HACIA UNA DEFINICIÓN DESCRIPTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA POR SUS FUNCIONES

La sociedad civil o política se halla regida por ciertos principios ordenadores y, en ese sentido, es un grupo de individuos sometidos a un cierto orden. Ese orden no es desde luego un orden físico, sino que un orden moral o inmaterial, que exhibe vinculaciones de naturaleza jurídica, política y económica, entre otras (dicho orden es generalmente denominado por los filósofos clásicos “unidad de orden”).

Ese orden tiene una finalidad: el bien común de todos y cada uno de los individuos que integran la sociedad civil, objetivo al cual la autoridad pública ha de conducir esta última, dando en dicho proceso cabal cumplimiento no sólo a los principios y garantías constitucionales, sino que también a las exigencias del Derecho natural.

De allí que la concepción que alguna vez se elaboró, según la cual la sociedad es una mera suma de individuos, ha caído en desuso por desconocer la realidad de que las sociedades humanas exhiben principios ordenadores y, por tanto, constituyen mucho más que meras aglomeraciones de individuos.

La existencia de principios ordenadores de la sociedad civil o política conduce a la consideración de que existen principios ordenadores de la actividad económica. Tales principios aparecen formulados directa e indirectamente en la Constitución Política de la República. Entre tales principios ordenadores de la actividad económica se halla precisamente la libre competencia.

II.1. FUNCIONES ORDENADORAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

La libre competencia suele cumplir, a lo menos, cinco significativas funciones ordenadoras en el plano moral, político, jurídico y económico:

- a) Promueve el mayor desarrollo de las capacidades morales, intelectuales y físicas de la persona humana, mediante un estímulo de la iniciativa y de la responsabilidad, lo cual entraña una dignificación de aquélla, con independencia de la productividad efectivamente alcanzada¹⁶.

¹⁶Cabe recordar las profundas palabras de Ropke, Wilhelm, *Más allá de la oferta y la demanda*, 22. Fomento de Cultura Ediciones. Valencia. 1960, quien señalara: “...lo trascendental es aquello que está más allá de la oferta y la demanda, aquello de lo que dependen el sentido, la dignidad y el motivo íntimo de nuestra existencia, metas y valores que pertenecen

Así, se estimula la responsabilidad, puesto que quien se arriesga se queda con las utilidades respectivas si tiene éxito o bien ha de asumir las pérdidas consiguientes.

- b) Asegura un fundamental ámbito de libertad a los individuos y a los cuerpos intermedios frente al Estado y sus organismos, así como frente a los demás competidores, sean éstos personas públicas o privadas. Dicho ámbito de libertad adquirida y de naturaleza política o civil concierne a la adopción de decisiones relativas a las propias actividades económicas que desarrollan los individuos o los cuerpos intermedios en competencia con otros. En otras palabras, el sistema de libre competencia impide que un competidor dotado de poder de mercado se apodere de la ordenación del mercado relevante respectivo e imponga términos abusivos sobre los demás competidores o bien que una autoridad pública desvíe el ejercicio de sus potestades normativas para establecer monopolios –en su acepción estructural– en favor de ciertos competidores.
- c) Evita injustos desplazamientos de riqueza, *v. gr.*, desde el demandante de un bien económico que es víctima de un abuso de posición dominante hacia el monopolista abusivo que percibe una renta monopólica. Puesto en términos positivos, coadyuva a la justicia conmutativa en las convenciones regidas por ésta al impedir enriquecimientos indebidos mediante la imposición de precios monopólicos u otros abusos semejantes.
- d) Ordenación de la actividad económica: esta ordenación contribuye a la, por regla general, justa y eficiente formación de precios y valores de cambio, los que reflejan la escasez relativa de los bienes económicos que se ofertan y demandan en los diversos mercados y, por tanto, tales precios y valores entregan las señales de qué, cómo y cuánto ha de producirse. Esta función es, a la vez, jurídica y económica, y descansa sobre la posibilidad de ejercitar la libertad de competencia mercantil. En un sistema colectivista puede intentarse una competencia simulada, pero ésta nunca podrá desempeñar una función ordenadora de la actividad económica. La libre competencia, desde una óptica jurídica, permite la formación de precios y valores de cambio verdaderos que, al reflejar razonablemente la escasez relativa de los bienes, dan lugar a precios justos¹⁷ y, por esa vía, además de cautelar la justicia

al reino de la ética en el más amplio sentido, ya que el hecho de que la economía esté regida y ordenada por los precios libres, mercados y por la libre competencia significa salud y abundancia y, en cambio, la economía socialista suponga enfermedad habitual, desorden y escasez, tiene una profunda razón moral. El sistema económico “liberal” aprovecha y desarrolla la extraordinaria fuerza que reside en el afán de la autodeterminación individual, mientras que el social la subyuga y se aniquila a sí mismo en su lucha contra esta fuerza”.

¹⁷Así lo constata el Barón de Montesquieu al observar: “Los japoneses sólo comercian con dos naciones: China y Holanda. Los chinos ganan el mil por ciento en el azúcar y a

conmutativa ya mencionada en la letra precedente, preserva la justicia distributiva en cuanto que asegura que ni la autoridad pública que actúa sobre el mercado ni el monopolista que ostenta una posición dominante, empleen, respectivamente, sus potestades normativas ni su poder de mercado para imponer cargas o lesionar el legítimo ejercicio de la libertad de competencia mercantil de otros competidores. La libre competencia, desde una perspectiva económica, realiza esta función buscando la eficiente formación de los precios y valores de cambio de los bienes, impidiendo que el abuso monopolístico distorsione la escasez relativa de los bienes que en la realidad existe y que ésta sea sustituida por una escasez relativa artificial destinada a extraer una renta monopolística del patrimonio de los demandantes del bien monopolizado. Así, se evita la pérdida social en la asignación de los recursos productivos que acarrea el abuso del monopolio y se fomenta la creación de riqueza mediante la, por regla general, eficiente señal de los precios que indican qué, cómo y cuánto ha de producirse. La eficacia de esta señal se explica, según ha señalado Hayek, porque nadie dispone en la sociedad política de la información íntegra que sería requerida para producir esa señal en forma precisa y regular, señal que sólo puede ser producida por la libre competencia¹⁸.

Las funciones a) y b) son manifestaciones de la prioridad ontológica y de finalidad de la persona humana respecto de la sociedad política (principios de orden político). Tal prioridad ontológica y de finalidad se halla recogida en ciertos preceptos fundamentales de la Constitución Política de la República, a saber principalmente en los arts. 1º y 5º de esa Norma Fundamental.

Las funciones c) y d) corresponden ambas a la vez a un principio de orden jurídico, así como a un principio de orden económico.

Del cúmulo de funciones expuestas resulta que la libre competencia es una fundamental institución de la sociedad cuya naturaleza es moral, política, jurídica y económica y, desde esa perspectiva, no cabe sino analizarla como una realidad interdisciplinaria.

veces otro tanto sobre los retornos. Los holandeses obtienen ventajas semejantes. Toda nación que se comporte según la máxima del Japón será engañada necesariamente, pues la competencia pone un precio justo a las mercancías y establece las verdaderas relaciones entre ellas", en "Del Espíritu de las Leyes" cit., Tomo II, Capítulo IX, 13.

¹⁸Otras explicaciones de orden económico acerca de las funciones de la Libre Competencia, que han sido analizadas por Vickers, son las siguientes: i) la presión competitiva hace que las organizaciones adopten incentivos internos más precisos con miras a evitar la inactividad y la apatía; ii) la competencia hace que los competidores más eficientes prosperen a costa de los menos eficientes, resultando este proceso de selección positivo desde una perspectiva de la eficiencia global o agregada, y iii) la competencia por innovar es la mayor fuente de ganancias en eficiencia productiva a lo largo del tiempo. Véase Vickers, John, *Concepts of competition*, Oxford Economic Papers N° 47, 1995.

Se ha dicho por un gran jurista que la competencia es un fenómeno jurídico, cuyos móviles son económicos¹⁹. Sin duda que se trata de una realidad jurídica, pero también lo es de naturaleza moral, política y económica, según resulta con claridad de las funciones antes analizadas. El que la libre competencia sea un bien jurídico no importa una negación de su dimensión moral, política y económica. De allí que debe rechazarse un análisis exclusivamente jurídico o bien exclusivamente económico de esta fundamental institución que pretenda abstraerse de los aportes de las restantes disciplinas.

Surge, a continuación, la pregunta de si los móviles son meramente económicos o también comprenden otras disciplinas. Desde la óptica de los competidores, los móviles son económicos en cuanto se ordenan a resolver el problema económico que les aqueja, pero también son jurídicos en cuanto que la competencia se verifica mediante hechos jurídicos, actos jurídicos y convenciones, ya que sólo a través de éstos se capta la clientela y se entregan los bienes y servicios demandados. De allí que cabe realzar el estrecho vínculo entre la libre competencia, la justicia y la libertad contractual.

Entre tales funciones no ha de considerarse una redistributiva, puesto que no corresponde a la libre competencia operar como un medio de redistribuir riqueza ya producida. En efecto, la libre competencia, tal como se indicara en la letra d) precedente constituye un fuerte incentivo para fomentar la creación de riqueza, mas carece de una función redistributiva. No es una herramienta redistributiva, sino que más bien distributiva, en el sentido que toca a la legislación tutelar de la libre competencia asegurar que los precios y los valores económicos en los mercados no sean distorsionados ni falseados por la vía de las cargas o gravámenes económicos que el abuso monopolístico o la autoridad pública desviada de sus fines pueden imponer. Desde esta perspectiva, un abuso monopolístico podría implicar una redistribución, ciertamente injusta, de los bienes monopolizados al transferirlos en precios exorbitantes y al causar una mala asignación de ciertos recursos productivos. Si a lo anterior se añade una discriminación arbitraria por parte del monopolista, se crea una transgresión a la justicia distributiva que, económicamente hablando, produciría el efecto de una redistribución, por la vía de impedir la operatoria del sistema que conduce a precios justos y verdaderos. De allí que podría afirmarse con propiedad que al protegerse la libre competencia se está tutelando una forma de justicia distributiva y al impedirse los atentados contra aquélla

¹⁹Garrigues, Joaquín, "La defensa de la competencia mercantil", 142, en *Temas de derecho vivo*. Editorial Tecnos. Madrid. 1978.

se está evitando una infracción a la justicia distributiva, infracción que podría ser leída como una redistribución²⁰.

Esta infracción redistributiva es evidentemente injusta y por ello debe ser proscrita. En consecuencia, el sistema tutelar de la libre competencia no es redistributivo, sino que se limita a realizar la justicia distributiva. Quien pretenda emplear la legislación tutelar de la libre competencia como medio redistributivo estaría conculcando la libre competencia y cometiendo así un injusto monopólico. Así, las políticas redistributivas que puedan emprender el Estado y sus organismos no pasan por la libre competencia; emplear ésta como herramienta redistributiva sería vaciar de contenido el bien jurídico protegido, romper con la justicia antimonopólica y quebrantar el sentido mismo del Decreto Ley 211. De lo expuesto se colige que no toda redistribución es justa, sino que deberá analizarse cada forma de redistribución en particular para establecer si satisface o no las exigencias de la justicia distributiva.

De las funciones antes expuestas que desarrolla la libre competencia resulta una exigencia moral, política, jurídica y económica la tutela de la misma y, por tanto, la existencia de un Derecho antimonopólico que provea un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dotado de los recursos humanos y materiales necesarios para que dicha protección sea eficaz. Asimismo, de las funciones expuestas resulta manifiesto que la preservación de la libre competencia es un cometido de orden público, en cuanto que interesa a la sociedad civil toda y, por tanto, sus contenidos son imperativos e irrenunciables.

II.2. CONFLICTOS ENTRE LAS FUNCIONES QUE DESEMPEÑA LA LIBRE COMPETENCIA

De lo señalado surge inevitablemente la pregunta de cómo han de tratarse las funciones de la libre competencia cuando entran en conflicto unas con otras o, puesto en otros términos, qué ha de hacerse cuando una determinada conducta realiza ciertas funciones y menoscaba otras. El problema recurrente en el derecho de la libre competencia es el tratamiento que ha de darse a una práctica que conlleva una altísima eficiencia económica y que, sin embargo, colisiona con la libertad de competencia mercantil. Estimamos que aquí se halla la ventaja de emplear una definición esencial antes que una definición descriptiva por las funciones.

En nuestra concepción existe un solo bien jurídico tutelado: la libre competencia mercantil, bien jurídico que generalmente desarrolla la pluralidad de funciones a que nos hemos referido. Decimos que general-

²⁰Valdés Prieto, Domingo, *La discriminación arbitraria en el Derecho económico*, 79-104, Editorial Jurídica Conosur Ltda. LexisNexis. Santiago de Chile. 1992. En las páginas indicadas es analizada la relación entre Justicia Distributiva y Libre Competencia.

mente desarrolla tales funciones atendido que no siempre las desarrolla todas ni en forma plena. Es importante advertir que no cabe confundir la existencia de un solo bien jurídico protegido, que suele realizar una variedad de funciones, con una pluralidad de bienes jurídicos tutelados.

La visión que postula que el objetivo de una legislación antimonopólica ha de consistir en una pluralidad de bienes jurídicos protegidos puede asumir varias modalidades:

- i) La más directa y regulatoriamente más simple consiste en que el legislador de la libre competencia señala derechamente que la legislación antimonopolio protege “w, x y z” (empleamos meramente letras para suponer algunas de las visiones que gozan de mayor popularidad);
- ii) Una indirecta, consistente en que el legislador antimonopólico sostiene que la libre competencia es un “medio” para realizar “w, x, y y z”; de lo cual se sigue que los bienes jurídicos tutelados son en realidad “w, x, y y z”. Esta fue la alternativa planteada por la versión primera del proyecto de ley reformativa del Decreto Ley 211 que culminó finalmente, aunque en una versión muy diferente, en la promulgación de la Ley N° 19.911. Dicha alternativa no prosperó en el trámite ante el Senado y fue necesario replantear el problema, según se ha explicado. De allí que no procede invocar la versión primigenia del referido proyecto como un antecedente de que la libre competencia sea un medio para la realización de otros bienes jurídicos, puesto que eso fue precisamente lo que se encargó el Senado de rechazar y exigir su remoción para continuar adelante con la tramitación de este proyecto de ley, y
- iii) Una modalidad indirecta y, sin duda, más sutil y probablemente la más temible por sus implicancias prácticas consiste en que a nivel legal se establezca que el bien jurídico tutelado es uno solo: la libre competencia y que, sin embargo, al momento de dar aplicación a ese bien jurídico tutelado los organismos antimonopólicos empleen dicho concepto como un término vacío –un *flatus voci*– para ser colmado con “w, x, y y z”, a su sola discreción. Este escenario es el más peligroso, atendido que esta discrecionalidad en la aplicación de lo que ha de entenderse por libre competencia podría extenderse no sólo a “w, x, y y z”, sino que también a “r, s y t”.

Debe rechazarse una concepción de la legislación antimonopólica destinada a la preservación de una pluralidad de bienes jurídicos tutelados, puesto que ello no resuelve el dilema de la contradictoriedad entre tales “bienes protegidos” y, como consecuencia de tal indeterminación, entrega una formidable discrecionalidad a los organismos antimonopólicos en cuanto a la prevalencia de un “bien protegido” por sobre otro. De esta forma, cesa toda certeza jurídica acerca de qué es lo protegido por el tipo

universal antimonopólico; se traslada un contenido típico que es privativo del legislador antimonopólico a la creatividad de los organismos tutelares de la libre competencia y, particularmente, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (lo que ciertamente no se aviene con las garantías constitucionales contempladas en el art. 19, N°3 y con la prohibición de delegación de las materias comprendidas por estas garantías a la Administración –art. 61, inciso segundo de la Constitución Política– y por ello con mayor razón no pueden delegarse en los tribunales de justicia); se hace tabla rasa de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.911 y, lo que es más grave, una legislación desde antiguo diseñada con una finalidad bastante clara deviene en una herramienta servil a políticas públicas de oportunidad que incluso podrían menoscabar la propia libre competencia.

Las funciones podrán en casos particulares colisionar entre ellas, surgiendo la duda acerca de cuál ha de prevalecer; la respuesta se halla en la definición esencial de libre competencia: ha de considerarse determinante la preservación de la libertad de competencia mercantil, que es el fundamento de aquel bien jurídico tutelado. De lo contrario, podría en algún caso particular sacrificarse la mencionada libertad a expensas de una planificación económica dotada de una alta eficiencia, quedando los demandantes y oferentes a merced del respectivo planificador.

Si no se procede de esta forma, se estará transgrediendo la Constitución Política de la República en, al menos, la garantía del derecho a desarrollar cualquier actividad económica contemplada en el art. 19, N°21 y deberá el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia castigar el mencionado monopolio de privilegio en tanto éste presente un origen infralegal. En otras palabras, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no puede dar prevalencia a la eficiencia económica por sobre el derecho a competir libremente en materias mercantiles y de hacerlo, dicho tribunal sería responsable de dictar fallos o resoluciones inconstitucionales por transgresión de la garantía antes indicada y, además, ilegal, por violación del artículo cuarto del Decreto Ley 211, de 1973, al crear ese mismo tribunal a través de tales sentencias o resoluciones verdaderos monopolios de privilegio. La única excepción de que podría hacer uso el Tribunal Antimonopólico es por la vía de acudir a una justificación de orden público o de seguridad nacional, que es lo que prescribe la Constitución Política de la República como límite para la garantía del derecho a desarrollar cualquier actividad económica. En otras palabras, la libre competencia tendrá siempre por misión preeminente la de asegurar libertad, porque así lo ordena la Constitución Política, para el evento que se produzca un conflicto entre algunas de las funciones que, por regla general, desarrolla en forma armónica la libre competencia. De hecho, lo que en la concepción borkiana aparece como bienestar del consumidor no es otra cosa que el armónico resultado de las mencionadas funciones, que podrían sintetizarse en li-

bertad, justicia y productividad, resultando prevalentes las dos primeras en un escenario de conflicto.

Estimamos que la conclusión anterior es la correcta, básicamente por dos razones: una sistémica y otra histórica.

La sistémica es que el problema de la libre competencia –como el de cualquier bien jurídico tutelado– no ha de resolverse con un mero invocar un precepto legal, sino que exige un análisis completo y coherente del orden jurídico. En tal proceso, resulta ineludible el cumplimiento de todas y cada una de las garantías constitucionales y, por tanto, ninguna solución ni legal ni jurisprudencial puede hacer abstracción de esa situación constitucional. La exigencia constitucional, tal como ha quedado explicado, apunta a salvaguardar precisamente una libertad –que es siempre limitada en los múltiples aspectos señalados– que tiene grandes implicancias morales, políticas, jurídicas y económicas: básicamente no quedar a merced del monopolista (entendido en sentido lato), sea éste una autoridad pública o privada, o bien un competidor persona pública o privada carente de potestades. Lo anterior es válido aun cuando dicho monopolista ofrezca una importante eficiencia económica que puede ser alcanzada a expensas de sacrificar esa libertad de competencia mercantil.

En cuanto al justo precio, que si bien es una noción que se ha batido en retirada del pensamiento jurídico en los últimos siglos, creemos que ello va de la mano con las consideraciones anteriores y es una justificación adicional –y no por ello menos principal– para no dar curso a una eficiencia económica (que ciertamente es un bien deseable, pero sujeto a determinados límites) “absolutizada” o convertida en el objetivo único y final de una legislación antimonopólica. El justo precio sólo puede tener lugar en el mercado en ausencia del abuso monopólico o de las prácticas lesivas de la libre competencia y sólo así puede el mercado asignar recursos debidamente y, por tanto, cumplir una función distributiva (no redistributiva, que como se ha explicado resulta improcedente de aplicar en la libre competencia).

En cuanto al argumento histórico es preciso señalar que la tradición de Occidente repudia el monopolio por las consideraciones anteriores, antes que por la ineficiencia económica que éste produce. Así lo confirma la autorizada opinión de Raymond de Roover: “Según la opinión de los escolásticos, el monopolio era una ofensa en contra de la libertad: suponía un carácter criminal debido a que se basaba generalmente en la confabulación o ‘conspiración’ (...). No tengo duda alguna de que la idea de conspiración de las leyes de los antimonopolios se remonta a los antecedentes escolásticos y que tiene sus raíces en el concepto medieval del precio justo”²¹.

²¹Roover, Raymond de, “El concepto de precio justo: Teoría y política económica”, 31, *Estudios Públicos*, N° 18, Santiago. 1985.

De esta forma, cabe concluir que el elemento específico y constitutivo de la ofensa monopólica es el atentado contra una libertad adquirida, de naturaleza política o civil, cuyo objeto no es otro que la competencia mercantil y, por tanto, contraria al justo precio. Por regla general, la tutela de esta libertad entraña una mayor eficiencia económica; sin embargo, en aquellos casos de excepción en que ello no ocurre así, no puede sacrificarse tal libertad y el justo precio en aras de una mayor eficiencia económica. De allí que debe preferirse una definición esencial de la libre competencia y evitarse una definición por las funciones que ésta suele desempeñar.

¿LA ENCRUCIJADA IRANÍ? O ¿ES LA ENCRUCIJADA DE OCCIDENTE?

*Eugenio Pérez de Francisco**

SUMARIO: I. Introducción. II. Estrechos internacionales utilizados para la navegación internacional. ¿Se puede cerrar un estrecho internacional por un Estado ribereño? III. La preocupación de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales ante las pretensiones iraníes de enriquecimiento de uranio. IV. Y que Israel siga tranquilo. V. Y el petróleo como telón de fondo. VI. El supuesto derecho iraní al desarrollo de armas nucleares. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Mientras que en los albores del año 2012 nos llegaba la noticia del proyecto a largo plazo del Presidente Obama de reducir el déficit público norteamericano (y de igual forma lo terminamos), algo muy complicado sin asumir fuertes sacrificios (como los que ya ha empezado a sufrir el pueblo español) a través de una ligera reducción del presupuesto dedicado a defensa (con reasignación de medios a favor de las fuerzas aéreas en detrimento de las de tierra y las consiguientes repercusiones que pueda tener la medida para el marco estratégico de defensa), también recibimos las nuevas bravuconadas, pero muy peligrosas e incendiarias de responsables del gobierno iraní de cerrar el Estrecho de Ormuz, amenaza, al parecer, técnicamente posible desde que en las maniobras Velayat 90, a comienzos del año 2012, realizadas por Irán, al haber conseguido lanzar con éxito el nuevo misil Nur, en tanto que en febrero era la reina de la fiesta la UE, al adoptar toda una serie de sanciones contra Irán, que pueden afectar gravemente a su ya maltrecha economía (no mucho mejor que muchas de las potencias europeas) y que no han hecho sino reavivar el contencioso que sigue manteniendo Irán con la comunidad internacional a propósito del asunto del enriquecimiento de uranio, que le posibilitaría entrar a mediano plazo en el club atómico, algo que, en este momento,

*Doctor en Derecho y profesor permanente de la Universidad A. de Nebrija. Madrid. España. Miembro del Consejo de *Ius Publicum*.

tanto los Estados Unidos como la Unión Europea consideran inaceptable y no digamos Israel.

Claro que, en año 2012, nos ha traído una lección que Occidente no quiere ver: la llamada “Primavera Árabe” está desembocando en un “invierno integrista”, con el asesinato de un embajador norteamericano y el asalto a varias legaciones de dicho país en septiembre, la cada vez más patente guerra civil en Siria, la enésima intifada palestina, o la radicalización del gigante egipcio y que no son sino los síntomas de una enfermedad mucho más grave.

Naturalmente, como la mayoría de los políticos prefieren atender los síntomas antes que la propia enfermedad, por aquello de las elecciones y buscar aplausos a corto plazo, la preocupación actual es el cierre del Estrecho de Ormuz, o las tensiones (declive) del modelo actual de economía internacional basado en el capitalismo salvaje y especialmente respecto del crudo y otras materias primas, que están llevando a una crisis económica sin precedentes, pareja de otra mucho más profunda que es la pérdida de sus valores tradicionales. Vayamos por partes.

II. ESTRECHOS INTERNACIONALES UTILIZADOS PARA LA NAVEGACIÓN INTERNACIONAL. ¿SE PUEDE CERRAR UN ESTRECHO INTERNACIONAL POR UN ESTADO RIBEREÑO?

Son tres los criterios utilizables a la hora de la determinación de un estrecho; el primero es el geográfico, en cuyo caso hablaremos de un espacio natural en el que el mar se estrecha respecto de las aguas adyacentes que comunica. El segundo es meramente funcional, al atender esa angosta zona de agua, a la navegación internacional y, por último, el criterio jurídico, al que prestaremos más atención en las siguientes líneas.

En cualquiera de los casos, los estrechos internacionales han sido una cuestión problemática en la reciente historia, desde el momento que chocaban dos posturas irreconciliables y son, de una parte, los intereses de las Potencias con intereses marítimos a fin de asegurar la libertad de la navegación de sus buques, frente a, de otra parte, la posición de los Estados ribereños en ejercer un cierto control sobre las aguas próximas a sus costas, especialmente en el caso de los estrechos internacionales. De hecho, ya antes de que se iniciara la regulación mediante convenios internacionales de los estrechos internacionales, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ya tuvo que pronunciarse en 1949 sobre éstos a propósito del conocido como el Caso del Estrecho de Corfú, en su sentencia de 9 de abril de 1949¹. Ya en la I Conferencia de Derecho del Mar de 1958,

¹El conocido como Asunto del Canal de Corfú trae causa cuando el 22 de octubre de 1946, dos cruceros y dos destructores británicos, cruzando el canal de Corfú, uno de ellos

primer ejercicio de la comunidad internacional de codificación de esta materia, reguló la figura de los estrechos internacionales sobre la base del *dictum* del CIJ antes aludido y asegurando que el paso inocente de buques extranjeros no puede suspenderse en los estrechos dedicados a la navegación internacional que unan dos partes de alta mar, de acuerdo con su art. 16.4; no obstante lo anterior, en este modelo quedaba excluido el paso de aeronaves por el espacio aéreo suprayacente y la obligación de la navegación de los submarinos en superficie y mostrando pabellón, en atención a lo establecido en el art. 14.6 del mismo cuerpo legal.

Un sistema tan estricto de navegación por los estrechos internacionales propició que en la III Conferencia de Montego Bay de 1982 hubiera un cambio significativo del modelo de reglamentación de los estrechos internacionales, auspiciado por las grandes Potencias (y una fuerte oposición de España) y así, la Parte III de la III Conferencia de Derecho del Mar, está dedicada a los estrechos utilizados para la navegación internacional. En ella, y a estos efectos, se entiende que la única reglamentación es a los efectos de paso y sin ningún tipo de previsión sobre la jurisdicción o la soberanía sobre las aguas que lo forman o sobre el lecho, subsuelo o espacio aéreo de las mismas², como tampoco respecto de las aguas situadas dentro de un estrecho, excepción hecha si del trazado de una línea de base hecha de conformidad con el art. 7 de la III Conferencia (precepto dedicado a las líneas de base recta) se produce el efecto de encerrar como aguas interiores que anteriormente no tuvieran tal consideración, la condición

chocó con una mina sufriendo graves daños. Mientras se remolcaba el buque dañado, un segundo buque sufrió graves daños también por la explosión de una segunda mina. Gran Bretaña, por estos hechos y otros anteriores que ya habían ocurrido con Albania con ocasión de la navegación por el estrecho, protestó ante ésta, haciendo constar que el paso inocente por los estrechos internacionales era un derecho reconocido históricamente por el derecho internacional, en tanto que la postura albanesa mantenía que los buques extranjeros, tanto de guerra como mercantes, no podían atravesar esas aguas territoriales albanesas sin autorización previa. Tras las explosiones, el Gobierno británico comunicó a Albania su intención de limpiar la zona de minas, respondiendo el gobierno de Tirana que esta acción sólo podría realizarse en las zonas del estrecho que no pudieran ser consideradas como aguas territoriales albanesas. La CU entendió que un campo de minas había sido tendido después de que se practicaran las acciones de desminado realizadas por la armada británica y que dicho minado se había realizado bien por las autoridades albanesas o bien por unos buques yugoslavos con la autorización de Albania. Pero, lo que es más interesante a nuestros efectos, es que la Corte entendió que la pretensión albanesa de someter a los buques extranjeros a autorización previa para ejercer su derecho de paso por el estrecho, era incompatible con el principio general admitido de que los Estados tienen derecho a que sus buques de guerra puedan ejercer el derecho de paso por los estrechos internacionales que comunican dos espacios de alta mar, siempre que el paso sea inocente (Cfr. Recueil, 1949).

²Cfr. art. 34 de la III Conferencia.

de Zona Económica Exclusiva (ZEE)³ o de alta mar⁴ de las aguas situadas más allá del mar territorial de los Estados ribereños de un estrecho o el régimen jurídico de los estrechos en los cuales esté regulado total o parcialmente por convenciones internacionales de larga data y aún vigentes que se refieren específicamente a tales estrechos⁵.

El modelo de regulación establecido en la III Conferencia se basa, en consecuencia, en dos supuestos:

- a) La regla general del régimen del paso en tránsito para todos los estrechos que no se encuentren en ninguno de los dos supuestos que se enumeran en los dos apartados siguientes⁶. Se entiende a estos efectos como paso en tránsito la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente a los fines de paso rápido e ininterrumpido, lo que supone para los buques y aeronaves que lo ejerciten, en atención al art. 39 de ya citado texto legal⁷.
- b) El régimen de paso inocente en los estrechos que unen rutas de alta mar o ZEE con el mar territorial de un Estado extranjero y en los

³Regulada en el art. 55 de la III Conferencia, “es el área situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta Parte, de acuerdo con el cual, los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes esta Convención”.

⁴En el art. 1 de la III Conferencia se define el alta mar como todas aquellas partes del mar que no forman parte del mar territorial o de las aguas interiores de un Estado.

⁵Cfr. art. 35 de la III Conferencia.

⁶Cfr. art. 37 de la III Conferencia.

⁷El avanzar sin demora por o sobre el estrecho; b) La abstención de toda amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de los Estados ribereños del estrecho o que en cualquier otra forma viole los principios de derecho internacional general incorporados a la Carta de las Naciones Unidas; c) La abstención de toda actividad que no esté relacionada con sus modalidades normales de tránsito rápido e ininterrumpido, salvo fuerza mayor o dificultad grave; d) El deber de cumplir los reglamentos, procedimientos y prácticas de seguridad en el mar generalmente aceptados, incluido el Reglamento internacional para prevenir abordajes, e) Y los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptados para la prevención, reducción y control de la contaminación causada por los buques, f) Tanto los buques extranjeros como los de investigación no podrán realizar ninguna actividad de investigación sin la autorización previa de los Estados ribereños del estrecho, g) Asimismo, los Estados ribereños podrán designar vías marítimas y establecer dispositivos de separación del tráfico para la navegación por los estrechos, cuando sea necesario para la seguridad de las naves, ajustándose estas vías a las reglamentaciones internacionales sobre la materia y antes de establecerlas, los Estados ribereños las someterán a las organizaciones internacionales competentes, para su aprobación, h) De forma particular para las aeronaves, éstas deberán observar el Reglamento del Aire establecido por la OACI aplicable a las aeronaves civiles y, las aeronaves de Estado cumplirán normalmente todas las medidas de seguridad y en todo momento operarán teniendo debidamente en cuenta la seguridad de la navegación, así como, en ambos tipos de aeronaves, mantendrán sincronizada la radiofrecuencia internacionalmente asignada por la autoridad competente de control de tráfico aéreo o la correspondiente radiofrecuencia de socorro internacional.

formados por una isla del Estado ribereño y el continente si existiera una ruta de navegación alternativa por el lado del alta mar o la ZEE⁸. El paso inocente, debe ser rápido, ininterrumpido y que no afecte a la paz y seguridad del Estado ribereño y, en consecuencia, el mismo que rige para el paso por el mar territorial si bien, sin posibilidad de suspensión⁹.

- c) El régimen específico reconocido a algunos estrechos internacionales, entre los que podemos señalar los Estrechos de los Dardanelos y el Bósforo, regulados por la Convención de Montreux, de 20 de julio de 1936, los Estrechos Daneses, regulados por el Tratado de 14 de mayo de 1857 o el caso del Estrecho de Magallanes, regulado por el Tratado firmado entre Chile y Argentina el 23 de julio de 1881.

Como es fácilmente adivinable, son los estrechos internacionales en régimen de paso en tránsito los que más intereses (y problemas) presentan a la comunidad internacional y más específicamente a las superpotencias con grandes armadas y a los Estados con este tipo de estrechos, aunque por razones distintas. Si nos fijamos en un caso histórico, España, desde el momento en que comenzó a negociarse la III Conferencia y ante el cambio de criterio sobre el régimen de navegación que iba a ser aplicable al Estrecho de Gibraltar, mostró su oposición a esta nueva calificación, que nos hizo acreedor de liderar el grupo de “objetores persistentes” en palabras de Pastor Ridruejo¹⁰, de todos los Estados que se encontraban en situación parecida a la española y que hacía persistente su protesta a los efectos de que no les fuera oponible, vía costumbre, el nuevo modelo de derecho de paso¹¹.

⁸Cfr. arts. 37 y 38.1 de la III Conferencia.

⁹*Ibidem*, art. 45.

¹⁰Pastor Ridruejo, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 14ª edición. Tecnos. Madrid. 2010, 368.

¹¹Y esta gallarda postura se mantuvo hasta el 15 de abril de 1986, cuando Estados Unidos inició la operación “Dorado Canyon” contra Libia, como respuesta a un atentado perpetrado contra un local berlinés frecuentado por tropas norteamericanas. Como el ataque a Libia parecía inminente, Francia, España, Alemania e Italia no autorizaron el uso de su territorio para llevar adelante esa acción militar, no así Gran Bretaña, desde donde despegaron aviones tanto británicos como norteamericanos (a los que habría que sumar los norteamericanos adscritos a la VI Flota) que participaron en la operación. Pero precisamente la distancia entre esas bases y los objetivos previstos, así como la negativa de los Estados continentales a cruzar por su territorio a las aeronaves, no dejaban otra ruta posible sino a través del Estrecho de Gibraltar, por donde efectivamente cruzaron las aeronaves, aunque se dudó entonces que los aviones no lo hubieran hecho por el espacio aéreo español, sabiendo que en Zaragoza había (y hay) aviones cisterna norteamericanos y la imprescindible operación de suministro de combustible en vuelo se simplificaba notablemente utilizando esta ruta. Al día siguiente, el Presidente del Gobierno español matizaba que el sector aéreo español no había sido utilizado, ya que el paso por un estrecho como el de Gibraltar, que son aguas territoriales españolas, marroquíes, etc., es un paso que no vulnera el espacio

En similar situación debe ser considerado el Estrecho de Ormuz, que une el Golfo de Omán con el Golfo Pérsico y está formado por territorios de dos Estados distintos, al Norte Irán y al Sur el enclave omaní de Musandam. Y digan los que digan las autoridades iraníes, realizar maniobras en el estrecho puede ser incluso un ilícito, teniendo en cuenta la intensidad de tráfico que existe en el mismo (con las consiguientes complicaciones y riesgos que para la navegación conllevan unas maniobras militares en sus proximidades) y no digamos si el propósito final es cerrar o incluso la mera amenaza de su cierre, en el actual desarrollo del derecho internacional, sería claramente condenable.

III. LA PREOCUPACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES ANTE LAS PRETENSIONES IRANÍES DE ENRIQUECIMIENTO DE URANIO

El Consejo de Seguridad (CdeS) ha venido mostrando su preocupación, desde antiguo¹², sobre la cuestión del enriquecimiento de uranio por parte de Irán y el juego del gato y el ratón que este ha venido sosteniendo con la comunidad internacional.

Pero su resolución 1929 (2010), de 9 de junio, supuso un punto de inflexión en esta cuestión, al constatarse el incumplimiento de los requisitos impuestos por la Agencia Internacional de la Energía Nuclear (AIEA), que pasan fundamentalmente porque las investigaciones nucleares iraníes tengan uso civil (las cuales son incompatibles con las desarrolladas, al parecer, entre otros, en el centro de Qom), el requerimiento para la suspensión de todas las actividades de enriquecimiento de uranio, entre otras.

Especialmente significativo es el Anexo IV de la res. 1929 (2010), en el que se recogía la propuesta conjunta formulada por la República Islámica del Irán, Alemania, China, EE.UU., Federación Rusa, Francia y Reino Unido, al que se suma el Alto Representante de la UE, que manifiestan su disposición a:

- a) Reconocer el derecho de Irán de desarrollar investigación, producción y utilización de la energía nuclear con fines pacíficos, de conformidad con el Tratado TNP.

aéreo español, afirmaciones que se encuadraban lógicamente para eludir cualquier tipo de responsabilidad o complicidad en los ataques realizados en Libia, pero que suponían un drástico cambio de posición en lo relativo a la posición que veníamos manteniendo respecto del Estrecho de Gibraltar y por la que, *de facto*, vinimos a reconocer el derecho de paso en tránsito por dicho estrecho. La política exterior española mantenida hasta entonces, sobre los estrechos internacionales, se abandonaba sin pestañear.

¹²Entre otras, las resoluciones 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008).

- b) Dar al programa nuclear de Irán el mismo tratamiento al de cualquier Estado no poseedor de armas nucleares que sean parte en el TNP¹³, una vez se restaure la confianza de la comunidad internacional en el carácter exclusivamente pacífico de dicho programa.

Por otra parte, la Unión Europea se ha venido mostrando muy activa sobre este particular, al menos, entre fuego y fuego prendido en muchos países miembros con la deuda soberana y sus famosos intereses diferenciales. Lo que es innegable es que acudiendo al art. 21.2.c) del Tratado de la Unión Europea, al definir los fines de esta, en materia de cooperación en el ámbito de las relaciones internacionales, establece como uno de ellos el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacionales, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, entre otros, por lo que la UE, en esta ocasión, tenía ciertamente poco margen de maniobra para implementar las disposiciones establecidas por el CdeS contra Irán, aunque hubiera que seguir el procedimiento establecido en el art. 215 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁴.

Y así se pasó, de las meras declaraciones programáticas, como la que se transcribe, a las realmente ejecutivas. Tomando una del 7 de enero de 2006, la UE declaraba¹⁵:

“La UE recuerda que esta y otras partes del programa nuclear de Irán han sido congeladas bajo supervisión de la AIEA, tras las revelaciones de las actividades nucleares clandestinas de Irán a lo largo de más de diez años. La UE insta a Irán a no dar ese paso que supondría una violación tanto de la letra como del espíritu de las ocho resoluciones anteriores, en las que se pide a Irán, entre otras cosas, que suspenda todas las actividades relativas al enriquecimiento”.

¹³Como es sabido el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, abierto a la firma el 1 de julio de 1968, supone la prohibición de la posesión de las armas nucleares, así como las actividades conexas, excepto a los países integrantes del club atómico, es decir, aquellos que ya habían realizado ensayos nucleares con anterioridad de 1967, países que coinciden con los miembros permanentes del CdeS.

¹⁴Art. 215 TFUE: 1. Cuando una decisión adoptada de conformidad con el capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea prevea la interrupción o la reducción total o parcial de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará por mayoría cualificada, a propuesta conjunta del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y de la Comisión, las medidas necesarias. Informará de ello al Parlamento Europeo. 2. Cuando una decisión adoptada de conformidad con el capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión así lo prevea, el Consejo podrá adoptar por el procedimiento establecido en el apartado 1 medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. 3. Los actos contemplados en el presente artículo incluirán las disposiciones necesarias en materia de garantías jurídicas.

¹⁵Declaración de la Presidencia, en nombre de la UE, sobre las intenciones de Irán de reanudar sus actividades nucleares suspendidas (5113/06), de 7 de enero de 2006.

De la declaración, a las resoluciones vinculantes para todos los Estados miembros, sólo había un paso¹⁶.

Pero seamos serios. La UE es mucho menos unión de lo que parece y detrás hay Estados con intereses muy diversos e igualdad aparente, donde el liderazgo alemán saca una cabeza al siguiente Estado miembro (si no se cree, explíquenme cómo tiemblan millones de europeos con solo pronunciar el apellido Merkel y su tozudez ante el término “déficits públicos”), pero en el tema de Irán, han sido los británicos y los franceses, los que han conseguido que la UE esté a la derecha de los Estados Unidos a la hora de la aplicación de las sanciones internacionales contra Irán.

IV. Y QUE ISRAEL SIGA TRANQUILO

Es sabido que los gobiernos de Obama y Netanyahu no tienen química entre ellos y así ha sido desde el acceso a sus respectivos cargos desde el primer día. Si la postura de Bush (hijo) fue en su momento de tolerancia cero con los iraníes en concesiones a su programa nuclear, Obama ha sido mucho más condescendiente en esta materia. De hecho, se dice que ofreció, a las autoridades iraníes, cierta cantidad de uranio poco enriquecido que sirviera de combustible para la central de investigación

¹⁶Entre otras muchas, la Posición Común 2007/140/PESC, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Irán, en aplicación de la resolución del CdeS 1737 (2006); Posición Común 2007/246/PESC que aplica la res 1747 (2007); Posición Común 2008/652/PESC que aplica la res 1803 (2008); Posición Común 2010/413/PESC16 que aplica la res 1929 (2010); Reglamento 961/2010, que se adopta en cumplimiento de la resolución del CdeS 1929 (2010), el cual incluye las medidas de embargo de los activos de determinadas personas y bienes en el extranjero, debiendo en consecuencia modificar dicho Reglamento, al invadir las medidas restrictivas dentro del ámbito del TFUE, siendo necesaria una acción reguladora a nivel de la Unión para su ejecución, especialmente con vistas a garantizar su aplicación uniforme por los operadores económicos en todos los Estados miembros (Considerando 4), derogado por Reglamento 267/201216; Reglamento (UE) N° 56/2012, de 23 de enero de 2012, por el que se modifica el Reglamento (UE) N° 961/2010, relativo a las medidas restrictivas contra Irán (DO N° L19, de 24 de enero de 2012) y en aplicación de la Decisión 2012/35/PESC del Consejo de 23 de enero de 2012, por la que se modifica la Decisión 2010/413/PESC, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Irán y su Reglamento de Ejecución (UE) 54/2012 del Consejo, de 23 de enero de 2012, por el que se aplica el Reglamento 961/2010, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra Irán (DO N° L19, de 24 de enero de 2012) o la Decisión 2012/35/PESC del Consejo, de 23 de enero de 2012, por la que se modifica la Decisión 2010/413/PESC, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Irán, publicada en DO N° L19, de 24 de enero de 2012 y en la que se viene a embargar la venta de tecnología de doble uso, productos petrolíferos y sus derivados a partir del 1 de julio e incluso el corretaje de materiales preciosos, entre otras muchas actividades comerciales, aunque es el crudo el que evidentemente mayor impacto económico va a tener o el Reglamento de ejecución UE/945/2012 del Consejo, de 15 de octubre de 2012, por el que se aplica el Reglamento (UE) N° 267/2012, relativo a las medidas restrictivas contra Irán, publicado en DO N° L282, de 16 de octubre de 2012.

de Teherán, oferta que no fue aceptada por la contraparte, por la falta de acuerdo entre las diversas facciones iraníes. Ni Netanyahu, ni cualquier otro gobernante que pueda venir detrás de él consentirá la capacidad nuclear iraní, como tampoco en el pasado consintieron la central nuclear iraquí de Osirak, bombardeada por la aviación israelí en 1981, hecho condenado enérgicamente y sin ninguna repercusión posterior, por el propio CdeS en su resolución 487 (1981), de 19 de junio. Y parece que sea lógica la postura israelí, por el temor a que dichas armas acabaran siendo utilizadas contra él, o bien fueran transferidas a movimientos como Hezbolá o algún otro grupo terrorista y, aun no utilizándolas, supondría la pérdida de su hegemonía en la zona, algo impensable.

De hecho, la capacidad balística de Irán supone ya un riesgo para la propia seguridad de Israel (incluso en el caso de que fueran cargados con armamento convencional), a pesar del despliegue de su sistema de misiles conocido como "Iron Dome", el cual ha sido ampliamente utilizado en los incidentes del otoño de este año, cuando más de 1.500 cohetes de todo tipo han sido lanzados contra él desde Gaza y Siria, tantos como, de acuerdo con la extensión geográfica, si hubieran caído 56.700 misiles en Chile o 40.500 en España.

V. Y EL PETRÓLEO COMO TELÓN DE FONDO

Como es sabido, las bolsas donde se negocia la compra del petróleo mundial son la NYMEX en Nueva York y el IPE de Londres, pero ambos controlados por empresas norteamericanas y siendo la moneda de referencia el dólar norteamericano. Y aquí nos encontramos con una buena razón para que Gran Bretaña, en su momento, además de no cumplir los criterios de convergencia para la entrada en el Euro, tampoco pudiera hacerlo, ya que necesariamente el IPE hubiera debido trabajar en euros desde el año 2002, cosa inaceptable.

El Iranian Oil Bourse, o bolsa de petróleo iraní, es una bolsa de compraventa de crudo creada en el 2003 y ubicada en la isla de Kish, que todavía no se ha puesto en marcha, formalmente por problemas técnicos, pero que tiene previsto la comercialización del crudo en euros, lo que supondría el fin del monopolio del dólar en las transacciones de este producto en el mundo.

Indudablemente para los países cuya moneda es el euro o sus monedas están alineadas con esta divisa, sería una ventaja al poder abonar sus facturas de petróleo en esta moneda sin tener que aprovisionarse de dólares, lo cual, seguramente sería seguido por economías como la china o la japonesa sobrecargadas de reservas en dólares o la propia Federación Rusa, quien podría bascular más fácilmente parte de su comercio exterior hacia la propia UE; quien sabe si a otros países productores de petróleo

también les beneficiaría la diversificación de monedas frente al monopolio actual del dólar estadounidense.

Siendo justos, esto no se les ha ocurrido a las autoridades iraníes, sino que fue Saddam Hussein quien por primera vez planteó, en el año 2000, la venta del crudo iraquí en euros y lo pagó, siendo ahorcado por esta y otras razones, como la supuesta existencia de armas químicas; y el segundo que lo intentó, el coronel Gadaffi, además de linchado en público, empalado al más puro estilo medieval.

Curiosamente, en el caso iraquí, la primera medida adoptada por la ONU en esa materia, al poner en marcha el programa “Petróleo por alimentos” se volvió al modelo del dólar, de forma inmediata... Nos apartaríamos del objeto de esta colaboración citar, por brevemente que lo hiciéramos, los abusos que se cometieron en nombre de dicho programa, al someter a la población iraquí a un régimen de adelgazamiento forzado de poco más de dos mil calorías día... mientras otros se enriquecieron hasta unos extremos insospechados. Kojo, hijo de Kofi Annan, dejó de ir andando, para utilizar habitualmente un Ferrari¹⁷.

De esta suerte, el crudo iraní que ha fluido por los mercados internacionales libremente, al menos hasta julio de 2012, a pesar de que se negociara en el NYMEX o el IPE, acepta pagos en euros y en alguna otra moneda desde el 2008, pero no en su propia bolsa, algo que ya hubiera sido la primera grieta en el monopolio del dólar, con las innegables repercusiones que a largo plazo pudiera tener esta decisión en el comercio mundial, algo inaceptable que requiere de un embargo de ese crudo.

Pensemos, por otra parte y en términos muy sencillos, que desde que el dólar abandonó la paridad con el oro, internacionalmente se acepta que los tenedores de dólares asuman como propia la inflación de la divisa norteamericana. Y pensemos, por último, que Irán es el segundo productor de crudo de la OPEP y se estima que detenta el 10% de las reservas mundiales... aunque también es el segundo consumidor mundial de gasolina, tras los Estados Unidos, producto del que es claramente un importador neto, dada su nula capacidad de refino por la falta de capacidad y mantenimiento de sus refinerías, pero la retirada parcial del crudo iraní del mercado internacional, producirá tensiones al alza de los precios.

VI. EL SUPUESTO DERECHO IRANÍ AL DESARROLLO DE ARMAS NUCLEARES

Que Estados Unidos ha vivido con la obsesión de la no proliferación de las armas nucleares, es un hecho y que el TNP, en sentido estricto, es de

¹⁷Sobre este particular, entre otra mucha literatura, puede consultarse la obra de Eric Frattini, ONU, *historia e corrupción*. Atanor Ediciones. Madrid. 2011, 283 ss.

injusticia notoria desde el momento en que consagra el club nuclear *de iure*, al grupo de Estados que son miembros del CdeS y que este *statu quo* tiene visos de prorrogarse *ad eternum*, de acuerdo con la prórroga acordada conforme con su art. X¹⁸ y que las previsiones de dicho tratado han llevado a que Corea del Norte lo haya denunciado, que Israel no lo haya firmado o que otros muchos, siendo signatarios y bajo argucias, lo incumplan, como ocurre con Pakistán y la India. Pero Irán es miembro de pleno derecho y una vez que el CdeS ha instado el capítulo VII de la Carta en el asunto del enriquecimiento de uranio iraní, este excede hoy al propio TNP o a la AIEA, aunque haya sido nombrado por el CdeS la Agencia para velar por el cumplimiento de sus resoluciones. De esta suerte y siguiendo su último informe¹⁹ se concluye, entre otras muchas, que Irán sigue enriqueciendo uranio, continúa realizando actividades de reprocesamiento y con agua pesada y sin permitir el acceso a algunas instalaciones, todo ello ya prohibido por el CdeS, e incluso está realizando actividades para el desarrollo de una carga nuclear para un misil²⁰. Si creemos en la independencia de este organismo internacional (y no se nos engañan como en el caso de las armas químicas iraquíes de la década pasada) tenemos un serio problema de poder en la civilización occidental, porque, no es creíble que el actual gobierno iraní se conformara con arrojar a los israelíes al mar, tal y como proclama a los cuatro vientos Ahmadineyad, quien ganó las elecciones del 2009, con la bandera de llevar los beneficios del petróleo a la mesa de los pobres y ha conseguido en poco tiempo destrozar la flaca economía de su país tras un cúmulo de despropósitos económicos a los que hay que añadir los efectos de las sanciones acordadas por el CdeS. Buscar un enemigo en el exterior es la argucia clásica de gobiernos como el actual de Irán.

VII. CONCLUSIONES

1. De la práctica, podemos sacar una primera conclusión provisional que marca cualquier otra y es que los iraníes, como los orientales en general, son maestros en manejar los tiempos. Hassan Rowhani, quien dirigió las negociaciones por parte iraní entre 2003 y 2005 (una vez descubiertas las actividades nucleares, ocultas hasta entonces), dijo al irse que Isfahan, la planta de enriquecimiento de uranio, no existía al inicio de las negociaciones, y ya había puesto en marcha las primeras

¹⁸Cfr. BOE N° 292, de 7 de diciembre de 1995.

¹⁹Cfr. Aplicación del Acuerdo de salvaguardias en relación con el TNP y de las disposiciones pertinentes de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con relación a la República Islámica del Irán, en www.iaea.org/Publication/Documents/Doard/2012/Spanish/gov2012-55_sp.pdf. página visitada el 26 de diciembre de 2012.

²⁰*Ibidem*, punto 39.

centrifugadoras; su sucesor Alí Lariyani, mientras prometía la congelación del programa nuclear, seguía poniendo en funcionamiento más centrifugadoras. Y ahora, ni la AIEA sabe cuántas hay. Por ello, sólo reaccionarán cuando sean sometidos a una fuerte, real y persistente presión o, si se prefiere, en román paladino, que los Estados Unidos muestren su disposición firme de iniciar una campaña militar en toda regla, al menos, mientras tengan capacidad para ello, ante los recortes presupuestarios que se les vienen encima, si se cruza la línea roja del enriquecimiento de uranio o de cualquier otra actividad nuclear que considere contraria a su seguridad (que coincidirá o no con las recomendaciones de los organismos internacionales de la energía nuclear) y la legalidad internacional. Iniciado el repliegue de Afganistán, puede ser un momento propio para ello, al quedar liberados muchos recursos militares. Pero Ahmadiyad, no está solo. Tenemos a Venezuela, de quien depende para que le refine su petróleo, dada su escasa capacidad de refino por la falta de mantenimiento de sus instalaciones y por afinidades no tanto ideológicas, sino de enemigos comunes, que para los chavistas somos prácticamente todos, pero también cuenta con el apoyo, más o menos velado, de Rusia, China e India, aunque por distintos motivos, lo suficientemente importantes como pensárselo antes de mover una ficha.

2. Pero ¿quién tiene capacidad para frenar a Israel? En noviembre activaban, sin ningún rubor, 70.000 reservistas para hacer frente a la crisis iniciada por Siria y ante el riesgo que conlleva para su seguridad. Reconozcamos que son la primera línea de defensa de la civilización occidental y aunque ellos no piensan en el resto, sí tienen claro que tienen que luchar por su supervivencia y que para ello cuenta con un gran Aliado (*Gén.* 17.8).
3. La falta de liderazgo de la UE en cuestiones de calado internacional, ya que la UE se asemeja a un gigante con los pies de barro. Nos enrocamos en nuestra “geometría variable” diseñada por Leo Tindermans allá por el 76 y lógicamente Estados Unidos nos ve como una rémora, compuesta por más de 400 millones de cuerpos (ya que almas, según nosotros mismos decimos, son bastante menos) que no están dispuestos al menor sacrificio ni económico ni de cualquier otra naturaleza para la defensa de nuestra civilización. Y mientras que algunos de los Estados miembros, como británicos y franceses, siguen alabando y engrasando sus ejércitos con los recursos necesarios, otros, como el caso español, tras numerosos gobiernos empeñados en destruirlos, hemos llegado a la paranoia de que el 75% del presupuesto de defensa está dedicado a nóminas... y los restantes, tampoco están mucho mejor.
4. Consentir el desarrollo de la capacidad nuclear de un país como Irán, sería algo fatal para la seguridad de la comunidad internacional, es un hecho; pero siempre asegurándose de que dicho riesgo es real y

no cubre otros fines espurios de algún Estado hegemónico o de un grupo de presión internacional, como ya nos ha ocurrido en el reciente pasado. Que de forma imparcial, sean analizados los riesgos y se encuentren las soluciones conforme al derecho y sus métodos de solución de controversias y si el derecho no se ajusta a la realidad, cámbiese, pero que todos sus destinatarios sepan exactamente las reglas del juego.

CRÓNICA

REFLEXIONES TOMISTAS

I. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Difícil de entender, pero de gran importancia: Lo característico de la persona, ese ser completo en sí mismo, único, incomunicable e irrepetible, conlleva que toda vida personal toque y transforme a su paso otras vidas, para bien o para mal.

Hace poco escuchaba acerca de los derechos que la legislación chilena reconoce al *nasciturus* ya desde el seno de su madre. Tal afirmación opera a partir del hecho de que todo ser humano es persona. Pues, efectivamente, ¿podría existir un ser humano y no ser persona, como si la vida personal le adviniera en un momento posterior al inicio de la vida, al modo como les salen los dientes a los niños? Si así fuera, ¿qué sería antes?

Persona es ese ser que puede conocer su fin y dirigirse libre y conscientemente a él. Su capacidad de elección y, por tanto, de ser dueña de su vida procede de su espiritualidad, de su racionalidad. Racional no sólo en cuanto capaz de conocer y expresar la realidad en lo que es y de discernir el bien y el mal, sino también de dirigirse a sí misma pudiendo orientar su vida hacia lo que le perfecciona: tender lazos interpersonales en una comunicación en el amor.

Santo Tomás dice que “persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza, o sea, el ser subsistente en la naturaleza racional” (*Suma Teológica*, Ia, q. 29, a. 3, in c), por lo que posee “gran dignidad” (ad. 2) que pide ser reconocida y valorada. Lo mismo se aplica al *nasciturus*, o al niño con retraso, o al criminal de guerra, o al presidente de una gran empresa. Y esta dignidad proviene, no de las Naciones Unidas o de la Carta de los Derechos Humanos, sino en última instancia de Dios, al crearnos a su imagen y semejanza.

Efectivamente, la vida del ser humano es tan especial que convierte cada hombre en un ser único, completo en sí mismo, irrepetible y con una vida interior propia, incomunicable, es decir, personal. Lo ‘personal’ implica una vida absolutamente única, irrepetible e irreducible a otra –aunque tengamos en común con los demás el pertenecer al mismo género, el humano. La persona tiene identidad, es ella misma con su pasado, presente y proyección futura, de lo cual puede ser consciente. Cada persona hace historia, su propia historia y sobre cada una podría escribirse una biografía exclusiva. A la vez descubrimos que la riqueza de cada persona es tal que está llamada a trascenderse, a tender puentes y a comunicarse con otras personas, desde su propia intimidad. Por eso no construye la historia aisladamente, sino entrelazada con otras vidas personales, igualmente únicas e irrepetibles con las que traza la historia en una comunicación de su vida personal íntima. El fruto de sus decisiones y de sus actos, lo que haga o deje de hacer, influye en los demás –para bien o para mal. Precisamente en su mes, agosto, podemos

considerar cómo el P. Hurtado tocó para bien muchas vidas en Chile. Sin duda. Y a su vez también él fue tocado por otras: su madre, sus tíos, sus educadores y directores espirituales, los desheredados. Optó libremente por lo mejor, aunque no fuera siempre lo más fácil, e hizo mejor la vida de muchas personas. Pero ¿y si no hubiera existido o no hubiera tomado tal opción?

Así es, en cuanto persona, nadie es suplantable: sólo ella puede ‘tocar’ y ‘transformar’ su vida y las que le rodean. En lo grande, en lo pequeño, en lo extraordinario y en lo cotidiano.

II. ¿EL FIN DEL TIEMPO O EL INGRESO DEL ETERNO EN EL TIEMPO?

Si el Eterno –Dios– al hacerse hombre, entra en el tiempo, entonces no sólo eleva y dignifica la naturaleza humana, sino que otorga plenitud y sentido al temido “día y hora final”.

Las figuras de los pesebres que adornan estos días casas y calles expresan un acontecimiento histórico de trascendencia real: Dios se hizo uno de nosotros y tomó carne humana de María Virgen. Nace en el tiempo el que, desde siempre, mora con Dios Padre y Dios Espíritu Santo en la eternidad. Y al hacerse temporal el que es eterno, nos abre la eternidad.

Santo Tomás de Aquino dice al respecto que “en Cristo hay dos naturalezas: una, la que recibió del Padre desde la eternidad, y otra, la que recibió de la madre en el tiempo. Y por eso es necesario atribuir a Cristo dos nacimientos: uno, por el que nace eternamente del Padre; otro, por el que nació temporalmente de la madre” (*Suma Teológica*, IIIa, q. 35, a. 2, in c.).

De forma misteriosa, el Verbo eterno de Dios nace en un momento del tiempo que es, según las profecías, “la plenitud de la historia”. Verdadero Hijo de Dios que le ha engendrado desde toda la eternidad y verdadero hijo de María, pues en ella se encarnó y de ella nació. “Cristo se llama realmente hijo de la Virgen madre en virtud de la relación real de la maternidad respecto de Cristo” (*Ibíd.*, a. 5). Tremenda dignidad la de María, a la que podemos llamar verdaderamente Madre de Dios. Y sin embargo, se presenta con la sencillez de una madre que acuna a su hijo, le da calor, le mira, lo besa. Y a Dios, por otro lado, lo vemos en los brazos de una mujer... admirable humildad.

Esta madre, al igual que el momento o el lugar, fueron fruto de la elección de Dios, pues Él es Señor de tiempo y espacio. “La diferencia entre Cristo y los otros hombres está en esto: Los otros hombres nacen sujetos a la necesidad del tiempo; Cristo, en cambio, como Señor y Creador de todos los tiempos, escogió el tiempo en que había de nacer, lo mismo que eligió la madre y el lugar. Y porque cuanto procede de Dios está perfectamente ordenado y convenientemente dispuesto, síguese que Cristo nació en el tiempo más oportuno”. (*Ibíd.*, a. 8).

Acontecimiento colosal: Dios eterno entra en el tiempo y a nosotros, sujetos al tiempo, nos abre la puerta de la eternidad. La llave está oculta en la sencillez de un Niño Dios recostado en un pesebre y de una Madre Virgen que lo acoge y se le entrega. Esto da sentido al tiempo y proporciona otra visión sobre su término.

Efectivamente, se ha levantado una gran expectación sobre ciertas profecías del día y la hora del fin del mundo, que presentan cercano. Se barajan fechas y nombres, se apela a catástrofes naturales. Sin embargo, ¿se puede saber esto por medios naturales? Pero, es más, ¿no será más relevante conocer la “plenitud de los tiempos” que su día final?

La cuestión del día del fin del mundo corresponde a un futuro contingente, es decir, a hechos sujetos a una diversidad tal de elementos y con unos efectos tan imprevisibles, que escapan al conocimiento humano. Y como sólo podemos predecir del futuro los efectos de aquello que conocemos a cabalidad, el día y la hora del fin del mundo, sólo pueden saberse, dice Santo Tomás, por una gracia de Dios –la profecía (Cfr. *Suma Teológica*, II-IIa, q. 171-173). De ahí la enigmática respuesta de Jesús de que nadie, “sino sólo el Padre” (Mt. 24, 36) conoce el día y la hora. Vano parece, entonces, especular sobre ello.

Y al reflexionar sobre el tiempo y su sentido volvemos a nuestro punto inicial. Resulta que si el mundo tuvo un inicio temporal, entonces podrá existir un suceso único que le marque un antes y un después: que el Eterno –Dios–, al hacerse hombre, entra en el tiempo del mundo. Hay, sí, un antes y un después de Cristo. Por eso dice San Pablo que “en la plenitud de los tiempos envió Dios a su Hijo nacido de mujer” (Gal 4, 4).

Esto es la Navidad, manifestación del misterio de amor y a la vez plenitud de los tiempos.

III. ESO QUE MUEVE MONTAÑAS Y AMPLÍA NUESTRO CONOCIMIENTO: LA FE

“La fe crece cuando se vive como experiencia de un amor que se recibe y se comunica como experiencia de gracia y de gozo. Nos hace fecundos porque ensancha el corazón en la esperanza y permite dar un testimonio”.

Si nos preguntamos acerca de la fuente de nuestros conocimientos, hay ciertas cosas que descubrimos de primera mano, directamente con nuestras capacidades. Es el caso de las experiencias cotidianas, personales y comunitarias. Pero junto a este conocimiento directo, hay otros que nos llegan indirectamente, por medio de alguien que nos los transmitió y por cuya autoridad los tomamos como verdaderos. Probablemente sean muchas más las cosas conocidas de esta manera: parte de lo que sabemos de nuestra vida y familia –nuestro árbol genealógico–, de nuestros estudios y profesión –tantas teorías explicativas–, conocimientos científicos de los que nos fiamos casi sin entender –¿cuántos sabrían explicar por qué la luz se prende al apretar el interruptor o por qué el paracetamol alivia el dolor? La confianza parece, pues, inherente a nuestra vida y a nuestro modo de conocer. Y no por eso las certezas así adquiridas tienen menos valor, pues, aunque uno no pueda abarcarlo absolutamente todo, sí puede, si se fía de otros, ampliar su mirada. Y no sólo referido al saber, pues el confiarse a otra persona, sobre todo si se le ama por sus conocimientos y honestidad, está lleno de significado antropológico. ¿Podríamos vivir sin amar y sin ser amados, sin fiarnos?

Ese confiar en otro, creer en él y en lo que nos dice, no es otra cosa que la fe, que, vivida en el plano humano, nos permite conocer cosas fuera de nuestro alcance. Pero si éstas responden al anhelo de absoluto que anida en nuestro interior y se abren a un ámbito que nos trasciende, entonces la fe adquiere una dimensión sobrenatural. En efecto, cuando se experimenta el amor incondicional e infinito de Dios, que toma la iniciativa de acercarse al hombre y mostrársele, dando así respuesta divina a la búsqueda humana, la mejor respuesta que el hombre pueda dar –aunque no la única, y por eso requiere la libre aceptación personal– es abandonarse en Quien es suma verdad y digno de plena confianza y ganar así la certeza sobre la propia vida y la de Dios (Cfr. *Porta fidei*, 7).

Esta fe, que cree en Dios y cree a Dios, se vive entonces como plenitud personal. En primer lugar porque amplía nuestro conocimiento con todo lo que Dios mismo nos revela –contenido objetivo de la fe– y perfecciona nuestra capacidad de amar –a sí mismo y a los demás– a la manera divina. Pero sobre todo porque nos hace depositarios de una inmensa riqueza de trascendencia eterna recibida por pura gracia. De ahí que Santo Tomás se refiera a la fe como “acto del entendimiento que asiente a la verdad divina bajo el imperio de la voluntad movida por la gracia de Dios” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 2, a. 9, in c). Es uno el que, en un acto personal, cree en lo que Dios revela de Sí mismo dándonos su Palabra, su Hijo, y le entrega su vida emprendiendo un camino que perdura para siempre. Pero no es algo solitario, pues esta puerta de la fe que nos introduce en la vida de comunión con Dios ha adquirido una forma concreta, la de quienes recibieron la revelación plena de Dios y la custodiaron hasta hoy: la Iglesia de Cristo. Uno cree en singular, pero junto a la comunidad de fe.

En contra de lo que se pueda pensar, esta fe no es algo meramente teórico, sino que afecta la vida entera. Por eso desde los inicios de la Iglesia, y cada vez que uno dice “creo” en primera persona, la fe ha ido modelando, en un constante proceso de conversión, los pensamientos, afectos y comportamientos de los creyentes en la Palabra de vida, Cristo. Muchos son los testigos de esa transformación, que, hoy y siempre, sigue actuando en medio de limitaciones y miserias humanas.

A esta renovación invita el Papa Benedicto XVI al inicio del Año de la Fe –octubre 2012 a noviembre 2013–, a “redescubrir el camino de la fe para iluminar de manera cada vez más clara la alegría y el entusiasmo renovado del encuentro con Cristo” (*Porta Fidei*, 2) que da plenitud a la aventura de toda vida humana.

IV. RAZÓN Y FE, ¿ARMONÍA O ENFRENTAMIENTO?

La fe ilumina lo que queda más allá de la razón al igual que sólo captamos la luz de las estrellas en la oscuridad de la noche y no a la luz del sol.

Cuentan que Alexis Leonov, el primer cosmonauta soviético que hace años salió de la cápsula orbital, dijo comentando su experiencia: “Me he paseado entre las estrellas y allí no me he encontrado a Dios”. ¿Daba a entender con esto que Dios no existía? Esta cuestión nos abre la puerta a la relación entre fe y razón, entre conocimiento de fe y científico.

Recordemos, en primer lugar, que todo lo que conocemos es porque previamente existe. Y según sea su existencia, nuestro conocimiento se servirá del instrumento cognitivo más apropiado para percibir la realidad en cuestión. Si queremos, por ejemplo, gozar de una sinfonía musical –conocerla– disponemos nuestro sentido del oído y creamos las mejores condiciones para gozar de esa belleza. Pero a nadie se le ocurre abrir mucho los ojos o pensar mucho... no, la música se capta a través del oído. Y así, una persona sorda no podría participar del entusiasmo del que goza otra persona al escuchar la Quinta sinfonía de Beethoven, porque no dispone del cauce para oír. Y no por eso negaría la existencia de tal sinfonía. Igual que no se me ocurre negar la existencia de las ondas magnéticas sólo porque no las percibo, pues para ello necesito instrumentos especiales; ni la de las ideas que elaboro en el transcurso de estas reflexiones, que son inmateriales y se captan únicamente a partir de un proceso racional.

Y así, podemos ver claramente que cada realidad exige un determinado camino para ser conocida. Lo material se capta por los sentidos y por la experimentación empírica, lo inmaterial en cambio, por otros cauces: racionales, afectivos, etc. Por eso, que Alexis Leonov no se encontrara con Dios no quiere decir que Dios no exista, sino simplemente que no es algo sensible y que debemos conocerlo de otra manera.

Pero entonces ¿cómo conocerlo? La filosofía, desde los griegos, nos da una pista: en tanto que Ser y Causa primera, podemos conocerlo igual que conocemos a un artista. Si me paseo por un museo y contemplo un cuadro, si me fijo bien y me pregunto por la causa de esa obra de arte, necesariamente sabré algo de su artífice. Por ejemplo, que se sirvió de las reglas estéticas clásicas, que posee una inteligencia capaz de abstraer una realidad para plasmarla después en un cuadro, y, por lo tanto, que el artista es una persona inteligente y con sentido estético, y así otras cosas. Este primer conocimiento es indirecto: lo deduzco a través de la manifestación que me permite percibir. Ya es un cierto saber. Pero no agota, ni con mucho, al artista. Si después de mi visita al museo, tengo la suerte de encontrar al artista firmando autógrafos y podemos conversar, él mismo me podrá contar muchas cosas de sí mismo, que, si es sincero conmigo, confirmarán lo que ya había deducido y lo completarán.

Apliquémoslo ahora a Dios. También habrá, pues, dos caminos de conocerlo. Uno indirecto a través de la obra del mundo, la naturaleza. La observación y el estudio del universo y su descubrimiento como un cosmos ordenado, con una maravillosa lógica inteligente –propio de la ciencia– nos lleva a investigar su Causa Primera. Y según lo que se descubre, este ser es inteligente, es persona, es eterno (las últimas confirmaciones de la teoría del Big-Bang remiten a una existencia previa a las primeras partículas de que se tiene conocimiento). A este respecto dijo Max Planck, Premio Nobel de Física: “Lo que tenemos que mirar como la mayor maravilla es el hecho de que la conveniente formulación de esta ley produce en todo hombre imparcial la impresión de que la naturaleza está regida por una voluntad inteligente y consciente del fin”. Pues bien, a esta Causa primera, aunque sólo imperfectamente conocida, le llamamos Dios –tal como concluye Tomás de Aquino al final de cada una de sus vías de acceso racional a la existencia de Dios.

Esta vía racional o científica exige, para ser completada, el segundo camino: aquel por el que el autor, al hablar de sí mismo, nos permite un conocimiento más directo. A esta vía responde la fe, por la cual, nos adherimos a lo que Dios ha revelado de Sí mismo a lo largo de la historia y, sobre todo, en su Palabra

hecha carne. La fe no es algo sólo racional, sino una respuesta que engloba toda la persona: inteligencia, afectos, voluntad y que exige, sí, fiarse de Aquel que se me revela. Este conocimiento de fe confirma el primero, el racional, y lo completa, pero, por ser Dios infinito, también lo desborda. Por eso la fe no es algo irracional, sino suprarracional, que supera la razón. Lo que creemos por fe no se opone a la razón, pero su complejidad hace que no lo alcancemos a comprender en su totalidad, sino sólo su razonabilidad. La fe ilumina lo que queda más allá de la razón al igual que sólo captamos la luz de las estrellas en la oscuridad de la noche y no a la luz del sol.

Razón y fe, ciencia y fe, son, pues, dos vías válidas para conocer a Dios. Pues la realidad a conocer es la misma, sólo que por caminos diversos. De ahí que entre ambas deba existir armonía y no enfrentamiento, pues proceden ambas del mismo autor, Dios, que no puede contradecirse a Sí mismo cuando se manifiesta a través de sus obras en la creación o de su revelación.

ESTHER GÓMEZ*

V. LA COTIDIANA SOLIDARIDAD

Pese a lo difícil que es decirlo de corrido sin equivocarse, “solidaridad” es una palabra que hoy está en boca de todos. Sin embargo, como suele ocurrir con estas cosas, su uso frecuente no es sinónimo de precisión y profundización en su significado. Dificultad que se acentúa al considerar que se trata de un concepto (aparentemente) reciente, sobre el cual, por si fuera poco, parece que Santo Tomás y los clásicos no dijeron una sola palabra. ¿Cómo es posible, si se trata de algo tan importante? Por eso, es conveniente profundizar un poco.

Partamos por lo más básico: lo que *no* es la solidaridad. Y en primer lugar, no es sentimentalismo, “un envoltorio vacío que se rellena arbitrariamente”, “presa fácil de las emociones y las opiniones contingentes de los sujetos”, en síntesis, “una palabra de la que se abusa y que se distorsiona, terminando por significar lo contrario” (Benedicto XVI, *Caritas in Veritate*, 3). El Papa está hablando aquí de la Caridad, pero lo mismo vale para nuestro tema.

Muy vinculado a esta deformación, la solidaridad no debe transformarse en una “aspirina para la conciencia”, un sentimiento intenso pero esporádico, una ayuda espasmódica, ineficaz e inoperante que sirve solamente para quedarse tranquilo diciendo “soy solidario, cumplí lo mío, ahora que se ponga el Estado”.

Quizás el error más básico y grave de esta posición vital es confundir solidaridad con beneficencia, olvidando que dar es difícil, no tanto porque cuesta desprenderse de lo propio, sino porque hay que hacerlo bien: porque dar bien es un arte. Basten como ejemplo dos errores típicos al momento de dar: no cuidar los modos, ofendiendo a quien recibe y darle lo que a mí me parece que necesita (o me sobra), y no lo que realmente necesita. El único modo de corregir ambos errores es precisamente lo contrario del sentimentalismo aludido: el verdadero amor al prójimo, ese que sin sentir nada (al menos no necesariamente), se preocu-

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

pa *singularmente* por el *bien real* de la *persona* que tenemos al frente. Primera conclusión, entonces: *la solidaridad sólo se entiende en el orden del amor*, y no en el de los sentimientos. La segunda conclusión se refiere a la inteligencia.

Juan Pablo II definió la solidaridad como la “*determinación firme y constante* de empeñarse por el *bien común*; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos” (*Sollicitudo rei socialis*, n.38). O sea, *la solidaridad es una virtud*. Y si se refiere a los más necesitados, es porque *su fin es el bien común*, o sea, “el bien de todos y cada uno”. Según el mismo Juan Pablo II, y esto me parece extremadamente interesante, la raíz de esta virtud no es *una decisión personal*, sino es la *conciencia de un hecho*. La solidaridad nace espontáneamente de la *conciencia de la interdependencia*, es decir, del darnos cuenta de que dependemos unos de otros y que, por lo tanto, es imposible que yo esté bien si mi prójimo está mal. No se trata de que no “debo” sentirme bien si el otro está mal; se trata simplemente de que, siendo parte de la misma comunidad, *es imposible* que yo esté bien si el otro está mal. Aunque yo no me dé cuenta. Es como en un organismo vivo: el corazón no puede estar tranquilo diciendo “estoy sano” si el hígado está enfermo, porque es cuestión de tiempo que esa enfermedad le llegue a él.

La solidaridad es la respuesta natural al hecho de que mi bien personal es inseparable del bien de los otros miembros de mi comunidad. Es la conciencia de que, si bien podemos vivir haciendo cuenta de que los demás no existieran, como si mi bien privado produjera por “arte de magia” o por una “mano invisible” el bien de los otros, eso será siempre una ilusión, un anestésico de la conciencia, una mentira.

El bien común es el bien de la persona en sociedad. La solidaridad consiste en vivir de acuerdo a esta verdad básica. Por lo mismo, no consiste tanto en actos esporádicos de generosidad (aunque los incluye) sino en un empeño firme y constante de dirigir toda mi actividad, y especialmente mi actividad profesional, al bien real concreto de aquellos que la reciben. Consiste en darme cuenta de que si soy enfermero, abogado, profesor o kinesiólogo es solamente porque hay otro que necesita ese trabajo, y que, por lo tanto, el único modo de hacerlo realmente bien es queriendo sinceramente su bien real. Así, por ejemplo, un enfermero puede curar mal por incompetencia o por desinterés; en ambos casos peca contra la solidaridad.

¿Y qué dice Tomás de Aquino sobre esto? La idea de solidaridad sólo surgió con fuerza en el momento en que el individualismo teórico logró permear todos los ámbitos de la vida concreta de las personas. El individualista de hace cien años contradecía su discurso con su vida cotidiana, porque tenía un vínculo personal permanente con una sociedad a escala humana. Hoy es perfectamente posible vivir como si los otros no existieran. Lo que para nosotros es un desafío, para un Tomás de Aquino era simplemente un punto de partida: “Puesto que un hombre es parte de la ciudad, es imposible que sea bueno si no está bien ordenado respecto del bien común: un todo no puede estar bien constituido si sus partes no le están ordenadas. Por lo cual es imposible que el bien común de la ciudad sea bien logrado si los ciudadanos no son virtuosos” (I-II, q.92, a.1). Nosotros diríamos “solidarios”.

GONZALO LETELIER*

*Director del Centro de Estudios Tomistas. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile.

DOCUMENTOS

AUDIENCIAS GENERALES DE S.S. BENEDICTO XVI

I. AÑO DE LA FE. EL DESEO DE DIOS 7 de noviembre de 2012

Queridos hermanos y hermanas:

El camino de reflexión que estamos realizando juntos en este Año de la fe nos conduce a meditar hoy en un aspecto fascinante de la experiencia humana y cristiana: el hombre lleva en sí un misterioso deseo de Dios. De modo muy significativo, el Catecismo de la Iglesia católica se abre precisamente con la siguiente consideración: “El deseo de Dios está inscrito en el corazón del hombre, porque el hombre ha sido creado por Dios y para Dios; y Dios no cesa de atraer al hombre hacia sí, y sólo en Dios encontrará el hombre la verdad y la dicha que no cesa de buscar” (n. 27).

Tal afirmación, que también actualmente se puede compartir totalmente en muchos ambientes culturales, casi obvia, podría en cambio parecer una provocación en el ámbito de la cultura occidental secularizada. Muchos contemporáneos nuestros podrían objetar que no advierten en absoluto un deseo tal de Dios. Para amplios sectores de la sociedad Él ya no es el esperado, el deseado, sino más bien una realidad que deja indiferente, ante la cual no se debe siquiera hacer el esfuerzo de pronunciarse. En realidad lo que hemos definido como “deseo de Dios” no ha desaparecido del todo y se asoma también hoy, de muchas maneras, al corazón del hombre. El deseo humano tiende siempre a determinados bienes concretos, a menudo de ningún modo espirituales, y sin embargo se encuentra ante el interrogante sobre qué es de verdad “el” bien, y por lo tanto ante algo que es distinto de sí mismo, que el hombre no puede construir, pero que está llamado a reconocer. ¿Qué puede saciar verdaderamente el deseo del hombre?

En mi primera encíclica *Deus caritas est* he procurado analizar cómo se lleva a cabo ese dinamismo en la experiencia del amor humano, experiencia que en nuestra época se percibe más fácilmente como momento de éxtasis, de salir de uno mismo; como lugar donde el hombre advierte que le traspasa un deseo que le supera. A través del amor, el hombre y la mujer experimentan de manera nueva, el uno gracias al otro, la grandeza y la belleza de la vida y de lo real. Si lo que experimento no es una simple ilusión, si de verdad quiero el bien del otro como camino también hacia mi bien, entonces debo estar dispuesto a des-centrarme, a ponerme a su servicio, hasta renunciar a mí mismo. La respuesta a la cuestión sobre el sentido de la experiencia del amor pasa por lo tanto a través de la purificación y la sanación de lo que quiero, requerida por el bien mismo que se quiere para el otro. Se debe ejercitar, entrenar, también corregir, para que ese bien verdaderamente se pueda querer.

El éxtasis inicial se traduce así en peregrinación, “como camino permanente, como un salir del yo cerrado en sí mismo hacia su liberación en la entrega de sí y, precisamente de este modo, hacia el reencuentro consigo mismo, más aún, hacia el descubrimiento de Dios” (Enc. *Deus caritas est*, 6). A través de ese camino podrá profundizarse progresivamente, para el hombre, el conocimiento de ese amor que había experimentado inicialmente. Y se irá perfilando cada vez más también el misterio que este representa: ni siquiera la persona amada, de hecho, es capaz de saciar el deseo que alberga en el corazón humano; es más, cuanto más auténtico es el amor por el otro, más deja que se entreabra el interrogante sobre su origen y su destino, sobre la posibilidad que tiene de durar para siempre. Así que la experiencia humana del amor tiene en sí un dinamismo que remite más allá de uno mismo; es experiencia de un bien que lleva a salir de sí y a encontrarse ante el misterio que envuelve toda la existencia.

Se podrían hacer consideraciones análogas también a propósito de otras experiencias humanas, como la amistad, la experiencia de lo bello, el amor por el conocimiento: cada bien que experimenta el hombre tiende al misterio que envuelve al hombre mismo; cada deseo que se asoma al corazón humano se hace eco de un deseo fundamental que jamás se sacia plenamente. Indudablemente desde tal deseo profundo, que esconde también algo de enigmático, no se puede llegar directamente a la fe. El hombre, en definitiva, conoce bien lo que no le sacia, pero no puede imaginar o definir qué le haría experimentar esa felicidad cuya nostalgia lleva en el corazón. No se puede conocer a Dios sólo a partir del deseo del hombre. Desde este punto de vista el misterio permanece: el hombre es buscador del Absoluto, un buscador de pasos pequeños e inciertos. Y en cambio ya la experiencia del deseo, del “corazón inquieto” –como lo llamaba san Agustín–, es muy significativa. Esta atestigua que el hombre es, en lo profundo, un ser religioso (cf. *Catecismo de la Iglesia católica*, 28), un “mendigo de Dios”. Podemos decir con las palabras de Pascal: “El hombre supera infinitamente al hombre” (*Pensamientos*, ed. Chevalier 438; ed. Brunschvicg 434). Los ojos reconocen los objetos cuando la luz los ilumina. De aquí el deseo de conocer la luz misma, que hace brillar las cosas del mundo y con ellas enciende el sentido de la belleza.

Debemos por ello sostener que es posible también en nuestra época, aparentemente tan refractaria a la dimensión trascendente, abrir un camino hacia el auténtico sentido religioso de la vida, que muestra cómo el don de la fe no es absurdo, no es irracional. Sería de gran utilidad, a tal fin, promover una especie de pedagogía del deseo, tanto para el camino de quien aún no cree como para quien ya ha recibido el don de la fe. Una pedagogía que comprende al menos dos aspectos. En primer lugar aprender o re-aprender el gusto de las alegrías auténticas de la vida. No todas las satisfacciones producen en nosotros el mismo efecto: algunas dejan un rastro positivo, son capaces de pacificar el alma, nos hacen más activos y generosos. Otras, en cambio, tras la luz inicial, parecen decepcionar las expectativas que habían suscitado y entonces dejan a su paso amargura, insatisfacción o una sensación de vacío. Educar desde la tierna edad a saborear las alegrías verdaderas, en todos los ámbitos de la existencia –la familia, la amistad, la solidaridad con quien sufre, la renuncia al propio yo para servir al otro, el amor por el conocimiento, por el arte, por las bellezas de la naturaleza–, significa ejercitar el gusto interior y producir anticuerpos eficaces contra la banalización y el aplanamiento hoy difundidos. Igualmente los adultos

necesitan redescubrir estas alegrías, desear realidades auténticas, purificándose de la mediocridad en la que pueden verse envueltos. Entonces será más fácil soltar o rechazar cuanto, aun aparentemente atractivo, se revela en cambio insípido, fuente de acostumbamiento y no de libertad. Y ello dejará que surja ese deseo de Dios del que estamos hablando.

Un segundo aspecto, que lleva el mismo paso del precedente, es no conformarse nunca con lo que se ha alcanzado. Precisamente las alegrías más verdaderas son capaces de liberar en nosotros la sana inquietud que lleva a ser más exigentes –querer un bien más alto, más profundo– y a percibir cada vez con mayor claridad que nada finito puede colmar nuestro corazón. Aprenderemos así a tender, desarmados, hacia ese bien que no podemos construir o procurarnos con nuestras fuerzas, a no dejarnos desalentar por la fatiga o los obstáculos que vienen de nuestro pecado.

Al respecto no debemos olvidar que el dinamismo del deseo está siempre abierto a la redención. También cuando este se adentra por caminos desviados, cuando sigue paraísos artificiales y parece perder la capacidad de anhelar el verdadero bien. Incluso en el abismo del pecado no se apaga en el hombre esa chispa que le permite reconocer el verdadero bien, saborear y emprender así la remontada, a la que Dios, con el don de su gracia, jamás priva de su ayuda. Por lo demás, todos necesitamos recorrer un camino de purificación y de sanación del deseo. Somos peregrinos hacia la patria celestial, hacia el bien pleno, eterno, que nada nos podrá ya arrancar. No se trata de sofocar el deseo que existe en el corazón del hombre, sino de liberarlo, para que pueda alcanzar su verdadera altura. Cuando en el deseo se abre la ventana hacia Dios, esto ya es señal de la presencia de la fe en el alma, fe que es una gracia de Dios. San Agustín también afirmaba: “Con la espera, Dios amplía nuestro deseo; con el deseo amplía el alma, y dilatándola la hace más capaz” (*Comentario a la Primera carta de Juan*, 4, 6: PL 35, 2009).

En esta peregrinación sintámonos hermanos de todos los hombres, compañeros de viaje también de quienes no creen, de quien está a la búsqueda, de quien se deja interrogar con sinceridad por el dinamismo del propio deseo de verdad y de bien. Oremos, en este Año de la fe, para que Dios muestre su rostro a cuantos le buscan con sincero corazón. Gracias.

II. AÑO DE LA FE. LOS CAMINOS QUE CONDUCEN AL CONOCIMIENTO DE DIOS

14 de noviembre de 2012

Queridos hermanos y hermanas:

El miércoles pasado hemos reflexionado sobre el deseo de Dios que el ser humano lleva en lo profundo de sí mismo. Hoy quisiera continuar profundizando en este aspecto meditando brevemente con vosotros sobre algunos caminos para llegar al conocimiento de Dios. Quisiera recordar, sin embargo, que la iniciativa de Dios precede siempre a toda iniciativa del hombre y, también en el camino hacia Él, es Él quien nos ilumina primero, nos orienta y nos guía, respetando siempre nuestra libertad. Y es siempre Él quien nos hace entrar en su intimidad, revelándose y donándonos la gracia para poder acoger esta revelación en la fe. Jamás olvidemos

la experiencia de san Agustín: no somos nosotros quienes poseemos la Verdad después de haberla buscado, sino que es la Verdad quien nos busca y nos posee.

Hay caminos que pueden abrir el corazón del hombre al conocimiento de Dios, hay signos que conducen hacia Dios. Ciertamente, a menudo corremos el riesgo de ser deslumbrados por los resplandores de la mundanidad, que nos hacen menos capaces de recorrer tales caminos o de leer tales signos. Dios, sin embargo, no se cansa de buscarnos, es fiel al hombre que ha creado y redimido, permanece cercano a nuestra vida, porque nos ama. Esta es una certeza que nos debe acompañar cada día, incluso si ciertas mentalidades difundidas hacen más difícil a la Iglesia y al cristiano comunicar la alegría del Evangelio a toda criatura y conducir a todos al encuentro con Jesús, único Salvador del mundo. Esta, sin embargo, es nuestra misión, es la misión de la Iglesia y todo creyente debe vivirla con gozo, sintiéndola como propia, a través de una existencia verdaderamente animada por la fe, marcada por la caridad, por el servicio a Dios y a los demás, y capaz de irradiar esperanza. Esta misión resplandece sobre todo en la santidad a la cual todos estamos llamados.

Hoy –lo sabemos– no faltan dificultades y pruebas por la fe, a menudo poco comprendida, contestada, rechazada. San Pedro decía a sus cristianos: “Estad dispuestos siempre para dar explicación a todo el que os pida una razón de vuestra esperanza, pero con delicadeza y con respeto” (1 P 3, 15-16). En el pasado, en Occidente, en una sociedad considerada cristiana, la fe era el ambiente en el que se movía; la referencia y la adhesión a Dios eran, para la mayoría de la gente, parte de la vida cotidiana. Más bien era quien no creía quien tenía que justificar la propia incredulidad. En nuestro mundo la situación ha cambiado, y cada vez más el creyente debe ser capaz de dar razón de su fe. El beato Juan Pablo II, en la encíclica *Fides et ratio*, subrayaba cómo la fe se pone a prueba incluso en la época contemporánea, permeada por formas sutiles y capciosas de ateísmo teórico y práctico (cf. nn. 46-47). Desde la Ilustración en adelante, la crítica a la religión se ha intensificado; la historia ha estado marcada también por la presencia de sistemas ateos en los que Dios era considerado una mera proyección del ánimo humano, un espejismo y el producto de una sociedad ya adulterada por tantas alienaciones. El siglo pasado además ha conocido un fuerte proceso de secularismo, caracterizado por la autonomía absoluta del hombre, tenido como medida y artífice de la realidad, pero empobrecido por ser criatura “a imagen y semejanza de Dios”. En nuestro tiempo se ha verificado un fenómeno particularmente peligroso para la fe: existe una forma de ateísmo que definimos, precisamente, “práctico”, en el cual no se niegan las verdades de la fe o los ritos religiosos, sino que simplemente se consideran irrelevantes para la existencia cotidiana, desgajados de la vida, inútiles. Con frecuencia, entonces, se cree en Dios de un modo superficial, y se vive “como si Dios no existiera” (*etsi Deus non daretur*). Al final, sin embargo, este modo de vivir resulta aún más destructivo, porque lleva a la indiferencia hacia la fe y hacia la cuestión de Dios.

En realidad, el hombre separado de Dios se reduce a una sola dimensión, la dimensión horizontal, y precisamente este reduccionismo es una de las causas fundamentales de los totalitarismos que en el siglo pasado han tenido consecuencias trágicas, así como de la crisis de valores que vemos en la realidad actual. Ofuscando la referencia a Dios, se ha oscurecido también el horizonte ético, para dejar espacio al relativismo y a una concepción ambigua de la libertad que

en lugar de ser liberadora acaba vinculando al hombre a ídolos. Las tentaciones que Jesús afrontó en el desierto antes de su misión pública representan bien a esos “ídolos” que seducen al hombre cuando no va más allá de sí mismo. Si Dios pierde la centralidad, el hombre pierde su sitio justo, ya no encuentra su ubicación en la creación, en las relaciones con los demás. No ha conocido acaso lo que la sabiduría antigua evoca con el mito de Prometeo: el hombre piensa que puede llegar a ser él mismo “dios”, dueño de la vida y de la muerte.

Frente a este contexto, la Iglesia, fiel al mandato de Cristo, no cesa nunca de afirmar la verdad sobre el hombre y su destino. El concilio Vaticano II afirma sintéticamente: “La razón más alta de la dignidad humana consiste en la vocación del hombre a la comunión con Dios. El hombre es invitado al diálogo con Dios desde su nacimiento; pues no existe sino porque, creado por Dios por amor, es conservado siempre por amor; y no vive plenamente según la verdad si no reconoce libremente aquel amor y se entrega a su Creador” (const. *Gaudium et spes*, 19).

¿Qué respuestas está llamada entonces a dar la fe, con “delicadeza y respeto”, al ateísmo, al escepticismo, a la indiferencia hacia la dimensión vertical, a fin de que el hombre de nuestro tiempo pueda seguir interrogándose sobre la existencia de Dios y recorriendo los caminos que conducen a ÉL? Quisiera aludir a algunos caminos que se derivan tanto de la reflexión natural como de la fuerza misma de la fe. Los resumiría muy sintéticamente en tres palabras: el mundo, el hombre, la fe.

La primera: el mundo. San Agustín, que en su vida buscó largamente la Verdad y fue aferrado por la Verdad, tiene una bellísima y célebre página en la que afirma: “Interroga a la belleza de la tierra, del mar, del aire amplio y difuso. Interroga a la belleza del cielo..., interroga todas estas realidades. Todos te responderán: ¡Míranos: somos bellos! Su belleza es como un himno de alabanza. Estas criaturas tan bellas, si bien son mutables, ¿quién la ha creado, sino la Belleza Inmutable?” (*Sermón* 241, 2: PL 38, 1134). Pienso que debemos recuperar y hacer recuperar al hombre de hoy la capacidad de contemplar la creación, su belleza, su estructura. El mundo no es un magma informe, sino que cuanto más lo conocemos, más descubrimos en él sus maravillosos mecanismos, más vemos un designio, vemos que hay una inteligencia creadora. Albert Einstein dijo que en las leyes de la naturaleza “se revela una razón tan superior que toda la racionalidad del pensamiento y de los ordenamientos humanos es, en comparación, un reflejo absolutamente insignificante” (*Il Mondo come lo vedo io*, Roma 2005). Un primer camino, por lo tanto, que conduce al descubrimiento de Dios es contemplar la creación con ojos atentos.

La segunda palabra: el hombre. San Agustín, luego, tiene una célebre frase en la que dice: Dios es más íntimo a mí mismo de cuanto lo sea yo para mí mismo (cf. *Confesiones* III, 6, 11). A partir de ello formula la invitación: “No quieras salir fuera de ti; entra dentro de ti mismo, porque en el hombre interior reside la verdad” (*La verdadera religión*, 39, 72). Este es otro aspecto que nosotros corremos el riesgo de perder en el mundo ruidoso y disperso en el que vivimos: la capacidad de detenernos y mirar en profundidad en nosotros mismos y leer esa sed de infinito que llevamos dentro, que nos impulsa a ir más allá y remite a Alguien que la pueda colmar. El Catecismo de la Iglesia católica afirma: “Con su apertura a la verdad y a la belleza, con su sentido del bien moral, con su libertad y la voz de su conciencia, con su aspiración al infinito y a la dicha, el hombre se interroga sobre la existencia de Dios” (n. 33).

La tercera palabra: la fe. Sobre todo en la realidad de nuestro tiempo, no debemos olvidar que un camino que conduce al conocimiento y al encuentro con Dios es el camino de la fe. Quien cree está unido a Dios, está abierto a su gracia, a la fuerza de la caridad. Así, su existencia se convierte en testimonio no de sí mismo, sino del Resucitado, y su fe no tiene temor de mostrarse en la vida cotidiana, está abierta al diálogo que expresa profunda amistad para el camino de todo hombre, y sabe dar lugar a luces de esperanza ante la necesidad de rescate, de felicidad, de futuro. La fe, en efecto, es encuentro con Dios que habla y actúa en la historia, y que convierte nuestra vida cotidiana, transformando en nosotros mentalidad, juicios de valor, opciones y acciones concretas. No es espejismo, fuga de la realidad, cómodo refugio, sentimentalismo, sino implicación de toda la vida y anuncio del Evangelio, Buena Noticia capaz de liberar a todo el hombre. Un cristiano, una comunidad que sean activos y fieles al proyecto de Dios que nos ha amado primero, constituyen un camino privilegiado para cuantos viven en la indiferencia o en la duda sobre su existencia y su acción. Esto, sin embargo, pide a cada uno hacer cada vez más transparente el propio testimonio de fe, purificando la propia vida para que sea conforme a Cristo. Hoy muchos tienen una concepción limitada de la fe cristiana, porque la identifican con un mero sistema de creencias y de valores, y no tanto con la verdad de un Dios que se ha revelado en la historia, deseoso de comunicarse con el hombre de tú a tú en una relación de amor con Él. En realidad, como fundamento de toda doctrina o valor está el acontecimiento del encuentro entre el hombre y Dios en Cristo Jesús. El Cristianismo, antes que una moral o una ética, es acontecimiento del amor, es acoger a la persona de Jesús. Por ello, el cristiano y las comunidades cristianas deben ante todo mirar y hacer mirar a Cristo, verdadero Camino que conduce a Dios.

III. AÑO DE LA FE. LA RAZONABILIDAD DE LA FE EN DIOS

21 de noviembre de 2012

Queridos hermanos y hermanas:

Avanzamos en este Año de la fe llevando en nuestro corazón la esperanza de redescubrir cuánta alegría hay en creer y de volver a encontrar el entusiasmo de comunicar a todos las verdades de la fe. Estas verdades no son un simple mensaje sobre Dios, una información particular sobre Él. Expresan el acontecimiento del encuentro de Dios con los hombres, encuentro salvífico y liberador que realiza las aspiraciones más profundas del hombre, sus anhelos de paz, de fraternidad, de amor. La fe lleva a descubrir que el encuentro con Dios valora, perfecciona y eleva cuanto hay de verdadero, de bueno y de bello en el hombre. Es así que, mientras Dios se revela y se deja conocer, el hombre llega a saber quién es Dios, y conociéndole se descubre a sí mismo, su propio origen, su destino, la grandeza y la dignidad de la vida humana.

La fe permite un saber auténtico sobre Dios que involucra toda la persona humana: es un “saber”, esto es, un conocer que da sabor a la vida, un gusto nuevo de existir, un modo alegre de estar en el mundo. La fe se expresa en el don de sí por los demás, en la fraternidad que hace solidarios, capaces de amar, venciendo la soledad que entristece. Este conocimiento de Dios a través de la fe no es por

ello sólo intelectual, sino vital. Es el conocimiento de Dios-Amor, gracias a su mismo amor. El amor de Dios además hace ver, abre los ojos, permite conocer toda la realidad, mas allá de las estrechas perspectivas del individualismo y del subjetivismo que desorientan las conciencias. El conocimiento de Dios es por ello experiencia de fe e implica, al mismo tiempo, un camino intelectual y moral: alcanzados en lo profundo por la presencia del Espíritu de Jesús en nosotros, superamos los horizontes de nuestros egoísmos y nos abrimos a los verdaderos valores de la existencia.

En la catequesis de hoy quisiera detenerme en la razonabilidad de la fe en Dios. La tradición católica, desde el inicio, ha rechazado el llamado fideísmo, que es la voluntad de creer contra la razón. *Credo quia absurdum* (creo porque es absurdo) no es fórmula que interprete la fe católica. Dios, en efecto, no es absurdo, sino que es misterio. El misterio, a su vez, no es irracional, sino sobreabundancia de sentido, de significado, de verdad. Si, contemplando el misterio, la razón ve oscuridad, no es porque en el misterio no haya luz, sino más bien porque hay demasiada. Es como cuando los ojos del hombre se dirigen directamente al sol para mirarlo: sólo ven tinieblas; pero ¿quién diría que el sol no es luminoso, es más, la fuente de la luz? La fe permite contemplar el “sol”, a Dios, porque es acogida de su revelación en la historia y, por decirlo así, recibe verdaderamente toda la luminosidad del misterio de Dios, reconociendo el gran milagro: Dios se ha acercado al hombre, se ha ofrecido a su conocimiento, condescendiendo con el límite creatural de su razón (cf. Conc. Ec. Vat. II, *Const. dogm. Dei Verbum*, 13). Al mismo tiempo, Dios, con su gracia, ilumina la razón, le abre horizontes nuevos, inconmensurables e infinitos. Por esto la fe constituye un estímulo a buscar siempre, a nunca detenerse y a no aquietarse jamás en el descubrimiento inexhausto de la verdad y de la realidad. Es falso el prejuicio de ciertos pensadores modernos según los cuales la razón humana estaría como bloqueada por los dogmas de la fe. Es verdad exactamente lo contrario, como han demostrado los grandes maestros de la tradición católica. San Agustín, antes de su conversión, busca con gran inquietud la verdad a través de todas las filosofías disponibles, hallándolas todas insatisfactorias. Su fatigosa búsqueda racional es para él una pedagogía significativa para el encuentro con la Verdad de Cristo. Cuando dice: “comprende para creer y cree para comprender” (*Discurso* 43, 9: PL 38, 258), es como si relatara su propia experiencia de vida. Intellecto y fe, ante la divina Revelación, no son extraños o antagonistas, sino que ambos son condición para comprender su sentido, para recibir su mensaje auténtico, acercándose al umbral del misterio. San Agustín, junto a muchos otros autores cristianos, es testigo de una fe que se ejercita con la razón, que piensa e invita a pensar. En esta línea, san Anselmo dirá en su *Proslogion* que la fe católica es *fides quaerens intellectum*, donde buscar la inteligencia es acto interior al creer. Será sobre todo santo Tomás de Aquino –fuerte en esta tradición– quien se confronte con la razón de los filósofos, mostrando cuánta nueva y fecunda vitalidad racional deriva hacia el pensamiento humano desde la unión con los principios y de las verdades de la fe cristiana.

La fe católica es, por lo tanto, razonable y nutre confianza también en la razón humana. El concilio Vaticano I, en la constitución dogmática *Dei Filius*, afirmó que la razón es capaz de conocer con certeza la existencia de Dios a través de la vía de la creación, mientras que sólo a la fe pertenece la posibilidad de conocer “fácilmente, con absoluta certeza y sin error” (ds 3005) las verdades

referidas a Dios, a la luz de la gracia. El conocimiento de la fe, además, no está contra la recta razón. El beato Juan Pablo II, en efecto, en la encíclica *Fides et ratio* sintetiza: “La razón del hombre no queda anulada ni se envilece dando su asentimiento a los contenidos de la fe, que en todo caso se alcanzan mediante una opción libre y consciente” (n. 43). En el irresistible deseo de verdad, sólo una relación armónica entre fe y razón es el camino justo que conduce a Dios y al pleno cumplimiento de sí.

Esta doctrina es fácilmente reconocible en todo el Nuevo Testamento. San Pablo, escribiendo a los cristianos de Corintio, sostiene, como hemos oído: “los judíos exigen signos, los griegos buscan sabiduría; pero nosotros predicamos a Cristo crucificado: escándalo para los judíos, necedad para los gentiles” (1 Co 1, 22-23). Y es que Dios salvó el mundo no con un acto de poder, sino mediante la humillación de su Hijo unigénito: según los parámetros humanos, la insólita modalidad actuada por Dios choca con las exigencias de la sabiduría griega. Con todo, la Cruz de Cristo tiene su razón, que san Pablo llama *ho lògos tou staurou*, “la palabra de la cruz” (1 Cor 1, 18). Aquí el término *lògos* indica tanto la palabra como la razón y, si alude a la palabra, es porque expresa verbalmente lo que la razón elabora. Así que Pablo ve en la Cruz no un acontecimiento irracional, sino un hecho salvífico que posee una razonabilidad propia reconocible a la luz de la fe. Al mismo tiempo, él tiene mucha confianza en la razón humana; hasta el punto de sorprenderse por el hecho de que muchos, aun viendo las obras realizadas por Dios, se obstinen en no creer en Él. Dice en la Carta a los Romanos: “Lo invisible de Dios, su eterno poder y su divinidad, son perceptibles para la inteligencia a partir de la creación del mundo y a través de sus obras” (1, 20). Así, también san Pedro exhorta a los cristianos de la diáspora a glorificar “a Cristo el Señor en vuestros corazones, dispuestos siempre para dar explicación a todo el que os pida una razón de vuestra esperanza” (1 P 3, 15). En un clima de persecución y de fuerte exigencia de testimoniar la fe, a los creyentes se les pide que justifiquen con motivaciones fundadas su adhesión a la palabra del Evangelio, que den razón de nuestra esperanza.

Sobre estas premisas acerca del nexo fecundo entre comprender y creer se funda también la relación virtuosa entre ciencia y fe. La investigación científica lleva al conocimiento de verdades siempre nuevas sobre el hombre y sobre el cosmos, como vemos. El verdadero bien de la humanidad, accesible en la fe, abre el horizonte en el que se debe mover su camino de descubrimiento. Por lo tanto hay que alentar, por ejemplo, las investigaciones puestas al servicio de la vida y orientadas a vencer las enfermedades. Son importantes también las indagaciones dirigidas a descubrir los secretos de nuestro planeta y del universo, sabiendo que el hombre está en el vértice de la creación, no para explotarla insensatamente, sino para custodiarla y hacerla habitable. De tal forma la fe, vivida realmente, no entra en conflicto con la ciencia; más bien coopera con ella ofreciendo criterios de base para que promueva el bien de todos, pidiéndole que renuncie sólo a los intentos que –oponiéndose al proyecto originario de Dios– pueden producir efectos que se vuelvan contra el hombre mismo. También por esto es razonable creer: si la ciencia es una preciosa aliada de la fe para la comprensión del plan de Dios en el universo, la fe permite al progreso científico que se lleve a cabo siempre por el bien y la verdad del hombre, permaneciendo fiel a dicho plan.

He aquí por qué es decisivo para el hombre abrirse a la fe y conocer a Dios y su proyecto de salvación en Jesucristo. En el Evangelio se inaugura un nuevo

humanismo, una auténtica “gramática” del hombre y de toda la realidad. Afirma el Catecismo de la Iglesia católica: “La verdad de Dios es su sabiduría que rige todo el orden de la creación y del gobierno del mundo. Dios, único Creador del cielo y de la tierra (cf. *Sal* 115, 15), es el único que puede dar el conocimiento verdadero de todas las cosas creadas en su relación con Él” (n. 216).

Confiemos, pues, en que nuestro empeño en la evangelización ayude a devolver nueva centralidad al Evangelio en la vida de tantos hombres y mujeres de nuestro tiempo. Y oremos para que todos vuelvan a encontrar en Cristo el sentido de la existencia y el fundamento de la verdadera libertad: sin Dios el hombre se extravía. Los testimonios de cuantos nos han precedido y dedicaron su vida al Evangelio lo confirman para siempre. Es razonable creer; está en juego nuestra existencia. Vale la pena gastarse por Cristo; sólo Él satisface los deseos de verdad y de bien enraizados en el alma de cada hombre: ahora, en el tiempo que pasa y el día sin fin de la Eternidad bienaventurada.

IV. AÑO DE LA FE. ¿CÓMO HABLAR DE DIOS?

28 de noviembre de 2012

Queridos hermanos y hermanas:

La cuestión central que nos planteamos hoy es la siguiente: ¿cómo hablar de Dios en nuestro tiempo? ¿Cómo comunicar el Evangelio para abrir caminos a su verdad salvífica en los corazones frecuentemente cerrados de nuestros contemporáneos y en sus mentes a veces distraídas por los muchos resplandores de la sociedad? Jesús mismo, dicen los evangelistas, al anunciar el Reino de Dios se interrogó sobre ello: “¿Con qué podemos comparar el Reino de Dios? ¿Qué parábola usaremos?” (*Mc* 4, 30). ¿Cómo hablar de Dios hoy? La primera respuesta es que nosotros podemos hablar de Dios porque Él ha hablado con nosotros. La primera condición del hablar con Dios es, por lo tanto, la escucha de cuanto ha dicho Dios mismo. ¡Dios ha hablado con nosotros! Así que Dios no es una hipótesis lejana sobre el origen del mundo; no es una inteligencia matemática muy apartada de nosotros. Dios se interesa por nosotros, nos ama, ha entrado personalmente en la realidad de nuestra historia, se ha autocomunicado hasta encarnarse. Dios es una realidad de nuestra vida; es tan grande que también tiene tiempo para nosotros, se ocupa de nosotros. En Jesús de Nazaret encontramos el rostro de Dios, que ha bajado de su Cielo para sumergirse en el mundo de los hombres, en nuestro mundo, y enseñar el “arte de vivir”, el camino de la felicidad; para liberarnos del pecado y hacernos hijos de Dios (cf. *Ef* 1, 5; *Rm* 8, 14). Jesús ha venido para salvarnos y mostrarnos la vida buena del Evangelio.

Hablar de Dios quiere decir, ante todo, tener bien claro lo que debemos llevar a los hombres y a las mujeres de nuestro tiempo: no un Dios abstracto, una hipótesis, sino un Dios concreto, un Dios que existe, que ha entrado en la historia y está presente en la historia; el Dios de Jesucristo como respuesta a la pregunta fundamental del por qué y del cómo vivir. Por esto, hablar de Dios requiere una familiaridad con Jesús y su Evangelio; supone nuestro conocimiento personal y real de Dios y una fuerte pasión por su proyecto de salvación, sin ceder a la tentación del éxito, sino siguiendo el método de Dios mismo. El método de Dios es

el de la humildad –Dios se hace uno de nosotros–, es el método realizado en la Encarnación en la sencilla casa de Nazaret y en la gruta de Belén, el de la parábola del granito de mostaza. Es necesario no temer la humildad de los pequeños pasos y confiar en la levadura que penetra en la masa y lentamente la hace crecer (cf. Mt 13, 33). Al hablar de Dios, en la obra de evangelización, bajo la guía del Espíritu Santo, es necesario una recuperación de sencillez, un retorno a lo esencial del anuncio: la Buena Nueva de un Dios que es real y concreto, un Dios que se interesa por nosotros, un Dios-Amor que se hace cercano a nosotros en Jesucristo hasta la Cruz y que en la Resurrección nos da la esperanza y nos abre a una vida que no tiene fin, la vida eterna, la vida verdadera. Ese excepcional comunicador que fue el apóstol Pablo nos brinda una lección, orientada justo al centro de la fe, sobre la cuestión de “cómo hablar de Dios” con gran sencillez. En la *Primera Carta a los Corintios* escribe: “Cuando vine a vosotros a anunciaros el misterio de Dios, no lo hice con sublime elocuencia o sabiduría, pues nunca entre vosotros me precié de saber cosa alguna, sino a Jesucristo, y éste crucificado” (2, 1-2). Por lo tanto, la primera realidad es que Pablo no habla de una filosofía que él ha desarrollado, no habla de ideas que ha encontrado o inventado, sino que habla de una realidad de su vida, habla del Dios que ha entrado en su vida, habla de un Dios real que vive, que ha hablado con él y que hablará con nosotros, habla del Cristo crucificado y resucitado. La segunda realidad es que Pablo no se busca a sí mismo, no quiere crearse un grupo de admiradores, no quiere entrar en la historia como cabeza de una escuela de grandes conocimientos, no se busca a sí mismo, sino que san Pablo anuncia a Cristo y quiere ganar a las personas para el Dios verdadero y real. Pablo habla sólo con el deseo de querer predicar aquello que ha entrado en su vida y que es la verdadera vida, que le ha conquistado en el camino de Damasco. Así que hablar de Dios quiere decir dar espacio a Aquel que nos lo da a conocer, que nos revela su rostro de amor; quiere decir expropiar el propio yo ofreciéndolo a Cristo, sabiendo que no somos nosotros los que podemos ganar a los otros para Dios, sino que debemos esperarlos de Dios mismo, invocarlos de Él. Hablar de Dios nace, por ello, de la escucha, de nuestro conocimiento de Dios que se realiza en la familiaridad con Él, en la vida de oración y según los Mandamientos.

Comunicar la fe, para san Pablo, no significa llevarse a sí mismo, sino decir abierta y públicamente lo que ha visto y oído en el encuentro con Cristo, lo que ha experimentado en su existencia ya transformada por ese encuentro: es llevar a ese Jesús que siente presente en sí y se ha convertido en la verdadera orientación de su vida, para que todos comprendan que Él es necesario para el mundo y decisivo para la libertad de cada hombre. El Apóstol no se conforma con proclamar palabras, sino que involucra toda su existencia en la gran obra de la fe. Para hablar de Dios es necesario darle espacio, en la confianza de que es Él quien actúa en nuestra debilidad: hacerle espacio sin miedo, con sencillez y alegría, en la convicción profunda de que cuánto más le situemos a Él en el centro, y no a nosotros, más fructífera será nuestra comunicación. Y esto vale también para las comunidades cristianas: están llamadas a mostrar la acción transformadora de la gracia de Dios, superando individualismos, cerrazones, egoísmos, indiferencia, y viviendo el amor de Dios en las relaciones cotidianas. Preguntémonos si de verdad nuestras comunidades son así. Debemos ponernos en marcha para llegar a ser siempre y realmente así: anunciadores de Cristo y no de nosotros mismos.

En este punto debemos preguntarnos cómo comunicaba Jesús mismo. Jesús en su unicidad habla de su Padre –Abbà– y del Reino de Dios, con la mirada llena de compasión por los malestares y las dificultades de la existencia humana. Habla con gran realismo, y diría que lo esencial del anuncio de Jesús es que hace transparente el mundo y que nuestra vida vale para Dios. Jesús muestra que en el mundo y en la creación se transparenta el rostro de Dios y nos muestra cómo Dios está presente en las historias cotidianas de nuestra vida. Tanto en las parábolas de la naturaleza –el grano de mostaza, el campo con distintas semillas– o en nuestra vida –pensemos en la parábola del hijo pródigo, de Lázaro y otras parábolas de Jesús–. Por los Evangelios vemos cómo Jesús se interesa en cada situación humana que encuentra, se sumerge en la realidad de los hombres y de las mujeres de su tiempo con plena confianza en la ayuda del Padre. Y que realmente en esta historia, escondidamente, Dios está presente y si estamos atentos podemos encontrarle. Y los discípulos, que viven con Jesús, las multitudes que le encuentran, ven su reacción ante los problemas más dispares, ven cómo habla, cómo se comporta; ven en Él la acción del Espíritu Santo, la acción de Dios. En Él anuncio y vida se entrelazan: Jesús actúa y enseña, partiendo siempre de una íntima relación con Dios Padre. Este estilo es una indicación esencial para nosotros, cristianos: nuestro modo de vivir en la fe y en la caridad se convierte en un hablar de Dios en el hoy, porque muestra, con una existencia vivida en Cristo, la credibilidad, el realismo de aquello que decimos con las palabras; que no se trata sólo de palabras, sino que muestran la realidad, la verdadera realidad. Al respecto debemos estar atentos para percibir los signos de los tiempos en nuestra época, o sea, para identificar las potencialidades, los deseos, los obstáculos que se encuentran en la cultura actual, en particular el deseo de autenticidad, el anhelo de trascendencia, la sensibilidad por la protección de la creación, y comunicar sin temor la respuesta que ofrece la fe en Dios. El Año de la fe es ocasión para descubrir, con la fantasía animada por el Espíritu Santo, nuevos itinerarios a nivel personal y comunitario, a fin de que en cada lugar la fuerza del Evangelio sea sabiduría de vida y orientación de la existencia.

También en nuestro tiempo un lugar privilegiado para hablar de Dios es la familia, la primera escuela para comunicar la fe a las nuevas generaciones. El Concilio Vaticano II habla de los padres como los primeros mensajeros de Dios (cf. *Lumen gentium*, 11; *Apostolicam actuositatem*, 11), llamados a redescubrir esta misión suya, asumiendo la responsabilidad de educar, de abrir las conciencias de los pequeños al amor de Dios como un servicio fundamental a sus vidas, de ser los primeros catequistas y maestros de la fe para sus hijos. Y en esta tarea es importante ante todo la vigilancia, que significa saber aprovechar las ocasiones favorables para introducir en familia el tema de la fe y para hacer madurar una reflexión crítica respecto a los numerosos condicionamientos a los que están sometidos los hijos. Esta atención de los padres es también sensibilidad para recibir los posibles interrogantes religiosos presentes en el ánimo de los hijos, a veces evidentes, otras ocultos. Además, la alegría: la comunicación de la fe debe tener siempre una tonalidad de alegría. Es la alegría pascual que no calla o esconde la realidad del dolor, del sufrimiento, de la fatiga, de la dificultad, de la incompreensión y de la muerte misma, sino que sabe ofrecer los criterios para interpretar todo en la perspectiva de la esperanza cristiana. La vida buena del Evangelio es precisamente esta mirada nueva, esta capacidad de ver cada situación con los

ojos mismos de Dios. Es importante ayudar a todos los miembros de la familia a comprender que la fe no es un peso, sino una fuente de alegría profunda; es percibir la acción de Dios, reconocer la presencia del bien que no hace ruido; y ofrece orientaciones preciosas para vivir bien la propia existencia. Finalmente, la capacidad de escucha y de diálogo: la familia debe ser un ambiente en el que se aprende a estar juntos, a solucionar las diferencias en el diálogo recíproco hecho de escucha y palabra, a comprenderse y a amarse para ser un signo, el uno para el otro, del amor misericordioso de Dios.

Hablar de Dios, pues, quiere decir hacer comprender con la palabra y la vida que Dios no es el rival de nuestra existencia, sino su verdadero garante, el garante de la grandeza de la persona humana. Y con ello volvemos al inicio: hablar de Dios es comunicar, con fuerza y sencillez, con la palabra y la vida, lo que es esencial: el Dios de Jesucristo, ese Dios que nos ha mostrado un amor tan grande como para encarnarse, morir y resucitar por nosotros; ese Dios que pide seguirle y dejarse transformar por su inmenso amor para renovar nuestra vida y nuestras relaciones; ese Dios que nos ha dado la Iglesia para caminar juntos y, a través de la Palabra y los Sacramentos, renovar toda la Ciudad de los hombres a fin de que pueda transformarse en Ciudad de Dios.

V. AÑO DE LA FE. DIOS REVELA SU "DESIGNIO DE BENEVOLENCIA" 5 de diciembre de 2012

Queridos hermanos y hermanas:

El apóstol san Pablo, al comienzo de su *carta a los cristianos de Éfeso* (cf. 1, 3-14), eleva una oración de bendición a Dios, Padre de Nuestro Señor Jesucristo, que nos introduce a vivir el tiempo de Adviento, en el contexto del Año de la fe. El tema de este himno de alabanza es el proyecto de Dios respecto al hombre, definido con términos llenos de alegría, de estupor y de acción de gracias, como un "diseño de benevolencia" (v. 9), de misericordia y de amor.

¿Por qué el apóstol eleva a Dios, desde lo profundo de su corazón, esta bendición? Porque mira su obrar en la historia de la salvación, que alcanza su cumbre en la encarnación, muerte y resurrección de Jesús, y contempla cómo el Padre celestial nos ha elegido antes aun de la creación del mundo para ser sus hijos adoptivos en su Hijo Unigénito Jesucristo (cf. *Rm* 8, 14s.; *Gá* 4, 4s.). Nosotros existimos en la mente de Dios desde la eternidad, en un gran proyecto que Dios ha custodiado en sí mismo y que ha decidido poner por obra y revelar "en la plenitud de los tiempos" (cf. *Ef* 1, 10). San Pablo nos hace comprender, por lo tanto, cómo toda la creación y, en particular, el hombre y la mujer no son fruto de la casualidad, sino que responden a un diseño de benevolencia de la razón eterna de Dios que con el poder creador y redentor de su Palabra da origen al mundo. Esta primera afirmación nos recuerda que nuestra vocación no es simplemente existir en el mundo, estar insertados en una historia, y tampoco ser sólo criaturas de Dios; es algo más grande: es ser elegidos por Dios, antes aun de la creación del mundo, en el Hijo, Jesucristo. En Él, por lo tanto, nosotros ya existimos, por decirlo así, desde siempre. Dios nos contempla en Cristo como hijos adoptivos. El "diseño de benevolencia" de Dios, que el Apóstol califica

también como “diseño de amor” (Ef 1, 5), se define “el misterio” de la voluntad divina (v. 9), oculto y ahora manifestado en la Persona y en la obra de Cristo. La iniciativa divina precede a toda respuesta humana: es un don gratuito de su amor que nos envuelve y nos transforma.

¿Cuál es el fin último de este diseño misterioso? ¿Cuál es el centro de la voluntad de Dios? Es –nos dice san Pablo– el de “recapitular en Cristo todas las cosas” (v. 10). En esta expresión encontramos una de las formulaciones centrales del Nuevo Testamento que nos hacen comprender el diseño de Dios, su proyecto de amor para toda la humanidad, una formulación que, en el siglo II, san Ireneo de Lyon tomó como núcleo de su cristología: “recapitular” toda la realidad en Cristo. Tal vez alguno de vosotros recuerda la fórmula usada por el Papa san Pío X para la consagración del mundo al Sagrado Corazón de Jesús: “Instaurare omnia in Christo”, fórmula que remite a esta expresión paulina y que era también el lema de ese santo Pontífice. El Apóstol, sin embargo, habla más precisamente de recapitulación del universo en Cristo, y ello significa que en el gran diseño de la creación y de la historia Cristo se erige como centro de todo el camino del mundo, piedra angular de todo, que atrae a Sí toda la realidad, para superar la dispersión y el límite y conducir todo a la plenitud querida por Dios (cf. Ef 1, 23).

Este “diseño de benevolencia” no ha quedado, por decirlo así, en el silencio de Dios, en la altura de su Cielo, sino que Él lo ha dado a conocer entrando en relación con el hombre, a quien no sólo ha revelado algo, sino a Sí mismo. Él no ha comunicado simplemente un conjunto de verdades, sino que se ha auto-comunicado a nosotros, hasta ser uno de nosotros, hasta encarnarse. El Concilio Ecuménico Vaticano II en la constitución dogmática *Dei Verbum* dice: “Quiso Dios, con su bondad y sabiduría, revelarse a sí mismo –no sólo algo de sí, sino a sí mismo– y manifestar el misterio de su voluntad: por Cristo, la Palabra hecha carne, y con el Espíritu Santo, pueden los hombres llegar hasta el Padre y participar de la naturaleza divina” (n. 2). Dios no sólo dice algo, sino que se comunica, nos atrae en la naturaleza divina de tal modo que quedamos implicados en ella, divinizados. Dios revela su gran diseño de amor entrando en relación con el hombre, acercándose a él hasta el punto de hacerse, Él mismo, hombre. Continúa el Concilio: “Dios invisible movido de amor, habla a los hombres como amigos (cf. Ex 33, 11; Jn 15, 14-15), trata con ellos (cf. Ba 3, 38) para invitarlos y recibirlos en su compañía” (*ib.*). El hombre, sólo con su inteligencia y sus capacidades, no habría podido alcanzar esta revelación tan luminosa del amor de Dios. Es Dios quien ha abierto su Cielo y se abajó para guiar al hombre al abismo de su amor.

Escribe también san Pablo a los cristianos de Corinto: “Ni el ojo vio, ni el oído oyó, ni el hombre puede pensar lo que Dios ha preparado para los que lo aman. Y Dios nos lo ha revelado por el Espíritu; pues el Espíritu lo sondea todo, incluso lo profundo de Dios” (1 Co 2, 9-10). Y san Juan Crisóstomo, en una célebre página de comentario al comienzo de la *Carta a los Efesios*, invita a gustar toda la belleza de este “diseño de benevolencia” de Dios revelado en Cristo, con estas palabras: “¿Qué es lo que te falta? Te has convertido en inmortal, en libre, en hijo, en justo, en hermano, en coheredero, con Cristo reinas, con Cristo eres glorificado. Todo nos ha sido donado y –como está escrito– “¿cómo no nos dará todo con Él?” (Rm 8, 32). Tu primicia (cf. 1 Co 15, 20.23) es adorada por los ángeles [...]: ¿qué es lo que te falta?” (PG 62, 11).

Esta comunión en Cristo por obra del Espíritu Santo, ofrecida por Dios a todos los hombres con la luz de la Revelación, no es algo que se sobrepone a nuestra humanidad, sino que es la realización de las aspiraciones más profundas, de aquel deseo de infinito y de plenitud que alberga en lo íntimo el ser humano, y lo abre a una felicidad no momentánea y limitada, sino eterna. San Buenaventura de Bagnoregio, refiriéndose a Dios que se revela y nos habla a través de las Escrituras para conducirnos a Él, afirma: “La Sagrada Escritura es [...] el libro en el cual están escritas palabras de vida eterna para que no sólo creamos, sino también poseamos la vida eterna, en la cual veremos, amaremos y se realizarán todos nuestros deseos” (*Breviloquium*, Prol.; Opera Omnia V, 201 s.). Por último, el beato Papa Juan Pablo II recordaba que “la Revelación introduce en la historia un punto de referencia del cual el hombre no puede prescindir, si quiere llegar a comprender el misterio de su existencia; pero, por otra parte, este conocimiento remite constantemente al misterio de Dios que la mente humana no puede agotar, sino sólo recibir y acoger en la fe” (Enc. *Fides et ratio*, 14).

Desde esta perspectiva, ¿qué es, por lo tanto, el acto de fe? Es la respuesta del hombre a la Revelación de Dios, que se da a conocer, que manifiesta su designio de benevolencia; es, por usar una expresión agustiniana, dejarse aferrar por la Verdad que es Dios, una Verdad que es Amor. Por ello san Pablo subraya cómo a Dios, que ha revelado su misterio, se debe “la obediencia de la fe” (*Rm* 16, 26; cf. 1, 5; 2 Co 10, 5-6), la actitud con la cual “el hombre se entrega entera y libremente a Dios, le ofrece el homenaje total de su entendimiento y voluntad, asintiendo libremente a lo que Dios revela” (*Const. dogm. Dei Verbum*, 5). Todo esto conduce a un cambio fundamental del modo de relacionarse con toda la realidad; todo se ve bajo una nueva luz, se trata por lo tanto de una verdadera “conversión”. Fe es un “cambio de mentalidad”, porque el Dios que se ha revelado en Cristo y ha dado a conocer su designio de amor nos aferra, nos atrae a Sí, se convierte en el sentido que sostiene la vida, la roca sobre la que la vida puede encontrar estabilidad. En el Antiguo Testamento encontramos una densa expresión sobre la fe, que Dios confía al profeta Isaías a fin de que la comunique al rey de Judá, Acáz. Dios afirma: “Si no creéis –es decir, si no os mantenéis fieles a Dios– no subsistiréis” (*Is* 7, 9b). Existe, por lo tanto, un vínculo entre estar y comprender que expresa bien cómo la fe es acoger en la vida la visión de Dios sobre la realidad, dejar que sea Dios quien nos guíe con su Palabra y los Sacramentos para entender qué debemos hacer, cuál es el camino que debemos recorrer, cómo vivir. Al mismo tiempo, sin embargo, es precisamente comprender según Dios, ver con sus ojos lo que hace fuerte la vida, lo que nos permite “estar de pie”, y no caer.

Queridos amigos, el Adviento, el tiempo litúrgico que acabamos de iniciar y que nos prepara para la Santa Navidad, nos coloca ante el luminoso misterio de la venida del Hijo de Dios, el gran “designio de benevolencia” con el cual Él quiere atraernos a sí, para hacernos vivir en plena comunión de alegría y de paz con Él. El Adviento nos invita una vez más, en medio de tantas dificultades, a renovar la certeza de que Dios está presente: Él ha entrado en el mundo, haciéndose hombre como nosotros, para llevar a plenitud su plan de amor. Y Dios pide que también nosotros nos convirtamos en signo de su acción en el mundo. A través de nuestra fe, nuestra esperanza, nuestra caridad, Él quiere entrar en el mundo siempre de nuevo y quiere hacer resplandecer siempre de nuevo su luz en nuestra noche.

DISCURSO DE S.S. BENEDICTO XVI A LOS
PARTICIPANTES EN LA PLENARIA DEL CONSEJO
PONTIFICIO JUSTICIA Y PAZ
3 de diciembre de 2012

Señores cardenales, venerados hermanos en el Episcopado y en el sacerdocio, queridos hermanos y hermanas:

Me alegra acogeros con ocasión de vuestra asamblea plenaria. Saludo al cardenal presidente, a quien agradezco las corteses palabras que me ha dirigido, así como al monseñor secretario, a los oficiales del dicasterio y a todos vosotros, miembros y consultores, venidos para este importante momento de reflexión y de programación. Vuestra asamblea se celebra en el Año de la fe, después del Sínodo dedicado a la nueva evangelización, también –como se ha dicho– en el quincuagésimo aniversario del Concilio Vaticano II y –dentro de pocos meses– de la encíclica *Pacem in terris* del beato Papa Juan XXIII. Se trata de un contexto que ya de por sí ofrece múltiples estímulos.

La doctrina social, como nos ha enseñado el beato Papa Juan Pablo II, es parte integrante de la misión evangelizadora de la Iglesia (cf. Enc. *Centesimus annus*, 54), y con mayor razón ha de considerarse importante para la nueva evangelización (cf. *ib.*, 5; Enc. *Caritas in veritate*, 15). Acogiendo a Jesucristo y su Evangelio, además de en la vida personal también en las relaciones sociales, nos convertimos en portadores de una visión del hombre, de su dignidad, libertad y relacionalidad, que se caracteriza por la trascendencia, en sentido tanto horizontal como vertical. De la antropología integral, que deriva de la Revelación y del ejercicio de la razón natural, dependen la fundación y el significado de los derechos y los deberes humanos, como nos ha recordado el beato Juan XXIII precisamente en la *Pacem in terris* (cf. n. 9). Los derechos y los deberes en efecto no tienen como único y exclusivo fundamento la conciencia social de los pueblos, sino que dependen primariamente de la ley moral natural, inscrita por Dios en la conciencia de cada persona, y por tanto, en última instancia, de la verdad sobre el hombre y sobre la sociedad.

Aunque la defensa de los derechos haya hecho grandes progresos en nuestro tiempo, la cultura actual, caracterizada, entre otras cosas, por un individualismo utilitarista y un economicismo tecnocrático, tiende a subestimar a la persona. Esta es concebida como un ser “fluido”, sin consistencia permanente. No obstante esté sumergido en una red infinita de relaciones y de comunicaciones, el hombre de hoy paradójicamente aparece a menudo como un ser aislado, porque es indiferente respecto a la relación constitutiva de su ser, que es la raíz de todas las demás relaciones, la relación con Dios. El hombre de hoy es considerado en clave prevalentemente biológica o como “capital humano”, “recurso”, parte de un engranaje productivo y financiero que lo supera. Si, por una parte, se sigue proclamando la

dignidad de la persona, por otra, nuevas ideologías –como la hedonista y egoísta de los derechos sexuales y reproductivos o la de un capitalismo financiero desordenado que prevarica en la política y desestructura la economía real– contribuyen a considerar al trabajador dependiente y su trabajo como bienes “menores” y a minar los fundamentos naturales de la sociedad, especialmente la familia. En realidad, el ser humano, constitutivamente trascendente respecto a los demás seres y bienes terrenos, goza de un primado real que lo sitúa como responsable de sí mismo y de la creación. Concretamente, para el cristianismo, el trabajo es un bien fundamental para el hombre, en vista de su personalización, de su socialización, de la formación de una familia, de la aportación al bien común y a la paz. Precisamente por esto el objetivo del acceso al trabajo para todos es siempre prioritario, también en los períodos de recesión económica (cf. *Caritas in veritate*, 32).

De una nueva evangelización del ámbito social pueden derivar un nuevo humanismo y un renovado compromiso cultural y proyectivo. Ella ayuda a destronar los ídolos modernos, a sustituir el individualismo, el consumismo materialista y la tecnocracia con la cultura de la fraternidad y de la gratuidad, del amor solidario. Jesucristo resumió y perfeccionó los preceptos en un mandamiento nuevo: “Como yo os he amado, amaos también unos a otros” (Jn 13, 34); aquí está el secreto de toda vida social plenamente humana y pacífica, así como de la renovación de la política y de las instituciones nacionales y mundiales. El beato Papa Juan XXIII motivó el compromiso por la construcción de una comunidad mundial, con su autoridad correspondiente, justamente partiendo del amor, y precisamente del amor por el bien común de la familia humana. Así leemos en la *Pacem in terris*: “Si se examinan con atención, por una parte, el contenido intrínseco del bien común, y, por otra, la naturaleza y el ejercicio de la autoridad pública, todos habrán de reconocer que entre ambos existe una imprescindible conexión. Porque el orden moral, de la misma manera que exige una autoridad pública para promover el bien común en la sociedad civil, así también requiere que dicha autoridad pueda lograrlo efectivamente” (n. 136).

La Iglesia no tiene ciertamente la tarea de sugerir, desde el punto de vista jurídico y político, la configuración concreta de tal ordenamiento internacional, pero ofrece a quien tiene la responsabilidad los principios de reflexión, los criterios de juicio y las orientaciones prácticas que pueden garantizar su entramado antropológico y ético en torno al bien común (cf. *Caritas in veritate*, 67). En la reflexión, de cualquier manera, se ha de tener presente que no se debería imaginar un superpoder, concentrado en las manos de pocos, que dominaría a todos los pueblos, explotando a los más débiles, sino que toda autoridad debe entenderse, ante todo, como fuerza moral, facultad de influir según la razón (cf. *Pacem in terris*, 47), o sea, como autoridad participada, limitada por competencia y por el derecho.

Doy las gracias al Consejo pontificio Justicia y paz porque, junto con otras instituciones pontificias, se ha prefijado profundizar las orientaciones que ofrecí en la *Caritas in veritate*. Y esto ya sea mediante las reflexiones para una reforma del sistema financiero y monetario internacional, ya sea mediante la Plenaria de estos días y el Seminario internacional sobre la *Pacem in terris* del próximo año.

Que la Virgen María, que con fe y amor acogió en sí al Salvador para darlo al mundo, nos guíe en el anuncio y en el testimonio de la doctrina social de la Iglesia, para hacer más eficaz la nueva evangelización. Con este deseo, de buen grado imparto a cada uno de vosotros la bendición apostólica. Gracias.

ARTÍCULO DE S.S. BENEDICTO XVI PARA EL
PERIÓDICO BRITÁNICO “FINANCIAL TIMES”
20 de diciembre de 2012

“Da a César lo que es de César y a Dios lo que es de Dios” fue la respuesta de Jesús cuando se le preguntó lo que pensaba sobre el pago de impuestos. Quienes le interrogaban obviamente querían tenderle una trampa. Querían obligarle a tomar posición en el candente debate político sobre la dominación romana en la tierra de Israel. Y en cambio estaba en juego mucho más: si Jesús era realmente el Mesías esperado, entonces ciertamente se opondría a los dominadores romanos. Por lo tanto, la pregunta estaba calculada para desenmascararlo como una amenaza para el régimen o como un impostor.

La respuesta de Jesús lleva hábilmente la cuestión a un nivel superior, poniendo finamente en guardia frente a la politización de la religión y a la deificación del poder temporal, junto a la incansable búsqueda de la riqueza. Sus interlocutores debían entender que el Mesías no era César, y que César no era Dios. El reino que Jesús venía a instaurar era de una dimensión absolutamente superior. Como respondió a Poncio Pilato: “Mi reino no es de este mundo”.

Los relatos de Navidad del Nuevo Testamento tienen el objetivo de expresar un mensaje similar. Jesús nació durante un “censo del mundo entero” querido por César Augusto, el emperador famoso por haber llevado la Pax Romana a todas las tierras sometidas al dominio romano. Sin embargo este niño, nacido en un oscuro y lejano rincón del imperio, estaba a punto de ofrecer al mundo una paz mucho mayor, verdaderamente universal en sus fines y trascendiendo todos los límites de espacio y tiempo.

Se nos presenta a Jesús como heredero del rey David, pero la liberación que llevó a su gente no se refería a tener vigilados a los ejércitos enemigos; se trataba, en cambio, de vencer para siempre el pecado y la muerte. El Niño Jesús, vulnerable e impotente en términos mundanos, tan distinto de los dominadores terrenos, es el verdadero rey del cielo y de la tierra.

El nacimiento de Cristo nos desafía a pensar en nuestras prioridades, en nuestros valores, en nuestro modo de vivir. Y aunque la Navidad es indudablemente un tiempo de gran alegría, es también una ocasión de profunda reflexión; es más, un examen de conciencia. Al final de un año que ha significado privaciones económicas para muchos, ¿qué podemos aprender de la humildad, de la pobreza, de la sencillez de la escena del pesebre?

El relato de Navidad puede introducirnos a Cristo, tan indefenso y tan fácilmente cercano. La Navidad puede ser el tiempo en el que aprendamos a leer el Evangelio, a conocer a Jesús no sólo como el Niño del pesebre, sino como aquel en quien reconocemos al Dios hecho Hombre.

Es en el Evangelio donde los cristianos hallan inspiración para la vida cotidiana y para su implicación en las cuestiones del mundo –ya suceda en el Parlamento o en la Bolsa–. Los cristianos no deberían huir del mundo; al contrario, deberían

comprometerse en él. Pero su implicación en la política y en la economía debería trascender toda forma de ideología.

Los cristianos combaten la pobreza porque reconocen la dignidad suprema de cada ser humano, creado a imagen de Dios y destinado a la vida eterna. Los cristianos obran por una participación equitativa de los recursos de la tierra porque están convencidos de que, como administradores de la creación de Dios, tenemos el deber de atender a los más débiles y vulnerables, ahora y en el futuro. Los cristianos se oponen a la avaricia y a la explotación con el convencimiento de que la generosidad y un amor desprendido de sí, enseñados y vividos por Jesús de Nazaret, son el camino que conduce a la plenitud de la vida. La fe cristiana en el destino trascendente de cada ser humano implica la urgencia de la tarea de promover la paz y la justicia para todos.

Dado que tales fines son compartidos por muchos, es posible una colaboración mucho más fructífera entre cristianos y otros. Y sin embargo los cristianos dan a César sólo lo que es de César, pero no lo que pertenece a Dios. A veces, a lo largo de la historia, los cristianos no han podido condescender con las peticiones llegadas de César. Desde el culto del emperador de la antigua Roma hasta los regímenes totalitarios del siglo recién pasado, César ha intentado ocupar el lugar de Dios. Cuando los cristianos rechazan inclinarse ante los falsos dioses que se proponen en nuestros tiempos, no es porque tengan una visión anticuada del mundo. Al contrario: ello ocurre porque son libres de las ligaduras de la ideología y están animados por una visión tan noble del destino humano que no pueden aceptar componendas con nada que lo pueda insidiar. En Italia muchas escenas de pesebres se adornan con ruinas de los antiguos edificios romanos al fondo. Ello demuestra que el nacimiento del Niño Jesús marca el final del antiguo orden, el mundo pagano, en el que las reivindicaciones de César se presentaban como imposibles de desafiar. Ahora hay un nuevo rey, que no confía en la fuerza de las armas, sino en el poder del amor. Él trae esperanza a cuantos, como Él mismo, viven al margen de la sociedad. Lleva esperanza a cuantos son vulnerables en los cambiantes destinos de un mundo precario. Desde el pesebre Cristo nos llama a vivir como ciudadanos de su reino celestial, un reino que cada persona de buena voluntad puede ayudar a construir aquí, en la tierra.

DISCURSO DE S.S. BENEDICTO XVI
A LA CURIA ROMANA CON MOTIVO DE LAS
FELICITACIONES DE NAVIDAD

Sala Clementina
21 de diciembre de 2012

Señores Cardenales, venerados hermanos en el Episcopado y en el presbiterado, queridos hermanos y hermanas:

Con gran alegría me encuentro hoy con vosotros, queridos miembros del Colegio de Cardenales, representantes de la Curia Romana y de la Gobernación, en este momento tradicional antes de la Santa Navidad. Os saludo cordialmente a todos, comenzando por el cardenal Angelo Sodano, al que agradezco las amables palabras y la efusiva felicitación que me ha dirigido también en vuestro nombre. El Cardenal Decano nos ha recordado una expresión que se repite a menudo estos días en la liturgia latina: *Prope est iam Dominus, venite adoremus*. El Señor está cerca, venid, adorémosle. También nosotros, como una sola familia, nos preparamos para adorar en la gruta de Belén a ese Niño, que es Dios mismo que se ha acercado hasta el punto de hacerse hombre como nosotros. Correspondo con gusto a las felicitaciones y doy las gracias a todos, incluidos los Representantes Pontificios repartidos por todo el mundo, por la generosa colaboración que cada uno de vosotros presta a mi Ministerio.

Estamos terminando un año que, una vez más, se ha caracterizado en la Iglesia y en el mundo por muchas situaciones difíciles, de grandes cuestiones y desafíos, pero también de signos de esperanza. Menciono sólo algunos puntos destacados en la vida de la Iglesia y de mi ministerio petrino. Ante todo, como ha mencionado el Cardenal Decano, han tenido lugar los viajes a México y Cuba. Han sido encuentros inolvidables, con la fuerza de la fe, profundamente arraigada en los corazones de los hombres, y con la alegría por la vida que surge de la fe. Recuerdo que, tras llegar a México, se agolpaban al borde del largo trecho que se debía recorrer interminables filas de personas, que saludaban agitando pañuelos y banderas. Recuerdo cómo, durante el trayecto hacia Guanajuato, la pintoresca capital del homónimo Estado, había jóvenes a los lados de la carretera, devotamente arrodillados para recibir la bendición del Sucesor de Pedro. Recuerdo cómo la gran liturgia en las cercanías de la estatua de Cristo Rey se convirtió en un acto que hacía presente la realeza de Cristo, su paz, su justicia, su verdad. Todo esto en el contexto de los problemas de un país que sufre múltiples formas de violencia y las dificultades de dependencias económicas. Ciertamente, estos problemas no se pueden resolver simplemente mediante la religiosidad, pero menos aún se solucionarán sin esa purificación interior del corazón que proviene de la fuerza de la fe, del encuentro con Jesucristo. Y después vino la experiencia de Cuba. También aquí hubo grandes liturgias, en cuyos cantos, oraciones y silencios se

podía percibir la presencia de Aquel, al que durante mucho tiempo se había querido negar cabida en el país. La búsqueda en este país de un justo planteamiento de la relación entre vinculaciones y libertad, ciertamente no puede tener éxito sin una referencia a esos criterios de fondo que se han manifestado a la humanidad en el encuentro con el Dios de Jesucristo.

Otras etapas del año que se acerca a su fin, y que quisiera mencionar, son la gran Fiesta de la Familia en Milán, así como la visita al Líbano, con la entrega de la Exhortación Apostólica postsinodal, que ahora deberá constituir en la vida de la Iglesia y de la sociedad en Medio Oriente una orientación sobre los difíciles caminos de la unidad y de la paz. El último acontecimiento importante de este año, ya en su ocaso, ha sido el Sínodo sobre la Nueva Evangelización, que ha marcado al mismo tiempo el comienzo del Año de la Fe, con el cual conmemoramos la inauguración del Concilio Vaticano II, hace cincuenta años, para comprenderlo y asimilarlo de nuevo en esta situación que ha cambiado.

Entre todas estas ocasiones, se han tocado temas fundamentales de nuestro momento histórico: la familia (Milán), el servicio a la paz en el mundo y el diálogo interreligioso (Líbano), así como el anuncio del mensaje de Jesucristo en nuestro tiempo a quienes aún no lo han encontrado, y a tantos que lo conocen sólo desde fuera y precisamente por eso, no lo re-conocen. De entre estas grandes temáticas, quisiera reflexionar un poco más en detalle especialmente sobre el tema de la familia y sobre la naturaleza del diálogo, añadiendo después también una breve observación sobre el tema de la Nueva Evangelización.

La gran alegría con la que se han reunido en Milán familias de todo el mundo ha puesto de manifiesto que, a pesar de las impresiones contrarias, *la familia* es fuerte y viva también hoy. Sin embargo, es innegable la crisis que la amenaza en sus fundamentos, especialmente en el mundo occidental. Me ha llamado la atención que en el Sínodo se haya subrayado repetidamente la importancia de la familia para la transmisión de la fe como lugar auténtico en el que se transmiten las formas fundamentales del ser persona humana. Se aprenden viviéndolas y también sufriendolas juntos. Así se ha hecho patente que en el tema de la familia no se trata únicamente de una determinada forma social, sino de la cuestión del hombre mismo; de la cuestión sobre qué es el hombre y sobre lo que es preciso hacer para ser hombres del modo justo. Los desafíos en este contexto son complejos. Tenemos en primer lugar la cuestión sobre la capacidad del hombre de comprometerse, o bien de su carencia de compromisos. ¿Puede el hombre comprometerse para toda la vida? ¿Corresponde esto a su naturaleza? ¿Acaso no contrasta con su libertad y las dimensiones de su autorrealización? El hombre, ¿llega a ser sí mismo permaneciendo autónomo y entrando en contacto con el otro solamente a través de relaciones que puede interrumpir en cualquier momento? Un vínculo para toda la vida ¿está en conflicto con la libertad? El compromiso, ¿merece también que se sufra por él? El rechazo de la vinculación humana, que se difunde cada vez más a causa de una errónea comprensión de la libertad y la autorrealización, y también por eludir el soportar pacientemente el sufrimiento, significa que el hombre permanece encerrado en sí mismo y, en última instancia, conserva el propio “yo” para sí mismo, no lo supera verdaderamente. Pero el hombre sólo logra ser él mismo en la entrega de sí mismo, y sólo abriéndose al otro, a los otros, a los hijos, a la familia; sólo dejándose plasmar en el sufrimiento, descubre la amplitud de ser persona humana. Con el rechazo de estos lazos desaparecen

también las figuras fundamentales de la existencia humana: el padre, la madre, el hijo; decaen dimensiones esenciales de la experiencia de ser persona humana.

El gran rabino de Francia, Gilles Bernheim, en un tratado cuidadosamente documentado y profundamente conmovedor, ha mostrado que el atentado, al que hoy estamos expuestos, a la auténtica forma de la familia, compuesta por padre, madre e hijo, tiene una dimensión aún más profunda. Si hasta ahora habíamos visto como causa de la crisis de la familia un malentendido de la esencia de la libertad humana, ahora se ve claro que aquí está en juego la visión del ser mismo, de lo que significa realmente ser hombres. Cita una afirmación que se ha hecho famosa de Simone de Beauvoir: "Mujer no se nace, se hace" ("On ne naît pas femme, on le devient"). En estas palabras se expresa la base de lo que hoy se presenta bajo el lema "gender" como una nueva filosofía de la sexualidad. Según esta filosofía, el sexo ya no es un dato originario de la naturaleza, que el hombre debe aceptar y llenar personalmente de sentido, sino un papel social del que se decide autónomamente, mientras que hasta ahora era la sociedad la que decidía. La falacia profunda de esta teoría y de la revolución antropológica que subyace en ella es evidente. El hombre niega tener una naturaleza preconstituida por su corporeidad, que caracteriza al ser humano. Niega la propia naturaleza y decide que ésta no se le ha dado como hecho preestablecido, sino que es él mismo quien se la debe crear. Según el relato bíblico de la creación, el haber sido creada por Dios como varón y mujer pertenece a la esencia de la criatura humana. Esta dualidad es esencial para el ser humano, tal como Dios la ha dado. Precisamente esta dualidad como dato originario es lo que se impugna. Ya no es válido lo que leemos en el relato de la creación: "Hombre y mujer los creó" (Gn 1,27). No, lo que vale ahora es que no ha sido Él quien los creó varón o mujer, sino que hasta ahora ha sido la sociedad la que lo ha determinado, y ahora somos nosotros mismos quienes hemos de decidir sobre esto. Hombre y mujer como realidad de la creación, como naturaleza de la persona humana, ya no existen. El hombre niega su propia naturaleza. Ahora él es sólo espíritu y voluntad. La manipulación de la naturaleza, que hoy deploramos por lo que se refiere al medio ambiente, se convierte aquí en la opción de fondo del hombre respecto a sí mismo. En la actualidad, existe sólo el hombre en abstracto, que después elige para sí mismo, autónomamente, una u otra cosa como naturaleza suya. Se niega a hombres y mujeres su exigencia creacional de ser formas de la persona humana que se integran mutuamente. Ahora bien, si no existe la dualidad de hombre y mujer como dato de la creación, entonces tampoco existe la familia como realidad preestablecida por la creación. Pero, en este caso, también la prole ha perdido el puesto que hasta ahora le correspondía y la particular dignidad que le es propia. Bernheim muestra cómo ésta, de sujeto jurídico de por sí, se convierte ahora necesariamente en objeto, al cual se tiene derecho y que, como objeto de un derecho, se puede adquirir. Allí donde la libertad de hacer se convierte en libertad de hacerse por uno mismo, se llega necesariamente a negar al Creador mismo y, con ello, también el hombre como criatura de Dios, como imagen de Dios, queda finalmente degradado en la esencia de su ser. En la lucha por la familia está en juego el hombre mismo. Y se hace evidente que, cuando se niega a Dios, se disuelve también la dignidad del hombre. Quien defiende a Dios, defiende al hombre.

Con esto quisiera llegar al segundo gran tema que, desde Asís hasta el Sínodo sobre la Nueva Evangelización, ha impregnado todo el año que termina, es decir,

la cuestión del *diálogo* y del *anuncio*. Hablemos primero del diálogo. Veo sobre todo tres campos de diálogo para la Iglesia en nuestro tiempo, en los cuales ella debe estar presente en la lucha por el hombre y por lo que significa ser persona humana: el diálogo con los Estados, el diálogo con la sociedad –incluyendo en él el diálogo con las culturas y la ciencia– y el diálogo con las religiones. En todos estos diálogos, la Iglesia habla desde la luz que le ofrece la fe. Pero encarna al mismo tiempo la memoria de la humanidad, que desde los comienzos y en el transcurso de los tiempos es memoria de las experiencias y sufrimientos de la humanidad, en los que la Iglesia ha aprendido lo que significa ser hombres, experimentando su límite y su grandeza, sus posibilidades y limitaciones. La cultura de lo humano, de la que ella se hace valedora, ha nacido y se ha desarrollado a partir del encuentro entre la revelación de Dios y la existencia humana. La Iglesia representa la memoria de ser hombres ante una cultura del olvido, que ya sólo conoce a sí misma y su propio criterio de medida. Pero, así como una persona sin memoria ha perdido su propia identidad, también una humanidad sin memoria perdería su identidad. Lo que se ha manifestado a la Iglesia en el encuentro entre la revelación y la experiencia humana va ciertamente más allá del ámbito de la razón, pero no constituye un mundo especial, que no tendría interés alguno para el no creyente. Si el hombre reflexiona sobre ello y se adentra en su comprensión, se amplía el horizonte de la razón, y esto concierne también a quienes no alcanzan a compartir la fe en la Iglesia. En el diálogo con el Estado y la sociedad, la Iglesia no tiene ciertamente soluciones ya hechas para cada uno de los problemas. Se esforzará junto con otras fuerzas sociales para las respuestas que se adapten mejor a la medida correcta del ser humano. Lo que ella ha reconocido como valores fundamentales, constitutivos y no negociables de la existencia humana, lo debe defender con la máxima claridad. Ha de hacer todo lo posible para crear una convicción que se pueda concretar después en acción política.

En la situación actual de la humanidad, el diálogo de las religiones es una condición necesaria para la paz en el mundo y, por tanto, es un deber para los cristianos, y también para las otras comunidades religiosas. Este diálogo de las religiones tiene diversas dimensiones. Será en primer lugar un simple diálogo de la vida, un diálogo sobre el compartir práctico. En él no se hablará de los grandes temas de la fe: si Dios es trinitario, o cómo ha de entenderse la inspiración de las Sagradas Escrituras, etc. Se trata de los problemas concretos de la convivencia y de la responsabilidad común respecto a la sociedad, al Estado, a la humanidad. En esto hay que aprender a aceptar al otro en su diferente modo de ser y pensar. Para ello, es necesario establecer como criterio de fondo del coloquio la responsabilidad común ante la justicia y la paz. Un diálogo en el que se trata sobre la paz y la justicia se convierte por sí mismo, más allá de lo meramente pragmático, en un debate ético sobre la verdad y el ser humano; un diálogo acerca de las valoraciones que son el presupuesto del todo. De este modo, un diálogo meramente práctico en un primer momento se convierte también en una búsqueda del modo justo de ser persona humana. Aun cuando las opciones de fondo en cuanto tales no se ponen en discusión, los esfuerzos sobre una cuestión concreta llegan a desencadenar un proceso en el que, mediante la escucha del otro, ambas partes pueden encontrar purificación y enriquecimiento. Así, estos esfuerzos pueden significar también pasos comunes hacia la única verdad, sin cambiar las opciones de fondo. Si ambas partes están impulsadas por una hermenéutica de la justicia

y de la paz, no desaparecerá la diferencia de fondo, pero crecerá también una cercanía más profunda entre ellas.

Hay dos reglas para la esencia del diálogo interreligioso que, por lo general, hoy se consideran fundamentales:

1. El diálogo no se dirige a la conversión, sino más bien a la comprensión. En esto se distingue de la evangelización, de la misión.
2. En conformidad con esto, en este diálogo, ambas partes permanecen conscientemente en su propia identidad, que no ponen en cuestión en el diálogo, ni para ellas, ni para los otros.

Estas reglas son justas. No obstante, pienso que estén formuladas demasiado superficialmente de esta manera. Sí, el diálogo no tiene como objetivo la conversión, sino una mejor comprensión recíproca. Esto es correcto. Pero tratar de conocer y comprender implica siempre un deseo de acercarse también a la verdad. De este modo, ambas partes, acercándose paso a paso a la verdad, avanzan y están en camino hacia modos de compartir más amplios, que se fundan en la unidad de la verdad. Por lo que se refiere al permanecer fieles a la propia identidad, sería demasiado poco que el cristiano, al decidir mantener su identidad, interrumpiese por su propia cuenta, por decirlo así, el camino hacia la verdad. Si así fuera, su ser cristiano sería algo arbitrario, una opción simplemente fáctica. De esta manera, pondría de manifiesto que él no tiene en cuenta que en la religión se está tratando con la verdad. Respecto a esto, diría que el cristiano tiene una gran confianza fundamental, más aún, la gran certeza de fondo de que puede adentrarse tranquilamente en la inmensidad de la verdad sin ningún temor por su identidad de cristiano. Ciertamente, no somos nosotros quienes poseemos la verdad, es ella la que nos posee a nosotros: Cristo, que es la Verdad, nos ha tomado de la mano, y sabemos que nos tiene firmemente de su mano en el camino de nuestra búsqueda apasionada del conocimiento. El estar interiormente sostenidos por la mano de Cristo nos hace libres y, al mismo tiempo, seguros. Libres, porque, si estamos sostenidos por Él, podemos entrar en cualquier diálogo abiertamente y sin miedo. Seguros, porque Él no nos abandona, a no ser que nosotros mismos nos separemos de Él. Unidos a Él, estamos en la luz de la verdad.

Para concluir es preciso hacer una breve anotación sobre el *anuncio*, sobre la *evangelización*, de la que, siguiendo las propuestas de los padres sinodales, hablará efectivamente con amplitud el documento postsinodal. Veo que los elementos esenciales del proceso de evangelización aparecen muy elocuentemente en el relato de san Juan sobre la llamada de los dos discípulos del Bautista, que se convierten en discípulos de Cristo (cf. Jn 1,35-39). Encontramos en primer lugar el mero acto del anuncio. Juan el Bautista señala a Jesús y dice: "Este es el Cordero de Dios". Poco más adelante, el evangelista narra un hecho similar. Esta vez es Andrés, que dice a su hermano Simón: "Hemos encontrado al Mesías" (1,41). El primero y fundamental elemento es el simple anuncio, el kerigma, que toma su fuerza de la convicción interior del que anuncia. En el relato de los dos discípulos sigue después la escucha, el ir tras los pasos de Jesús, un seguirle que no es todavía seguimiento, sino más bien una santa curiosidad, un movimiento de búsqueda. En efecto, ambos son personas en búsqueda, personas que, más allá de lo cotidiano, viven en espera de Dios, en espera porque Él está y, por tanto,

se mostrará. Su búsqueda, iluminada por el anuncio, se hace concreta. Quieren conocer mejor a Aquel que el Bautista ha llamado Cordero de Dios. El tercer acto comienza cuando Jesús mira atrás hacia ellos y les pregunta: “¿Qué buscáis?”. La respuesta de ambos es de nuevo una pregunta, que manifiesta la apertura de su espera, la disponibilidad a dar nuevos pasos. Preguntan: “Maestro, ¿dónde vives?”. La respuesta de Jesús: “Venid y veréis”, es una invitación a acompañarlo y, caminando con Él, a llegar a ver.

La palabra del anuncio es eficaz allí donde en el hombre existe la disponibilidad dócil para la cercanía de Dios; donde el hombre está interiormente en búsqueda y por ende en camino hacia el Señor. Entonces, la atención de Jesús por él le llega al corazón y, después, el encuentro con el anuncio suscita la santa curiosidad de conocer a Jesús más de cerca. Este caminar con Él conduce al lugar en el que habita Jesús, en la comunidad de la Iglesia, que es su Cuerpo. Significa entrar en la comunión itinerante de los catecúmenos, que es una comunión de profundización y, a la vez, de vida, en la que el caminar con Jesús nos convierte en personas que ven.

“Venid y veréis”. Esta palabra que Jesús dirige a los dos discípulos en búsqueda, la dirige también a los hombres de hoy que están en búsqueda. Al final de año, pedimos al Señor que la Iglesia, a pesar de sus pobreza, sea reconocida cada vez más como su morada. Le rogamos para que, en el camino hacia su casa, nos haga día a día más capaces de ver, de modo que podamos decir mejor, más y más convincentemente: Hemos encontrado a Aquél, al que todo el mundo espera, Jesucristo, verdadero Hijo de Dios y verdadero hombre. Con este espíritu os deseo de corazón a todos una Santa Navidad y un feliz Año Nuevo. Gracias.

HOMILIA DE S.S. BENEDICTO XVI
SOLEMNIDAD DE LA NATIVIDAD DEL SEÑOR.
MISA DE NOCHEBUENA
24 de diciembre de 2012

Queridos hermanos y hermanas

Una vez más, como siempre, la belleza de este Evangelio nos llega al corazón: una belleza que es esplendor de la verdad. Nuevamente nos conmueve que Dios se haya hecho niño, para que podamos amarlo, para que nos atrevamos a amarlo, y, como niño, se pone confiadamente en nuestras manos. Dice algo así: Sé que mi esplendor te asusta, que ante mi grandeza tratas de afianzarte tú mismo. Pues bien, vengo por tanto a ti como niño, para que puedas acogermé y amarme.

Nuevamente me llega al corazón esa palabra del evangelista, dicha casi de pasada, de que no había lugar para ellos en la posada. Surge inevitablemente la pregunta sobre qué pasaría si María y José llamaran a mi puerta. ¿Habría lugar para ellos? Y después nos percatamos de que esta noticia aparentemente casual de la falta de sitio en la posada, que lleva a la Sagrada Familia al establo, es profundizada en su esencia por el evangelista Juan cuando escribe: “Vino a su casa, y los suyos no la recibieron” (Jn 1,11). Así que la gran cuestión moral de lo que sucede entre nosotros a propósito de los prófugos, los refugiados, los emigrantes, alcanza un sentido más fundamental aún: ¿Tenemos un puesto para Dios cuando Él trata de entrar en nosotros? ¿Tenemos tiempo y espacio para Él? ¿No es precisamente a Dios mismo al que rechazamos? Y así se comienza porque no tenemos tiempo para Dios. Cuanto más rápidamente nos movemos, cuanto más eficaces son los medios que nos permiten ahorrar tiempo, menos tiempo nos queda disponible. ¿Y Dios? Lo que se refiere a Él, nunca parece urgente. Nuestro tiempo ya está completamente ocupado. Pero la cuestión va todavía más a fondo. *¿Tiene Dios realmente un lugar en nuestro pensamiento?* La metodología de nuestro pensar está planteada de tal manera que, en el fondo, Él no debe existir. Aunque parece llamar a la puerta de nuestro pensamiento, debe ser rechazado con algún razonamiento. Para que se sea considerado serio, el pensamiento debe estar configurado de manera que la “hipótesis Dios” sea superflua. No hay sitio para Él. Tampoco hay lugar para Él en nuestros sentimientos y deseos. Nosotros nos queremos a nosotros mismos, queremos las cosas tangibles, la felicidad que se pueda experimentar, el éxito de nuestros proyectos personales y de nuestras intenciones. Estamos completamente “llenos” de nosotros mismos, de modo que ya no queda espacio alguno para Dios. Y, por eso, tampoco queda espacio para los otros, para los niños, los pobres, los extranjeros. A partir de la sencilla palabra sobre la falta de sitio en la posada, podemos darnos cuenta de lo necesaria que es la exhortación de san Pablo: “Transformaos por la renovación de la mente” (Rm 12,2). Pablo habla de renovación, de abrir nuestro intelecto (nous); habla, en general, del modo en que vemos el mundo y nos vemos

a nosotros mismos. La conversión que necesitamos debe llegar verdaderamente hasta las profundidades de nuestra relación con la realidad. Roguemos al Señor para que estemos vigilantes ante su presencia, para que oigamos cómo él llama, de manera callada pero insistente, a la puerta de nuestro ser y de nuestro querer. Oremos para que se cree en nuestro interior un espacio para él. Y para que, de este modo, podamos reconocerlo también en aquellos a través de los cuales se dirige a nosotros: en los niños, en los que sufren, en los abandonados, los marginados y los pobres de este mundo.

En el relato de la Navidad hay también una segunda palabra sobre la que quisiera reflexionar con vosotros: el himno de alabanza que los ángeles entonan después del mensaje sobre el Salvador recién nacido: “Gloria a Dios en el cielo, y en la tierra paz a los hombres en quienes él se complace”. Dios es glorioso. Dios es luz pura, esplendor de la verdad y del amor. Él es bueno. Es el verdadero bien, el bien por excelencia. Los ángeles que lo rodean transmiten en primer lugar simplemente la alegría de percibir la gloria de Dios. Su canto es una irradiación de la alegría que los inunda. En sus palabras oímos, por decirlo así, algo de los sonidos melodiosos del cielo. En ellas no se supone ninguna pregunta sobre el porqué, aparece simplemente el hecho de estar llenos de la felicidad que proviene de advertir el puro esplendor de la verdad y del amor de Dios. Queremos dejarnos embargar de esta alegría: existe la verdad. Existe la pura bondad. Existe la luz pura. Dios es bueno y él es el poder supremo por encima de todos los poderes. En esta noche deberíamos simplemente alegrarnos de este hecho, junto con los ángeles y los pastores.

Con la gloria de Dios en las alturas, se relaciona la paz en la tierra a los hombres. Donde no se da gloria a Dios, donde se le olvida o incluso se le niega, tampoco hay paz. Hoy, sin embargo, corrientes de pensamiento muy difundidas sostienen lo contrario: la religión, en particular el monoteísmo, sería la causa de la violencia y de las guerras en el mundo; sería preciso liberar antes a la humanidad de la religión para que se estableciera después la paz; el monoteísmo, la fe en el único Dios, sería prepotencia, motivo de intolerancia, puesto que por su naturaleza quisiera imponerse a todos con la pretensión de la única verdad. Es cierto que el monoteísmo ha servido en la historia como pretexto para la intolerancia y la violencia. Es verdad que una religión puede enfermar y llegar así a oponerse a su naturaleza más profunda, cuando el hombre piensa que debe tomar en sus manos la causa de Dios, haciendo así de Dios su propiedad privada. Debemos estar atentos contra esta distorsión de lo sagrado. Si es incontestable un cierto uso indebido de la religión en la historia, no es verdad, sin embargo, que el “no” a Dios restablecería la paz. Si la luz de Dios se apaga, se extingue también la dignidad divina del hombre. Entonces, ya no es la imagen de Dios que debemos honrar en cada uno, en el débil, el extranjero, el pobre. Entonces ya no somos todos hermanos y hermanas, hijos del único Padre que, a partir del Padre están relacionados mutuamente. Qué géneros de violencia arrogante aparecen entonces, y cómo el hombre desprecia y aplasta al hombre, lo hemos visto en toda su crueldad el siglo pasado. Sólo cuando la luz de Dios brilla sobre el hombre y en el hombre, sólo cuando cada hombre es querido, conocido y amado por Dios, sólo entonces, por miserable que sea su situación, su dignidad es inviolable. En la Noche Santa, Dios mismo se ha hecho hombre, como había anunciado el profeta Isaías: el niño nacido aquí es “Emmanuel”, Dios con nosotros (cf. *Is* 7,14). Y, en

el transcurso de todos estos siglos no se han dado ciertamente sólo casos de uso indebido de la religión, sino que la fe en ese Dios que se ha hecho hombre ha provocado siempre de nuevo fuerzas de reconciliación y de bondad. En la oscuridad del pecado y de la violencia, esta fe ha insertado un rayo luminoso de paz y de bondad que sigue brillando.

Así pues, *Cristo es nuestra paz*, y ha anunciado la paz a los de lejos y a los de cerca (cf. *Ef 2,14.17*). Cómo dejar de implorarlo en esta hora: Sí, Señor, anúncianos también hoy la paz, a los de cerca y a los de lejos. Haz que, también hoy, de las espadas se forjen arados (cf. *Is 2,4*), que en lugar de armamento para la guerra lleguen ayudas para los que sufren. Ilumina a las personas que se creen en el deber de aplicar la violencia en tu nombre, para que aprendan a comprender lo absurdo de la violencia y a reconocer tu verdadero rostro. Ayúdanos a ser hombres “en los que te complaces”, hombres conformes a tu imagen y, así, hombres de paz.

Apenas se alejaron los ángeles, los pastores se decían unos a otros: Vamos, pasemos allá, a Belén, y veamos esta palabra que se ha cumplido por nosotros (cf. *Lc 2,15*). Los pastores se apresuraron en su camino hacia Belén, nos dice el evangelista (cf. *2,16*). Una santa curiosidad los impulsaba a ver en un pesebre a este niño, que el ángel había dicho que era el Salvador, el Cristo, el Señor. La gran alegría, a la que el ángel se había referido, había entrado en su corazón y les daba alas.

Vayamos allá, a Belén, dice hoy la liturgia de la Iglesia. *Trans-eamus* traduce la Biblia latina: “atravesar”, ir al otro lado, atreverse a dar el paso que va más allá, la “travesía” con la que salimos de nuestros hábitos de pensamiento y de vida, y sobrepasamos el mundo puramente material para llegar a lo esencial, al más allá, hacia el Dios que, por su parte, ha venido acá, hacia nosotros. Pidamos al Señor que nos dé la capacidad de superar nuestros límites, nuestro mundo; que nos ayude a encontrarlo, especialmente en el momento en el que él mismo, en la Sagrada Eucaristía, se pone en nuestras manos y en nuestro corazón.

Vayamos allá, a Belén. Con estas palabras que nos decimos unos a otros, al igual que los pastores, no debemos pensar sólo en la gran travesía hacia el Dios vivo, sino también en la ciudad concreta de Belén, en todos los lugares donde el Señor vivió, trabajó y sufrió. Pidamos en esta hora por quienes hoy viven y sufren allí. Oremos para que allí reine la paz. Oremos para que israelíes y palestinos puedan llevar una vida en la paz del único Dios y en libertad. Pidamos también por los países circunstantes, por el Líbano, Siria, Irak, y así sucesivamente, de modo que en ellos se asiente la paz. Que los cristianos en aquellos países donde ha tenido origen nuestra fe puedan conservar su morada; que cristianos y musulmanes construyan juntos sus países en la paz de Dios.

Los pastores se apresuraron. Les movía una santa curiosidad y una santa alegría. Tal vez es muy raro entre nosotros que nos apresuremos por las cosas de Dios. Hoy, Dios no forma parte de las realidades urgentes. Las cosas de Dios, así decimos y pensamos, pueden esperar. Y, sin embargo, él es la realidad más importante, el Único que, en definitiva, importa realmente. ¿Por qué no deberíamos también nosotros dejarnos llevar por la curiosidad de ver más de cerca y conocer lo que Dios nos ha dicho? Pidámselo que la santa curiosidad y la santa alegría de los pastores nos inciten también hoy a nosotros, y vayamos pues con alegría allá, a Belén; hacia el Señor que también hoy viene de nuevo entre nosotros. Amén.

BENEDICTO XVI
AUDIENCIA GENERAL
Plaza de San Pedro
Miércoles 27 de febrero de 2013

*Venerados hermanos en el episcopado y en el presbiterado,
distinguidas autoridades,
queridos hermanos y hermanas:*

Os doy las gracias por haber venido, y tan numerosos, a ésta que es mi última audiencia general.

Gracias de corazón. Estoy verdaderamente conmovido y veo que la Iglesia está viva. Y pienso que debemos también dar gracias al Creador por el buen tiempo que nos regala ahora, todavía en invierno.

Como el apóstol Pablo en el texto bíblico que hemos escuchado, también yo siento en mi corazón que debo dar gracias sobre todo a Dios, que guía y hace crecer a la Iglesia, que siembra su Palabra y alimenta así la fe en su Pueblo. En este momento, mi alma se ensancha y abraza a toda la Iglesia esparcida por el mundo; y doy gracias a Dios por las “noticias” que en estos años de ministerio petrino he recibido sobre la fe en el Señor Jesucristo, y sobre la caridad que circula realmente en el Cuerpo de la Iglesia, y que lo hace vivir en el amor, y sobre la esperanza que nos abre y nos orienta hacia la vida en plenitud, hacia la patria celestial.

Siento que llevo a todos en la oración, en un presente que es el de Dios, donde recojo cada encuentro, cada viaje, cada visita pastoral. Recojo todo y a todos en la oración para encomendarlos al Señor, para que tengamos pleno conocimiento de su voluntad, con toda sabiduría e inteligencia espiritual, y para que podamos comportarnos de manera digna de Él, de su amor, fructificando en toda obra buena (cf. *Col 1, 9-10*).

En este momento, tengo una gran confianza, porque sé, sabemos todos, que la Palabra de verdad del Evangelio es la fuerza de la Iglesia, es su vida. El Evangelio purifica y renueva, da fruto, dondequiera que la comunidad de los creyentes lo escucha y acoge la gracia de Dios en la verdad y en la caridad. Ésta es mi confianza, ésta es mi alegría.

Cuando el 19 de abril de hace casi ocho años acepté asumir el ministerio petrino, tuve esta firme certeza que siempre me ha acompañado: la certeza de la vida de la Iglesia por la Palabra de Dios. En aquel momento, como ya he expresado varias veces, las palabras que resonaron en mi corazón fueron: Señor, ¿por qué me pides esto y qué me pides? Es un peso grande el que pones en mis hombros, pero si Tú me lo pides, por tu palabra echaré las redes, seguro de que Tú me guiarás, también con todas mis debilidades. Y ocho años después puedo decir que el Señor realmente me ha guiado, ha estado cerca de mí, he podido percibir cotidianamente su presencia. Ha sido un trecho del camino de la Iglesia, que ha tenido momentos de alegría y de luz, pero también momentos no fáciles; me he sentido como San

Pedro con los apóstoles en la barca en el lago de Galilea: el Señor nos ha dado muchos días de sol y de brisa suave, días en los que la pesca ha sido abundante; ha habido también momentos en los que las aguas se agitaban y el viento era contrario, como en toda la historia de la Iglesia, y el Señor parecía dormir. Pero siempre supe que en esa barca estaba el Señor y siempre he sabido que la barca de la Iglesia no es mía, no es nuestra, sino que es suya. Y el Señor no deja que se hunda; es Él quien la conduce, ciertamente también a través de los hombres que ha elegido, pues así lo ha querido. Ésta ha sido y es una certeza que nada puede empañar. Y por eso hoy mi corazón está lleno de gratitud a Dios, porque jamás ha dejado que falte a toda la Iglesia y tampoco a mí su consuelo, su luz, su amor.

Estamos en el *Año de la fe*, que he proclamado para fortalecer precisamente nuestra fe en Dios en un contexto que parece rebajarlo cada vez más a un segundo plano. Desearía invitarlos a todos a renovar la firme confianza en el Señor, a confiarnos como niños en los brazos de Dios, seguros de que esos brazos nos sostienen siempre y son los que nos permiten caminar cada día, también en la dificultad. Me gustaría que cada uno se sintiera amado por ese Dios que ha dado a su Hijo por nosotros y que nos ha mostrado su amor sin límites. Quisiera que cada uno de vosotros sintiera la alegría de ser cristiano. En una bella oración para recitar a diario por la mañana se dice: "Te adoro, Dios mío, y te amo con todo el corazón. Te doy gracias porque me has creado, hecho cristiano...". Sí, alegrémonos por el don de la fe; es el bien más precioso, que nadie nos puede arrebatarnos. Por ello demos gracias al Señor cada día, con la oración y con una vida cristiana coherente. Dios nos ama, pero espera que también nosotros lo amemos.

Pero no es sólo a Dios a quien quiero dar las gracias en este momento. Un Papa no guía él solo la barca de Pedro, aunque sea ésta su principal responsabilidad. Yo nunca me he sentido solo al llevar la alegría y el peso del ministerio petrino; el Señor me ha puesto cerca a muchas personas que, con generosidad y amor a Dios y a la Iglesia, me han ayudado y han estado cerca de mí. Ante todo vosotros, queridos hermanos cardenales: vuestra sabiduría y vuestros consejos, vuestra amistad han sido valiosos para mí; mis colaboradores, empezando por mi Secretario de Estado que me ha acompañado fielmente en estos años; la Secretaría de Estado y toda la Curia Romana, así como todos aquellos que, en distintos ámbitos, prestan su servicio a la Santa Sede. Se trata de muchos rostros que no aparecen, permanecen en la sombra, pero precisamente en el silencio, en la entrega cotidiana, con espíritu de fe y humildad, han sido para mí un apoyo seguro y fiable. Un recuerdo especial a la Iglesia de Roma, mi diócesis. No puedo olvidar a los hermanos en el episcopado y en el presbiterado, a las personas consagradas y a todo el Pueblo de Dios: en las visitas pastorales, en los encuentros, en las audiencias, en los viajes, siempre he percibido gran interés y profundo afecto. Pero también yo os he querido a todos y cada uno, sin distinciones, con esa caridad pastoral que es el corazón de todo Pastor, sobre todo del Obispo de Roma, del Sucesor del Apóstol Pedro. Cada día he llevado a cada uno de vosotros en la oración, con el corazón de padre.

Desearía que mi saludo y mi agradecimiento llegara además a todos: el corazón de un Papa se extiende al mundo entero. Y querría expresar mi gratitud al Cuerpo diplomático ante la Santa Sede, que hace presente a la gran familia de las Naciones. Aquí pienso también en cuantos trabajan por una buena comunicación, y a quienes agradezco su importante servicio.

En este momento, desearía dar las gracias de todo corazón a las numerosas personas de todo el mundo que en las últimas semanas me han enviado signos conmovedores de delicadeza, amistad y oración. Sí, el Papa nunca está solo; ahora lo experimento una vez más de un modo tan grande que toca el corazón. El Papa pertenece a todos y muchísimas personas se sienten muy cerca de él. Es verdad que recibo cartas de los grandes del mundo –de los Jefes de Estado, de los líderes religiosos, de los representantes del mundo de la cultura, etcétera. Pero recibo también muchísimas cartas de personas humildes que me escriben con sencillez desde lo más profundo de su corazón y me hacen sentir su cariño, que nace de estar juntos con Cristo Jesús, en la Iglesia. Estas personas no me escriben como se escribe, por ejemplo, a un príncipe o a un personaje a quien no se conoce. Me escriben como hermanos y hermanas o como hijos e hijas, sintiendo un vínculo familiar muy afectuoso. Aquí se puede tocar con la mano qué es la Iglesia –no una organización, una asociación con fines religiosos o humanitarios, sino un cuerpo vivo, una comunión de hermanos y hermanas en el Cuerpo de Jesucristo, que nos une a todos. Experimentar la Iglesia de este modo, y poder casi llegar a tocar con la mano la fuerza de su verdad y de su amor, es motivo de alegría, en un tiempo en que tantos hablan de su declive. Pero vemos cómo la Iglesia hoy está viva.

En estos últimos meses, he notado que mis fuerzas han disminuido, y he pedido a Dios con insistencia, en la oración, que me iluminara con su luz para tomar la decisión más adecuada no para mi propio bien, sino para el bien de la Iglesia. He dado este paso con plena conciencia de su importancia y también de su novedad, pero con una profunda serenidad de ánimo. Amar a la Iglesia significa también tener el valor de tomar decisiones difíciles, sufridas, teniendo siempre delante el bien de la Iglesia y no el de uno mismo.

Permitidme aquí volver de nuevo al 19 de abril de 2005. La seriedad de la decisión reside precisamente también en el hecho de que a partir de aquel momento me comprometía siempre y para siempre con el Señor. Siempre –quien asume el ministerio petrino ya no tiene ninguna privacidad. Pertenece siempre y totalmente a todos, a toda la Iglesia. Su vida, por así decirlo, viene despojada de la dimensión privada. He podido experimentar, y lo experimento precisamente ahora, que uno recibe la vida justamente cuando la da. Antes he dicho que muchas personas que aman al Señor aman también al Sucesor de San Pedro y le tienen un gran cariño; que el Papa tiene verdaderamente hermanos y hermanas, hijos e hijas en todo el mundo, y que se siente seguro en el abrazo de vuestra comunión; porque ya no se pertenece a sí mismo, pertenece a todos y todos le pertenecen.

El “siempre” es también un “para siempre” –ya no existe una vuelta a lo privado. Mi decisión de renunciar al ejercicio activo del ministerio no revoca esto. No vuelvo a la vida privada, a una vida de viajes, encuentros, recepciones, conferencias, etcétera. No abandono la cruz, sino que permanezco de manera nueva junto al Señor Crucificado. Ya no tengo la potestad del oficio para el gobierno de la Iglesia, pero en el servicio de la oración permanezco, por así decirlo, en el recinto de San Pedro. San Benito, cuyo nombre llevo como Papa, me será de gran ejemplo en esto. Él nos mostró el camino hacia una vida que, activa o pasiva, pertenece totalmente a la obra de Dios.

Doy las gracias a todos y cada uno también por el respeto y la comprensión con la que habéis acogido esta decisión tan importante. Continuaré acompañando el camino de la Iglesia con la oración y la reflexión, con la entrega al Señor y a su Esposa, que he tratado de vivir hasta ahora cada día y quisiera vivir siempre.

Os pido que me recordéis ante Dios, y sobre todo que recéis por los Cardenales, llamados a una tarea tan relevante, y por el nuevo Sucesor del Apóstol Pedro: que el Señor le acompañe con la luz y la fuerza de su Espíritu.

Invoquemos la intercesión maternal de la Virgen María, Madre de Dios y de la Iglesia, para que nos acompañe a cada uno de nosotros y a toda la comunidad eclesial; a Ella nos encomendamos, con profunda confianza.

Queridos amigos, Dios guía a su Iglesia, la sostiene siempre, también y sobre todo en los momentos difíciles. No perdamos nunca esta visión de fe, que es la única visión verdadera del camino de la Iglesia y del mundo. Que en nuestro corazón, en el corazón de cada uno de vosotros, esté siempre la gozosa certeza de que el Señor está a nuestro lado, no nos abandona, está cerca de nosotros y nos cubre con su amor. Gracias.

DECLARATIO

Queridísimos hermanos,

Os he convocado a este Consistorio, no sólo para las tres causas de canonización, sino también para comunicaros una decisión de gran importancia para la vida de la Iglesia. Después de haber examinado ante Dios reiteradamente mi conciencia, he llegado a la certeza de que, por la edad avanzada, ya no tengo fuerzas para ejercer adecuadamente el ministerio petrino. Soy muy consciente de que este ministerio, por su naturaleza espiritual, debe ser llevado a cabo no únicamente con obras y palabras, sino también y en no menor grado sufriendo y rezando. Sin embargo, en el mundo de hoy, sujeto a rápidas transformaciones y sacudido por cuestiones de gran relieve para la vida de la fe, para gobernar la barca de san Pedro y anunciar el Evangelio, es necesario también el vigor tanto del cuerpo como del espíritu, vigor que, en los últimos meses, ha disminuido en mí de tal forma que he de reconocer mi incapacidad para ejercer bien el ministerio que me fue encomendado. Por esto, siendo muy consciente de la seriedad de este acto, con plena libertad, declaro que renuncio al ministerio de Obispo de Roma, Sucesor de San Pedro, que me fue confiado por medio de los Cardenales el 19 de abril de 2005, de forma que, desde el 28 de febrero de 2013, a las 20.00 horas, la sede de Roma, la sede de San Pedro, quedará vacante y deberá ser convocado, por medio de quien tiene competencias, el cónclave para la elección del nuevo Sumo Pontífice.

Queridísimos hermanos, os doy las gracias de corazón por todo el amor y el trabajo con que habéis llevado junto a mí el peso de mi ministerio, y pido perdón por todos mis defectos. Ahora, confiamos la Iglesia al cuidado de su Sumo Pastor, Nuestro Señor Jesucristo, y suplicamos a María, su Santa Madre, que asista con su materna bondad a los Padres Cardenales al elegir el nuevo Sumo Pontífice. Por lo que a mi respecta, también en el futuro, quisiera servir de todo corazón a la Santa Iglesia de Dios con una vida dedicada a la plegaria.

Vaticano, 10 de febrero 2013.

Benedictus PP XVI

DESNATURALIZACIONES DE LA FE

La fragilidad humana suele mezclar elementos espurios en actividades de suyo nobles y por lo mismo positivas. Eso puede suceder también con la fe. Cuando se desnaturaliza, es decir, cuando pierde su verdadera esencia, se obtiene, como resultado, una caricatura deforme que ya no puede cumplir con su función en la vida humana orientada hacia Dios.

Anotemos algunas de esas distorsiones, unas más graves que otras, pero todas nocivas, y en ciertos casos bastante radicales.

La *incredulidad* y el *agnosticismo* son actitudes que cierran el paso al acto de fe, juzgándolo imposible y haciendo de la duda permanente e insoluble una especie de muro incompatible con la fe. No llegan hasta el límite de rechazar positivamente la fe en Dios y en el mundo sobrenatural, como es el caso del ateísmo, pero no ven la posibilidad de afirmar con certeza lo que trasciende la experiencia sensorial.

La *parcialización* de la fe consiste en establecer divisiones en el objeto de la fe, admitiendo partes de él y negando o desinteresándose de otras. La fe católica, como lo indica esta palabra que significa *totalidad e integridad*, constituye una unidad indivisible, como es uno e indivisible el designio salvador de Dios. No es posible, católicamente hablando, creer en la Santísima Trinidad y rechazar los Sacramentos o aceptar sólo algunos de ellos; creer en la humanidad de Cristo, pero rechazar su divinidad; creer en el Evangelio, pero rechazar a la Iglesia como instrumento de la salvación.

La *utilitarización* de la fe mira a Dios y a sus dones solamente como un recurso en situaciones angustiosas o difíciles, como algo de lo que se puede o debe echar mano sólo en ciertos momentos, pero de lo que se puede prescindir en otros en los cuales otras soluciones parecen suficientes, y cuando se acude a Él, no se lo ve como el centro y punto de referencia para toda la vida, hasta en sus detalles cotidianos, sino como una solución a un determinado problema, pero sin mayor compromiso de la vida en su globalidad. Mirar a Dios solamente como un *recurso* es rebajarlo al pobre nivel de un *instrumento* y olvidar que nuestra relación con Él es, ante todo, una relación de vida y de amor.

Una fe *temblosa* mira a Dios como quien puede infligirnos duros castigos por nuestros pecados y sitúa la propia existencia en un ambiente de temor. Una tal actitud desconoce la fundamental afirmación cristiana de que "*Dios es Amor*" (1 Jn 4,16), y que nuestra respuesta a su amor no puede ser sino la de amarlo. Si el temor tiene alguna cabida en el horizonte cristiano, es en la medida en que lo único realmente temible es no amar a Dios con todo el corazón, con toda la mente y con todas nuestras capacidades (ver Dt 6, 5; Mc 22, 37; Mc 12, 30; Lc 10, 27), porque amar es Su verdad y también la nuestra.

La *superstición* viene a ser un sucedáneo de la verdadera fe, atribuyendo a cosas, objetos o situaciones un poder que no poseen y que sólo pertenece a Dios. En el fondo la superstición tiene alguna semejanza con la idolatría y es vecina a las prácticas mágicas. En las actitudes *supersticiosas* existe una errónea tentativa de sustituir la confianza en Dios y en su amor misericordioso, con el uso de símbolos o amuletos que serían más eficaces que la bondad omnipotente de Dios, lo que

significa tener de Él una idea muy mezquina. Las expresiones de la religiosidad popular no son de suyo manifestaciones supersticiosas, sino la consecuencia de la encarnación del Verbo de Dios, que quiso asumir las realidades materiales para hacerlas instrumentos de sus designios de salvación, los que conciernen al hombre en la integralidad de su ser, compuesto de espíritu y cuerpo.

Las prácticas *adivinatorias* son también expresión de flaqueza y debilidad de la fe, ya que se orientan a conocer ansiosamente el porvenir, desconfiando de la providencia de Dios y de su amorosa sabiduría que hace que *“todo coopere al bien de los que aman a Dios”* (Rom 8, 28), e imaginando que los seres humanos podríamos estar en mejores condiciones para enfrentar los avatares del futuro si supiéramos anticipadamente lo que nos depara. Naturalmente, nada tiene que ver con las prácticas *adivinatorias* o con el *ocultismo* el legítimo recurso a los procedimientos técnicos y científicos que nos permiten prever los cambios atmosféricos o el desarrollo de las patologías: son valiosos progresos de la humanidad, realizados con las capacidades que Dios dio al hombre y que se inscriben en su designio de llamarnos a colaborar con sus obras.

Queda aún por examinar un hecho que quizás no cabe exactamente bajo la denominación de *“desnaturalización”* y que podría calificarse como *fe frágil* o *fe superficial* o *fe mal fundada* y es el caso de personas que, ante escándalos o conductas reprobables de cristianos y aun de pastores de la Iglesia, dicen “perder la fe”. ¿Acaso esos cristianos fundan su fe en la conducta de seres humanos y fallibles? No puede ser así: nuestra fe cristiana y católica tiene como cimiento sólido y seguro la palabra de Dios contenida en las Sagradas Escrituras y en la Tradición apostólica, y fielmente transmitida por el Magisterio auténtico confiado por Jesús a los legítimos pastores de la Iglesia, el Obispo de Roma, el Papa, cabeza visible del cuerpo eclesial, y a los Obispos en comunión jerárquica con él. Nuestra fe es adhesión firme y total a la palabra de Dios y no puede depender de las lamentables falencias de los miembros de la Iglesia, las que ciertamente empañan la santidad del Cuerpo de Cristo, pero no pueden cuestionar la absoluta verdad de la fe ni poner en duda la misión de la Iglesia de anunciar el Evangelio, de comunicarnos la gracia a través de los santos Sacramentos y de conducir pastoralmente a los discípulos de Cristo en la vida eclesial y hacia la vida eterna. No podemos sino lamentar los pecados que hacen presa de los miembros de la Iglesia, pero el legítimo dolor que causan, así como el daño que ocasionan, no pueden hacer vacilar nuestra fe en Dios, en su palabra de Verdad, y en la Esposa de Cristo, que es la Iglesia, y que, por la acción del Espíritu Santo, es instrumento y lugar visible de la obra salvadora de Jesús. Ante la realidad del pecado es preciso orar por la conversión de los que los cometen, sin excluirnos por cierto a nosotros mismos y reparar su daño con más amor a Dios y al prójimo.

El camino de la fe implica una progresiva purificación. Nuestra fe, por la gracia de Dios, debe ir creciendo en profundidad y necesita ir despojándose de no pocas imperfecciones que son como las manchas de la superficie de un cristal que impiden percibir a través de él una imagen nítida, sin deformaciones ni oscuridades.

CARDENAL JORGE MEDINA ESTÉVEZ*

*Párrafos finales del libro “Reflexiones acerca de la fe” (editado por el obispado de San Bernardo); puede leerse también en www.humanitas.cl en banner AÑO DE LA FE.

LA PRESENCIA DIABÓLICA EN LA MENTALIDAD CONTEMPORÁNEA

Es un fenómeno de gran profundidad, complejidad y perversidad. Se trata de la acción del demonio que condiciona la vida tratando de socavar la fe del corazón de los hombres. De hecho, hay una presencia diabólica ciertamente en la mentalidad que domina nuestra sociedad, una mentalidad sustancialmente atea, diabólica en el sentido de decir: si se quita a Dios, el hombre se realiza plenamente. (...)

El poder que la Iglesia tiene sobre el demonio, que es el mismo poder que tenía Cristo, forma parte integral de su misión y se expresa como diaconía de la verdad y diaconía de la caridad. Por eso se trata de dar una claridad de juicio sobre la presencia del mal, del demonio, en la normalidad de la vida cultural y social, y acompañar a aquellos que son agredidos por el poder del demonio con un amplio y significativo camino de caridad, a cuyo término en ciertas situaciones está, de hecho, el exorcismo. (...)

Presente en cualquier ámbito, la fenomenología de las sectas ha sido minuciosamente examinada durante el curso por su incesante crecimiento tanto respecto a la variedad como al número de adeptos. Y si bien no todas las sectas son específicamente satánicas, los relatores las han definido en su conjunto como diabólicas por naturaleza, ya que, bajo un manto de secreto, su único fin es a veces sólo explotar a la persona vulnerable, privándola de su libertad –que es destruida, dañando así la familia y la sociedad–, pisoteando sus derechos, imponiéndole un modelo estricto de existencia, encerrándola en una estructura totalizante, llevándola a un aislamiento social y afectivo y, por eso, a una despersonalización a través de numerosos abusos más o menos evidentes. (...)

El sentido religioso no tiene nada que ver con las sectas. Éstas, a lo sumo, lo instrumentalizan, también en su logrado acercamiento a los jóvenes, muchos menores de edad. A estos factores se añade, además, la fascinación que el satanismo ejerce en los adolescentes. Los satanistas propiamente dichos no son numerosos, pero –también a través de Internet– está muy difundida la cultura satánica, donde no es rara la instigación a la violencia y el suicidio.

El sustrato de todas estas tendencias es la búsqueda del poder que penetra por todas partes, que impulsa la pretensión de sacar determinados beneficios de una situación de alejamiento de Dios. Con raíces precisas en la dictadura del relativismo, en la crisis de las relaciones interpersonales en un panorama hipertextológico, en la exaltación del subjetivismo, en el delirio de omnipotencia que hace de la persona un dios.

MONSEÑOR LUIGI NEGRI*

*Obispo de San Marino-Montefeltro, De *L'Osservatore Romano*. Publicado en *Humanitas* 68/2012, 805

EL DEBER FISCAL SEGÚN LA DOCTRINA CATÓLICA¹

Samuele Cecotti*

Tras el pánico generado por la indomable crisis financiera mundial y el desorden de una UE incapaz de articular cualquier política económica, se habla mucho de la evasión fiscal como una gravísima inmoralidad. El debate político-mediático cotidiano está lleno de proclamas demagógicas contra la plaga de la evasión fiscal en una extraña unanimidad retórica, que va desde el *migliorista*² Giorgio Napolitano, presidente de la República, hasta el cardenal Angelo Bagnasco, presidente de la Conferencia Episcopal Italiana, pasando por el variado conjunto de ministros, parlamentarios y cabezas de partido. Desde hace un tiempo, un *spot* publicitario del gobierno que se transmite en las diversas cadenas televisivas nacionales, querido por el gobierno de Berlusconi y mantenido por el gobierno de Monti (Ejecutivo autor de normas fiscales inicuas y de un todavía más inicuo control del Estado sobre la vida económica de los ciudadanos, control capaz de confirmar o empeorar aquel régimen dominante desde hace un tiempo, el cual se configura como un Estado de Policía Tributaria), coloca a la entera clase política nacional en el número de cuantos usan demagógicamente la imagen estereotipada del evasor, parásito de la sociedad. También entre los católicos democráticos, de ordinario generosos y benévolos con toda desviación moral, no se invoca jamás piedad para los evasores, reos de anteponer los derechos de propiedad privada a la progresiva y “providencial” acción del Estado-Providencia. El Prof. Romano Prodi, durante su último gobierno, fue quien reprochó a los confesores por la escasa atención prestada en el fuero interno al “pecado” de evasión fiscal. Al “católico adulto”³ Prodi le responde Monseñor Velasio De Paolis, entonces Secretario del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica y hoy cardenal delegado pontificio para la Congregación de los Legionarios de Cristo y ya presidente de la Prefectura de Asuntos Económicos de la Santa Sede: “el legislador tiene el derecho de imponer

*Samuele Cecotti (Udine 1984) es graduado en Letras (2007) y en Historia (2009) por la Università degli Studi de Udine (Italia). Además es bachiller en Filosofía por el Studio Domenicano de Bologna (2012). Actualmente estudia Teología en Roma. Es autor del libro *Della legittimità dello Stato italiano. Risorgimento e Repubblica nell'analisi di un polemista cattolico* (Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane. 2012). Colabora con el periódico *Instaurare* y sus artículos han sido traducidos al francés y al español.

¹*Instaurare*, a. XLI, n. 1, 2012; 3-6.

²*Migliorismo*: corriente política italiana que surge dentro del Partido Comunista del mismo país. Consiste en aceptar el capitalismo para mejorarlo desde dentro junto con políticas socialdemócratas. Es decir, una forma de reformismo (marxista). (N. del T.)

³Así se definió a sí mismo Prodi en 2005 cuando no siguió el pedido de la CEI de no participar en el referéndum por la fecundación asistida. (N. del T.)

la tasa, el ciudadano tiene el deber de pagarla, pero el gobierno debe usar bien de ese dinero: si lo usa mal o si la tasa es excesiva, llega a faltar el presupuesto”.

El canonista De Paolis nos recuerda con autoridad que, como el derecho del Estado a la imposición fiscal no es absoluto sino relativo a un orden moral objetivo⁴, y, en consecuencia, es relativo el deber fiscal de los ciudadanos.

Con demasiada frecuencia se oye equiparar la evasión fiscal al hurto –también por parte de autorizadas fuentes católicas⁵–, lo que sugiere una concepción estatista/colectivista de la propiedad, para la cual el Estado/la colectividad presumiría de un derecho real superior sobre los bienes privados; siendo que, por el contrario, el Magisterio ha siempre presentado el deber fiscal como un deber de *pietas* ligado al cuarto mandamiento, y no al séptimo; o también, a un deber de justicia legal y no de justicia conmutativa⁶. Esto significa que no pagar los impuestos o tasas pretendidas por el fisco no es hurto, sino más bien, una violación del deber moral y jurídico de obediencia a la autoridad y de cooperación al bien común.

A decir verdad, la teoría de la evasión fiscal como hurto parecería encontrar una débil confirmación en el Magisterio de Benedicto XVI⁷ y en una reciente orientación general de la Iglesia docente hacia la idea de una fiscalidad dirigida al Estado Social⁸. Faltando, empero, pronunciamientos puntuales del Magisterio sobre la cuestión, convendrá atenerse a la doctrina de siempre⁹, tanto más cuanto que las recientes novedades propuestas por la reflexión moral sobre la Doctrina Social se presentan frecuentemente como concesiones de la doctrina católica a la socialdemocracia y/o al paradigma democrático liberal del *Welfare State* (Estado de bienestar).

Asentado, entonces, *el deber fiscal como un deber de justicia legal*, se puede examinar con la sabiduría de la doctrina, la naturaleza de la violación de este deber, los modos, los casos, los atenuantes y las justificaciones.

Para que pueda hablarse de violación del deber fiscal es necesario que la omisión cometida sea ilegítima o también que la pretensión fiscal sea legítima, en cuanto la norma positiva que la determina sea conforme al derecho natural. No todas las evasiones fiscales, tampoco las violaciones de normas positivas (fiscales), son inmorales, sino solamente aquellas que defraudan en caso de impuestos o tasas justos¹⁰. Es la legitimidad de estos últimos la que torna obligatoria la carga fiscal.

⁴Cfr. Pío XI, *Divini Redemptoris* (AAS 29, 103-104); Juan XXIII, *Mater et Magistra* (AAS 53, 433-434 y 438); Concilio Ecuménico Vaticano II, *GS*, 30 (AAS 58, 1049-1050).

⁵“...la evasión fiscal es hurto...” (G. Salvini, S.J., “Sistema fiscale ed etica”, en *La Civiltà Cattolica*, n. 3738, a. 157, 18/3/2006, 571); el arzobispo de Údine, Mons. A. B. Mazzocato, entrevistado por F. Barella: “...Evadir tasas significa robar. No Robar es uno de los diez mandamientos. Aquél que no paga las tasas retiene algo que en realidad no es suyo...” (F. Barella, “Immobili della Chiesa ai nuovi poveri”, *Intervista con l’Arcivescovo Mazzocato*, in *Messaggero Veneto*, 24/12/2011, 21).

⁶*Catecismo Romano* (de Trento), n. 323; *CIC*, n. 2234; *Compendio CIC*, n. 464.

⁷*Compendio CIC*, n. 508, en la línea de *CIC*, n. 2409.

⁸Cfr. Pontificio Consejo de Justicia y Paz, *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*, n. 355.

⁹Una buena síntesis en E. Jone OFM Cap., *Compendio di teologia morale*, 208, 338, 358, 362, Marietti, Roma 1952, 155-156; 271; 286; 290; A. Muller S.J., *La morale degli affari*, Ed. Della Civiltà Cattolica, Roma 1951, 195-212.

¹⁰Fue el mismo Concilio Ecuménico Vaticano II el que consideró vinculante el deber fiscal al hablar de “justos impuestos” (*GS*, n. 30).

La autoridad pública no tiene, sobre la parte de bienes privados pretendida por el Fisco, un derecho análogo al del propietario: “en realidad, el Estado no tiene derecho directo e inmediato sobre los bienes de sus súbditos, los cuales son sus únicos propietarios; tiene sobre sus bienes sólo un derecho indirecto y mediato, el cual le da el poder de exigir de sus propietarios que cedan una fracción para subvenir a las necesidades de la cosa pública”¹¹.

Es “la misma ley natural la que constriñe al hombre a vivir en sociedad, [la que] le crea el deber de aportar a la sociedad los medios sin los cuales ésta no podría llevar a cabo el cometido que le es propio”¹², pero sólo y únicamente respecto a los cometidos propios de la comunidad política: “el Estado exige válidamente de todos sus súbditos que le permitan cumplir su misión social; fuera de este objetivo, sus requerimientos son puramente arbitrarios y no se podría exigir el respeto de sus subordinados. Una ley injusta está privada de toda fuerza obligatoria”¹³.

¿Cuáles son esos cometidos? Para la doctrina clásico-cristiana consisten únicamente en asegurar la defensa externa y la paz interna, o también se reducen a “la administración, justicia y defensa y solamente [a] esto”¹⁴.

De ahí que no basta la voluntad de la autoridad para que una norma (tanto menos si es fiscal) sea obligante; es necesario que la voluntad de la autoridad sea legítima o que no mande nada inmoral y que se atenga dentro de sus propios límites, a sus propios fines naturales por los cuales tiene razón de ser.

El beato mártir Severino Boecio¹⁵, por ejemplo, llama “saqueos” a los impuestos extraordinarios públicos (perfectamente legales) impuestos por la autoridad ostrogoda de Ravena. La expresión “saqueo” usada por Boecio pide una ulterior consideración: si la evasión no es hurto, en cuanto la autoridad pública no tiene derechos directos sobre los bienes privados pretendidos del Fisco, sino que sobre estos mismos bienes son los propietarios los que tienen derechos directos e inmediatos, en el caso de impuestos injustos requeridos por el Fisco, ¿no se mancharía el Estado con el hurto, o mejor, la rapiña por los daños a los propios súbditos? De hurto frente a los ciudadanos sujetos a la recaudación fiscal en la fuente (por ejemplo, trabajadores dependientes); de rapiña, frente a los ciudadanos constreñidos, bajo amenaza de sanción, a consignar al Fisco sus propios bienes.

Sin adherir al liberalismo de Benjamin Constant de Rebecque podemos, en esta ocasión, hacer nuestras sus palabras sobre los impuestos injustos, sobre que debe juzgarse “un hurto que la fuerza del Estado no hace más legítimo que a otro acto de la misma naturaleza. Es un hurto tanto más odioso en cuanto se efectúa con toda la solemnidad de la ley. Es un hurto tanto más vil en cuanto es perpetrado por la autoridad contra el individuo desarmado” (de *Principios de política*, 1806). Palabras análogas escribió en 1943 Carlo F. D’Agostino tratando de la propiedad privada: “el Estado que meta la mano sobre ella, fuera de aquello que sea la justa

¹¹A. Muller S.J., *op. cit.*, 195.

¹²*Ibid.*, 202.

¹³*Ibid.*, 207; C. F. D’Agostino considera “ilícito imponer tributos fiscales por servicios que no sean de necesidad general cierta”. (C. F. D’Agostino, *Sia santificato il Tuo Nome venga il Regno Tuo sia fatta la Tua Volontà*, Osnago, ed. L’Alleanza Italiana, 1995, 4).

¹⁴G. Salvini S.J., *art. cit.*, 563.

¹⁵Cfr. Boecio, *Cons.* I, 4, 11.

correspondencia de los servicios que presta (y solamente de los únicos servicios indispensables al bien común), es simplemente un ladrón y un violento”¹⁶.

Los impuestos ilegítimos, en tanto que terminan en financiar no las funciones naturales de la comunidad política sino otras, no obligan y su evasión es legítima porque tales impuestos constituyen un abuso de autoridad. Por otra parte, los impuestos ilegítimos, por ser moralmente malos (por ej., pretendidos para financiar prácticas inmorales o por ser pretendidos por razones y según criterios reconducibles a doctrinas contrarias al derecho natural y/o a la Verdad católica) no sólo pueden, sino que deben ser evadidos, si existe la posibilidad, como resistencia oculta al mal operado por el Estado. En el caso italiano, por ejemplo, el hecho de que el Servicio Sanitario Nacional provea a su cuenta prestaciones “sanitarias” como aborto, fecundación *in vitro*, etc., constituye un argumento válido para sostener el deber de resistir (también fiscalmente) a semejantes delitos cometidos por el Estado.

Además, levanta no poca perplejidad acerca de su legitimidad, la pretensión de los Estados modernos de financiar, con los impuestos, servicios públicos no reconducibles a las funciones propias de la comunidad política (por ej., transportes, hospitales, escuelas, etc.), servicios que, aunque ahora el Estado reserve para sí su erogación, deberían financiarse con las correspondientes tarifas. Cuando asimismo sucede –como, por ejemplo, en Italia con la escuela–, que el Estado viola la justicia distributiva, junto con el derecho/deber natural de los padres a la educación de sus hijos, imponiendo la escuela estatal a expensas de los contribuyentes y constriñendo así a las familias católicas a pagar dos veces la escuela de sus propios hijos (con los impuestos y con las cuotas escolares para hacer estudiar a los hijos en escuelas confesionales), la evasión fiscal deviene absolutamente legítima como compensación oculta.

Si por otra parte consideramos el *Welfare State*, es decir, no sólo el hacerse cargo el Estado de gravámenes de gastos para intervenciones de naturaleza mutualista, de seguros o “caritativas”, sino también de verdadera y propia redistribución de la riqueza haciendo caso omiso de la justicia conmutativa que ha determinado los títulos legítimos de propiedad, a los cuales el Estado hace frente mediante los impuestos, entonces el juicio de ilegitimidad es evidente¹⁷.

Por todas estas razones se puede reconocer que, en Italia y en las modernas democracias liberales, la evasión fiscal esté en gran parte justificada y, en muchos casos, directamente, es moralmente debida. Y esto en razón de un juicio sobre la conformidad de la pretensión impositiva con el derecho natural, sin nada que ver con los argumentos liberales libertarios que absolutizan el derecho de propiedad o con los demo-liberales del *No taxation without representation* que, desarrollado con coherencia, sólo puede llevar en los sistemas democráticos a reconocer como

¹⁶C. F. D’Agostino, *La Democrazia Cristiana: ecco il nemico!*, Ed. L’Alleanza Italiana, XV edizione, Osnago 1991, 9.

¹⁷“...querer limitar el derecho del individuo a la posesión del fruto del propio trabajo y del propio espíritu de sacrificio en el ahorro y en la acumulación de bienes, es querer entrometer un mísero juicio humano en los secretos de los decretos divinos. [...] querer limitar [...] entonces, la posesión, y el libre uso honesto de la propiedad en aquellos que la han recibido de Dios como don, es querer aplastar con presunta sabiduría humana los designios providenciales de Dios” C. F. D’Agostino, *La Democrazia Cristiana: ecco il nemico!*, cit., 9.

legítimos todos los impuestos pretendidos en tanto queridos por los representantes del pueblo democráticamente elegidos.

El Estado es acreedor de legítimas pretensiones fiscales sobre los bienes privados en razón de su propia autoridad ordenada al fin natural de la comunidad política, prescindiendo de la forma de gobierno y de la naturaleza representativa o no del órgano legislativo. Si el impuesto es legítimo, el Estado tiene derecho de pretenderlo, independientemente de la voluntad de los súbditos o de sus representantes, incluso coercitivamente; pero si es ilegítimo, no hay voluntad mayoritaria de los súbditos que lo pueda volver obligatorio. De hecho, aun en el caso de que los bienes privados sobre los que el Estado avanza sus pretensiones fiscales fuesen de la colectividad, la voluntad mayoritaria (de la colectividad) podría disponer de esos bienes, por ejemplo, donándolos al Estado; sin embargo, no podría volver obligante una norma fiscal ilegítima ni siquiera respecto a sí misma. Si, empero, los bienes privados sobre los que el Estado avanza sus pretensiones fiscales no son de la colectividad, sino de diversos propietarios privados, la voluntad mayoritaria (de la colectividad) no tiene título alguno para disponer de bienes que no son propios. Cada propietario es el único sujeto que tiene derechos directos e inmediatos sobre sus propios bienes; el Estado, indirectos y mediatos; la colectividad no los tiene ni directos e inmediatos, ni indirectos y mediatos, de manera que la voluntad de la mayoría, en este caso, además de no poder legitimar una norma fiscal injusta, no puede ni siquiera disponer de los bienes privados en forma de donación. Un impuesto injusto, aunque sea querido por la mayoría del pueblo (de la mayoría de sus representantes), sigue siendo siempre un hurto o rapiña en perjuicio de los legítimos propietarios.

Mons. De Paolis, con justicia, habla también de “tasa excesiva”¹⁸ como de una tasa que puede ser legítimamente evadida. Respecto de esto último es necesario precisar: lo excesivo de la presión fiscal no es definible en sentido absoluto, sino siempre relativo. Por ejemplo, una tasa desmesuradamente alta, y entonces excesiva en una situación ordinaria, puede devenir necesaria y así, legítima en una condición extraordinaria, como una crisis de las finanzas públicas o una guerra. En este caso, “la ley, por dura que sea, no es por eso menos justa y obligatoria, ya que *salus populi suprema lex esto!*”¹⁹.

Por el contrario, caen en la noción de “tasa excesiva”, en el sentido de ilegítimamente excesiva²⁰, aquellos sistemas de finanzas públicas que, a través de los

¹⁸“...el Estado debe evitar desalentar la buena voluntad de los ciudadanos honestos, imponiéndoles contribuciones excesivas que terminarían por sofocar todo espíritu de iniciativa en los contribuyentes y que revestirían todo el aspecto de una expoliación inicua” (A. Muller S. J., *op. cit.*, 207).

¹⁹A. Muller S. J., *op. cit.*, 207.

²⁰“...las necesidades financieras de cada nación, grande o pequeña, han aumentado formidablemente, no sólo por culpa de complicaciones o tensiones internacionales, sino también sobre todo, quizás, por la inmensa extensión de la actividad del Estado, actividad, la cual demasiado a menudo dictada por falsas o malsanas ideologías, hace de la política financiera, y en particular de la política fiscal, una herramienta al servicio de preocupaciones de orden totalmente diverso. [...] Por esto es que dirigiéndose a aquellos que tienen alguna responsabilidad en el manejo de las finanzas públicas, [la Iglesia] les suplica: en nombre de la conciencia humana, ¡no destruyáis, desde arriba, la moral! Absteneos de medidas que [...] hurtan y hieren el sentimiento de lo justo y de lo injusto en el pueblo, o pospongan su

impuestos y la redistribución de lo que proviene de ellos, despreciando los derechos de la propiedad legítimamente adquirida, intentan cambiar la desigualdad de riqueza debida a una economía conforme a la justicia conmutativa. Haciendo así, el Estado pervierte el concepto de justicia distributiva hasta hacerla la contracara de la conmutativa según una lógica abierta o larvadamente socialdemocrática.

Frente a tal sistema fiscal socialdemocrático que pretende violar tan fuertemente el derecho natural de propiedad, “¿Quién se asombrará de ver al público contribuyente, perseguido por tales injustas vejaciones, poner todo en obra para sustraer a una política fiscal del todo arbitraria lo poco que ha llegado a asegurar con su trabajo continuo, o mediante penosos ahorros?”²¹.

Como puede verse, el juicio católico sobre la evasión fiscal es imposible de reconducir a aquel legalismo fiscal que también evasión católicos, como el presidente Prodi, confunden con la moralidad. Tanto más cuanto que en la realidad estatal como la de las modernas democracias europeas es muy difícil aceptar como legítimo en su totalidad su sistema fiscal.

Por otra parte, aun respecto de los impuestos legítimos, la doctrina católica no es nada propensa a condenar sin apelación su evasión. Las normas positivas fiscales legítimas obligan en conciencia o, mejor, ¿son *leges moere penalis*?

Indudablemente no es en sí lícito el fraude de los impuestos justos; sin embargo, la doctrina es propensa a no retener pacíficamente la totalidad de las normas fiscales (legítimas) como obligantes en conciencia, tanto más cuanto que en los modernos Estados laicos la autoridad temporal ha renunciado a la sanción sobrenatural: “en aquellos estados en los cuales el legislador renuncia a una sanción sobrenatural de las leyes sobre los impuestos [...], tales leyes obligan solamente a sufrir la pena eventualmente infligida”²².

Donde la autoridad ha renunciado a su poder de vincular la conciencia limitándose a promulgar leyes meramente penales, el súbdito no está, sin embargo, desligado del vínculo moral de obedecer a la justicia legal natural. De este modo, en el campo fiscal, no serán las leyes positivas (*moere poenalis*) de por sí las que obliguen en conciencia, sino el derecho natural que impone colaborar con la autoridad en la consecución del bien común. Es un deber moral y jurídico de derecho natural contribuir al funcionamiento del Estado y una modalidad ordinaria para tal colaboración es la contribución fiscal.

Por otra parte, el principio de derecho natural comprendido en el IV Mandamiento no obliga a pagar tal o cual impuesto, tampoco a pagar impuestos. Obliga a colaborar con la autoridad política en la consecución del bien común de modo tal que se tenga pleno respeto de este deber aun en el caso de evadir/eludir los impuestos legítimos, en tanto tal evasión esté balanceada por el correspondiente servicio a la comunidad política²³.

fuerza vital, la legítima ambición de recoger el fruto de su trabajo, la solicitud por la familia; preocupaciones estas que merecen ocupar el primer puesto, no el último, en la mente del legislador”. (Pío XII, “Allocuzione ai membri del Congresso dell’Istituto Internazionale delle Finanze pubbliche”, 2/10/1948, en *L’Osservatore Romano*, 3/10/1948).

²¹A. Muller S.J., *op. cit.*, 207-208.

²²E. Jone O.F.M. Cap., *op. cit.*, 208, 155.

²³El ejemplo clásico es el de los nobles, los cuales tuvieron el privilegio de inmunidad fiscal porque su estamento servía de otro modo a la comunidad política. Hoy podría ser el

También debe decirse que el deber fiscal, por tratarse de justicia legal, cede frente a un deber de justicia conmutativa, según el cual, por ejemplo, el empresario que se encuentre en la necesidad de decidir si pagar los estipendios a sus propios dependientes, o inclusive, liquidar un débito o pagar un proveedor, o pagar los impuestos, debería en conciencia cumplir sus deberes respecto a los trabajadores, acreedores y proveedores, aun a costas de evadir los impuestos.

Es lícita además la evasión motivada por un *incommodum* grave, por ejemplo, el bienestar de la propia familia amenazado por las pretensiones del Fisco. Efectivamente no tendría culpa quien evadiese los impuestos para poder cumplir los deberes familiares, de otra manera impedidos. Así es como está legitimado para evadir impuestos el contribuyente que, visto el abuso fiscal general, “si se mantuviese rigurosamente respetuoso de sus deberes fiscales, estaría infaliblemente condenado a sucumbir bajo los golpes de la competencia que acostumbra defraudar al fisco a gran escala”²⁴. Todo esto, sin embargo, solamente “para los casos en los cuales el cumplimiento total del deber fiscal comprometería realmente la vida de una empresa o de una familia”²⁵.

La milenaria sabiduría moral de la Iglesia debe guiar a los confesores en su difícil oficio de jueces en el fuero interno, también respecto al tema de deberes fiscales, tema delicado y con una rica casuística sin sufrir los apremios de un moralismo legalista y estatista como aquel de ciertos “católicos adultos”²⁶ ¡que de cristianos tienen poco o nada!

Trad. BEATRIZ REYES ORIBE DE CASTAÑO
UFASTA/AITA

caso de los ciudadanos que sirven gratuitamente a la comunidad con las armas o, por ejemplo, como voluntarios de la Protección Civil, enfermeras voluntarias de la Cruz Roja, etc.

²⁴A. Muller S.J., *op. cit.*, 206.

²⁵*Ibidem*.

²⁶El autor hace referencia a Romano Prodi (N. del T.).

¿QUIÉN FUE ATILIO ZAMBRANO?

Nadie. Tuvo la mala idea de morirse cuando los guerrilleros marxistas le dispararon tiros de escopeta en Cañete, el 20 de diciembre. En un primer momento el flamante Ministro del Interior, Andrés Chadwick, anunció viaje a la zona, pero se arrepintió. Seguramente le dijeron que el que había muerto era “de este lado”, y eso no importa. A los de este lado, “que se los coman los perros”. Por algo la Corte Suprema dejó libre al autor del homicidio frustrado de un carabinero. Pues los carabineros son de “este lado” y eso no amerita condena en el Chile actual.

Pero ahora Chadwick tuvo que ir a La Araucanía, cuando la guerrilla marxista incendió las casas del fundo de Pío Seco, aunque sólo hirió a éste. Claro, los extremistas quemaron a los perros vivos dentro de las casas y eso, parece, es más grave que matar a Atilio Zambrano.

Pero el consultor de DD.HH. Marcelo Elissalde, que es de “este lado”, se dio cuenta de que el mismo día en que mataron a Atilio Zambrano, el Ministerio del Interior sí se movilizó para presentar una querrela: la entabló por el “homicidio calificado” de Miguel Enríquez el 3 de octubre de 1974. ¿Caso prescrito, amnistiado, cubierto por la cosa juzgada y que ni siquiera es considerado una violación de derechos humanos por el Informe Rettig? ¿Y qué importa todo eso, si le da dividendo político al Gobierno? Pues la finalidad última y fundamental de este Gobierno es que quien lo preside “quede bien” con la izquierda. Ese es un antiguo complejo democratacristiano y Piñera, naturalmente, lo tiene. Nada de lo demás importa. Si matan a Atilio Zambrano, bueno, lo mató la izquierda y si el Gobierno está bien con la izquierda, Piñera “queda bien”. Eso es lo que importa.

En La Araucanía han tenido lugar este año 280 atentados terroristas como ese. Chadwick ahora viajó a La Araucanía para presentar una querrela a raíz del caso 281, el de Pío Seco. ¿Se funda la querrela en la Ley Antiterrorista? No, es sólo por incendio y porte ilegal de armas. La Ley Antiterrorista molesta mucho al Partido Comunista y este gobierno quiere ser amigo de éste. Le cedió gratuitamente el Estadio Nacional para celebrar sus cien años (uno por cada millón de muertos) y antes entregó por veinte años, también gratuitamente, el local estatal donde funciona el Museo de la Memoria Marxista.

“Si nos vuelven a tocar, vamos a actuar”, dijo un agricultor del sur, vecino de Pío Seco. Pero todos sabemos que no es cierto. Si alguien en Chile actúa contra la guerrilla marxista, el Gobierno se le viene encima con todo. Y como la justicia está dominada por la izquierda, lo van a condenar. Porque aquí, desde los anteriores gobiernos de la Concertación, todo se ha dado para proteger al delincuente, en particular si es terrorista de izquierda, pero no a la víctima. Los jueces de izquierda llaman a eso “altos estándares”: son tan altos que los dejan libres a todos. ¿Hay algún preso en el “caso bombas”? Ninguno, salvó el que perdió las manos al estallar una entre ellas, que está en su casa y no condenado por terrorismo, porque los jueces de izquierda declararon no estar probado que hacer estallar una bomba atemorizara a la población, requisito para que un delito sea considerado terrorista. Y Niemeyer, bondadosamente condenado a prisión domiciliaria por haber puesto una bomba en el mausoleo de Jaime Guzmán, desapareció y está libre. Como todos los responsables del asesinato de Jaime Guzmán. Porque el gobierno argentino da asilo a Galvarino Apablaza, el jefe de sus asesinos. ¿Reciprocidad? No, molestaría a la izquierda, así es que el gobierno chileno le negó el asilo al juez argentino

Otilio Romano, requerido por Cristina y su justicia de izquierda como “violador de los derechos humanos” por aplicar la prescripción y exigir “altos estándares” a las querellas de los izquierdistas de allá.

Todos saben que la guerrilla marxista del sur no tiene realmente que ver con los mapuches. De diez asaltantes del fundo de Pío Seco, dos eran mapuches. Entre los otros había tipos altos y de ojos claros. Pero nadie los va a perseguir y, si alguno tiene la infinita torpeza de dejarse atrapar, la justicia de izquierda lo va a dejar libre gracias a los “altos estándares” y la izquierda comunicacional e internacional va a aplaudir.

Hace unos días leí una entrevista del antecesor de Chadwick, Hinzpeter, destituido, tal como Ribera, por Carlos Peña, quien, como es de izquierda, dicta pautas a Sebastián Piñera. Decía allí Hinzpeter, aparte de cosas propias de su cerebro lavado, como que había sido “doloroso para personas de derecha haber formado parte de un gobierno que violó los derechos humanos” y de explicar por qué contrataba a los Quilapayún e Illapu y no a los Huasos Quincheros, que había sido “muy fuerte” para él enviar fuerzas a Aysén (donde los alzados se habían tomado todo ilegalmente, con éxito, porque al final les concedieron todo); y finalmente, en la misma entrevista, Hinzpeter “dijo la firme”: “Pero en ningún caso hemos terminado en tragedias de verdad”. Eso lo explica todo.

Para Atilio Zambrano fue “tragedia de verdad” que lo mataran; para Pío Seco, fue “tragedia de verdad” que le quemaran su casa y todo lo que tenía adentro, incluyendo sus perros, pero para el Gobierno de Sebastián Piñera no, porque la única “tragedia de verdad” sería que cayera un guerrillero marxista. Es que entonces los comunistas le gritarían “asesino”, funarían sus constantes apariciones públicas y lo podrían transformar en un González Videla o un Pérez Zujovic, con quizás qué consecuencias.

¿Quién fue Atilio Zambrano, entonces? En el Chile de hoy, nadie. Su muerte no importa. En nada empaña la imagen de Sebastián Piñera, que es lo único que vale bajo el gobierno actual.

HERMÓGENES PÉREZ DE ARCE*

*Escrito por Hermógenes Pérez de Arce. Miércoles, 26 de diciembre de 2012.

ACTUALIDADES

I. CUANDO LA PREPOTENCIA SE VISTE DE DERECHO

1. CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH. CONDENA A COSTA RICA POR PROHIBIR FECUNDACIÓN *IN VITRO*. UNA NUEVA ABERRACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Costa Rica por la vulneración de los derechos a la vida privada y familiar, los derechos reproductivos, y a la integridad personal de los denunciantes, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro)*, que se origina en la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el año 2000 de prohibir, con carácter general, la práctica de la fecundación *in vitro* (FIV) en Costa Rica.

La Corte razonó que el derecho a la vida privada está estrechamente vinculado con: i) el derecho a la familia, el cual conlleva la obligación de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y fortalecimiento del núcleo familiar; ii) la autonomía reproductiva; y iii) el acceso a servicios de salud reproductiva, que comprende el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria. De esta forma, “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.

Por otra parte, y en relación con el derecho a la vida regulado en el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana sostuvo que éste debe interpretarse conforme al sentido corriente de los términos, con análisis sistemático y evolutivo, conforme al objeto y fin del tratado y teniendo en cuenta los trabajos preparatorios, como medio complementario de interpretación, a partir de lo cual concluyó que la “concepción” en el sentido del mismo artículo, conforme a la prueba científica allegada, tiene lugar recién desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, por lo que no se puede llegar a la conclusión de que el embrión pueda o deba ser tratado jurídicamente de manera igual a una “persona” para efectos de dicho precepto, haciendo alusión a una protección gradual e incremental de la vida según su desarrollo. Además, razonó que las palabras “en general”, que alude el mencionado artículo, implican excepciones a la regla general establecida en dicho precepto.

A partir de lo anterior, se deriva el razonamiento de que la infertilidad es una limitación funcional, reconocida como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debieron haber sido destinatarias de los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, lo cual no les fue posible debido a dicha decisión.

Como medidas de reparación, la Corte ordenó, entre otras, la adopción de las medidas apropiadas para que quede sin efecto, con la mayor celeridad posible, la prohibición de practicar la fecundación *in vitro*; ii) regular los aspectos que se consideren necesarios para la implementación de la fecundación *in vitro* y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de procedimientos; y iii) incluir gradualmente en la Caja Costarricense de Seguro

Social la disponibilidad de la fecundación *in vitro* dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación*.

2. CORTE INTERAMERICANA Y DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha notificado a Costa Rica de la sentencia por la cual se la condena por haber prohibido la fecundación *in vitro*. La Corte argumenta latamente sobre los derechos que tendrían las parejas para recurrir a la reproducción asistida y sólo al final aborda el problema de fondo: ¿qué sucede con el derecho a la vida de los embriones que se desechan o pierden en estas técnicas?

La Corte debía fallar conforme a derecho, que en este caso es la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Este tratado es uno de los instrumentos internacionales que con mayor fuerza protege la universalidad de los DD.HH., incluyendo expresamente a los concebidos que aún no han nacido. Dispone que *“persona es todo ser humano”* (art. 1); declara que *“toda persona”* (es decir, todo ser humano) tiene derecho a la vida; agrega que el derecho a la vida *“estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción”* y termina conminando que *“Nadie (ningún ser humano) puede ser privado de la vida arbitrariamente”* (art. 4.1).

Alguien puede sostener que la Convención está equivocada y debería reformarse, pero nadie debería dudar que una interpretación leal de estos textos lleva a concluir que el niño desde la concepción es persona (es ser humano), tiene derecho a la vida (corresponde a toda persona) y este derecho debe ser protegido desde el mismo momento en que el óvulo es fecundado por el espermio (concepción).

La sentencia escamotea estos preceptos recurriendo por arte de magia a lo que denomina *“interpretación evolutiva”* y que funda en la cita parcial y, en muchos casos sesgada, de sentencias de otros tribunales dictadas bajo el imperio de textos diferentes del Pacto de San José. *El tribunal llega a la conclusión de que el embrión humano no es persona*, que no tiene derecho a la vida y que la concepción se da no con la fecundación, sino con la anidación o implantación de la criatura en el útero (¿?).

Contradiendo estas mismas conclusiones, sostiene que el concebido goza de una protección *“gradual o incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional (la protección de su vida), sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”* (Nº 264). Pretende asilarse en la expresión *“en general”* que contiene el art. 4.1, cuando ordena la protección de la vida desde la concepción.

Como sostiene lúcidamente el voto disidente del juez chileno Eduardo Vio Grossi, esa lectura es contraria al espíritu e historia de la norma. Vio Grossi precisa que la dicción *“en general”* fue establecida para denotar que la protección de la vida *“debe ser ‘común’ para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no*

*Diario Constitucional N° 174 (31.12.2012 - 5.1.2013).

procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, 'aunque sean de naturaleza diferente', dado que 'constituyen un todo', en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona".

Es comprensible que los médicos que promueven la reproducción asistida celebren este fallo que condena a un Estado que se había atrevido a prohibirla. Pero más allá de esta cuestión particular, la doctrina que la Corte construye acerca del estatuto jurídico del embrión humano pone en riesgo el respeto a la vida y la cultura de los derechos humanos universales que impera en los países latinoamericanos. Desconociendo los preceptos del Pacto de San José, la Corte deja en la indefensión a los seres humanos no nacidos frente a los más graves atentados: píldora del día después, aborto legal, eugenesia, clonación, experimentación embrionaria, etcétera.

Si se une este fallo al del caso Atala, en el que la Corte abundó en argumentos en pro de reconocer como familia a las uniones homosexuales, puede comprobarse que este tribunal se ha apartado de su misión fundamental; y, al menos en su actual conformación, está propendiendo a imponer una agenda ideológica particular que no respeta el texto de la Convención ni el legítimo margen de apreciación de los estados. Tal tendencia plantea la interrogante de si no será necesario que Chile denuncie la jurisdicción de esta Corte para proteger más y mejor los derechos humanos de todos.

Si Colombia decidió restarse de la Corte Internacional de Justicia de La Haya por la percepción de que corría peligro de que se le cercenara alguna otra parte de su soberanía territorial o marítima, más razones habría para evitar el imperio de un tribunal internacional que puede ordenar privar de la condición de seres humanos y de personas a los más vulnerables e indefensos habitantes de la República.

HERNÁN CORRAL TALCIANI*

Aunque Latinoamérica se ha caracterizado siempre por su aprecio a la vida, hay ciertas situaciones muy complejas en las que no todos estamos de acuerdo sobre qué incluye ese respeto. Una de ellas es la fecundación asistida. Aunque a primera vista esas prácticas ayudan a resolver el doloroso problema de los matrimonios que no tienen hijos, existen diversos reparos contra dichos procedimientos, que llevaron a la Corte Suprema de Costa Rica a declararlos contrarios a la Constitución de ese país en 2000.

El asunto no quedó allí, porque algunas personas afectadas por esa decisión recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trataba de una decisión legítima de un grupo de ciudadanos, que pensaban que sus intereses no habían recibido el resguardo que merecían y piden protección de la justicia supranacional. Ella existe para asegurar el respeto de los derechos reconocidos en los pactos y declaraciones de derechos humanos.

Hace unos días, la Corte les dio la razón.

Que un tribunal decida un caso de una manera que no nos gusta es normal. También es normal que los descontentos con un fallo lo sometan a crítica. El problema aquí es que para fundamentar el fallo, la mayoría de la Corte hace una

*Artículo publicado originalmente por *El Mercurio* de Santiago.

argumentación que parece abrir las puertas a la admisión del aborto como un derecho humano.

Hasta ahora, las discrepancias o reservas respecto de los anteriores fallos de la Corte sostenían que, aquí o allá, no había entendido el problema en cuestión o no había aplicado bien el derecho. En el último tiempo, en cambio, asistimos a un fenómeno muy distinto: a saber, *una redefinición de lo que significan los derechos humanos*.

Hasta ahora el derecho había sido entendido siempre como una defensa del débil frente a las agresiones de los poderosos, normalmente del Estado y sus organismos. En el último tiempo, en cambio, una parte de los jueces parece haber hecho suyas una serie de ideologías que presentan las más graves violaciones de derechos humanos como si fueran expresión del legítimo derecho de un grupo de personas. Esto es nuevo.

Los escuadrones de la muerte, las cárceles secretas, las desapariciones, las mordazas a la prensa o la explotación de determinadas etnias eran o son prácticas horribles, pero nunca han pretendido disfrazarse de derechos humanos. Son poder bruto, violencia ciega, prepotencia. Y nada más. Por eso podemos repudiarlos y mostrar a las nuevas generaciones que constituyen un modo perverso de resolver nuestras diferencias.

Ahora, en cambio, *las mayores violaciones a los derechos humanos (comenzando por el derecho a la vida del no nacido) se visten de derechos: derechos reproductivos, derecho a disponer del propio cuerpo, derecho a la autonomía, etc.* El poderoso, entonces, ocupa el lugar del derecho y desde allí oprime con facilidad al débil. Ya Marx había advertido sobre esta siniestra posibilidad, que ahora vemos realizada.

Nos sentimos orgullosos de haber abolido la pena de muerte. Bien. Pero, al menos, la pena de muerte tenía la decencia de ir precedida de un juicio, donde el acusado podía contar con un abogado, aunque fuera malo, y defenderse. Ahora, en cambio, al presentarse la agresión revestida de derecho, se abre el camino para que miles y después millones de latinoamericanas y latinoamericanos sean ejecutados sin tener la posibilidad de abrir la boca.

El procedimiento para llevar a cabo esas matanzas y quedarse con la conciencia tranquila es muy sencillo: *se les niega la condición de personas*. Pero esa es, precisamente, *una de las notas distintivas del poder totalitario*: el considerar que hay unos individuos tan importantes que pueden decidir quién pertenece y quién no al exclusivo club de las personas.

Lo preocupante de la sentencia de la Corte Interamericana no es tanto la admisión de la fecundación asistida, que es un tema muy difícil, sino los razonamientos que la justifican. En ellos, la mayoría de la Corte, con la feliz excepción de un chileno, parece haber hecho suya esa mentalidad que *transforma el derecho en prepotencia*.

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO*

*Publicado en *El Mercurio*, domingo 30.12.2012, D-19.

3. LAS FALACIAS DEL FALLO DE LA CIDH

En una reciente carta a *El Mercurio* de Santiago, el señor Cristóbal Hasbún manifiesta que el fallo de la CIDH en el caso Artavia Murillo y otros es contundente y que debiera alegrarnos. Destaca el punto nuclear del razonamiento que llevó a la CIDH a considerar que concepción equivale a anidación. En efecto, la misma CIDH reconoce a partir de la prueba científica que obra en el proceso que concepción y anidación son dos realidades diferentes (Nº 186), siendo la anidación un momento posterior que constituye condición para el desarrollo futuro del embrión y para conocer que de hecho existe.

Pues bien, resulta que en este punto la CIDH incurrió en una *falacia* grosera e inaceptable. Primero, y relacionado con que la anidación es requisito para el desarrollo futuro del embrión, la CIDH falta a la lógica al *confundir condición con causa eficiente (non causa pro causa)*: no son lo mismo, por una parte, el requisito para que la causa opere y, por otra, el principio del cual procede verdaderamente el efecto; la anidación es condición: debe verificarse para que el embrión siga desarrollándose y notemos su existencia, pero en caso alguno es causa de su existencia ni menos de su desarrollo, el cual procede –según se demostró en el proceso– de un principio intrínseco e inmanente que dirige todo su movimiento precisamente desde la concepción. *Lo determinante entonces para el desarrollo del embrión es su existencia como ser vivo desde la concepción, y no la anidación.* Es simple: no podría anidarse ni desarrollarse si no estuviera vivo (lo cual equivale a existir, pues el viviente no existe sin vida), y el que no se cumpla con un requisito para su desarrollo simplemente detendrá su vida. Formalmente considerado el argumento de la CIDH permite negar protección jurídica y calidad de sujeto de derecho a todos aquellos que no pueden alimentarse, porque la alimentación es condición necesaria del desarrollo futuro del ser vivo y de su supervivencia.

En segundo lugar, y en relación a que la anidación es requisito para conocer la existencia del embrión, la CIDH incurre en *otro error lógico* conocido como *falacia de ignorancia*, pues del hecho que no resulte posible conocer si algo existe no se sigue ni la afirmación ni la negación de su existencia. Nuevamente, formalmente considerado este razonamiento permite negar (o afirmar) la existencia de vida extraterrestre porque no existe prueba que demuestre lo contrario.

La CIDH no ha razonado bien ni menos de forma contundente, para nada. Su empeño por hacer decir a la Convención lo que se le antoja es muy superior al rigor lógico de los argumentos que usó como herramientas. Y es que condicionar protección jurídica de un ser humano vivo inocente es de suyo arbitrario; lo que corresponde es asegurar la condición para así proteger la vida que se reconoce que ya existe.

Por último, y en atención al sofisma en que incurre el señor Hasbún, cabe decir que el hecho que las falacias de la CIDH sean frecuentes en el derecho internacional actual no cambia un ápice la pobreza lógica de tales razonamientos, pues del error común no se sigue verdad. La verdad es otra: *el fallo en comento es un auténtico motivo para sentir vergüenza y legítima indignación frente a la irracionalidad vestida de Derecho.*

ALVARO FERRER DEL V.*

*Publicado en Viva Chile.org. el 18.1.2013.

4. UNA SENTENCIA IDEOLÓGICA

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado un polémico fallo (caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*), a propósito de la fecundación *in vitro*, prohibida en ese país en 1990 mediante un dictamen de su Sala Constitucional, entre otras cosas, porque ella vulnera el derecho a la vida de los “*embriones sobrantes*”, puesto que estimaron que su Constitución protege la vida desde la concepción.

La Corte aceptó la demanda, pues consideró que la normativa estatal vulneraba diversos derechos de los recurrentes: a la vida privada y familiar, a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual y reproductiva, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y finalmente, el principio de no discriminación. Así, *la sentencia viene en la práctica a derogar la norma constitucional aludida y condena a Costa Rica al pago de indemnizaciones y costas.*

Ahora bien, se supone que la Corte debe aplicar preferentemente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, puesto que allí se establecen sus competencias. Además, ella señala literalmente en su artículo 4º “*Derecho a la Vida*” en su Nº 1: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. De esta manera, puede apreciarse a simple vista que esta normativa y la de Costa Rica apuntan en el mismo sentido.

Sin embargo, la Corte estimó que el embrión no es propiamente una “*persona*” y que, por tanto, no goza de un “*derecho a la vida*” como los demás seres humanos, razón por la cual su protección debe ceder ante los otros derechos ya mencionados (con lo cual de paso se asienta un peligroso argumento para legitimar el aborto).

¿*Cómo se justifica semejante decisión?* Ello se explica por diversas reglas que la Corte ha ido dándose a sí misma. Así, entre otras, ha determinado que ella es la intérprete última y definitiva de la Convención y que dicha interpretación no debe basarse tanto en su tenor literal o en las intenciones de sus redactores, sino más bien en una *comprensión dinámica y evolutiva de sus términos*. Además, considera que esta interpretación debe armonizarse con los demás tratados regionales y universales de derechos humanos, de manera de lograr una sistematización entre todos, para formar un bloque de juridicidad.

Se comprenderá fácilmente que con estas premisas, la Corte puede hacer decir a los documentos internacionales lo que ella quiera, sometiendo a los países que están bajo su jurisdicción a una *auténtica dictadura judicial internacional*, que hace tabla rasa con su institucionalidad. La pregunta obvia es si realmente fue a esto a lo que se comprometieron nuestros países al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

MAX SILVA ABBOTT*

*Publicado en Viva Chile org. el 4.1.2013.

5. GRADUALIDAD

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que existe una gradualidad en la adquisición de los derechos humanos y reafirma que el embrión no es sujeto de derecho como las personas actuales”: un médico chileno identificado con las técnicas de reproducción asistida entiende y celebra con estas palabras el reciente fallo de esa Corte, que condena al Estado de Costa Rica por haber declarado inconstitucionales dichos tratamientos.

El grado, elemento fundante de la gradualidad, designa cada uno de los diversos estados, valores o calidades que algo puede tener, en relación de menor a mayor: *“quemaduras de primer grado”*. Es también medida o valor de intensidad: *“me complazco (o me horripilo) en sumo grado”*. Denota, por último, rango o jerarquía tanto de excelencia como de autoridad.

Vincular la doctrina y práctica de los derechos humanos universales e inalienables con el concepto de gradualidad es *una trampa semántica de peligrosidad letal*. ¿Se quiere decir que un titular de esos derechos humanos puede sin culpa suya encontrarse en un estado, valor o calidad de grado inferior a otro de esos titulares? Y, dado que la titularidad de esos derechos se adquiere por ser miembro de la especie humana, ¿debemos entender y aceptar que en dicha especie militan miembros de primer, segundo y tercer grado? Si la gradualidad es una medida variable de intensidad, ¿el sistema jurídico vigente reconoce que en la aplicación práctica de los derechos humanos algunos de esos sujetos pueden reclamarlos con mayor grado de fuerza, vehemencia y expresividad que otros? Y si el grado se interpreta como señal de rango o jerarquía, ¿se está o no deslizando la afirmación de que algunos seres humanos tienen más derechos que otros y poseen autoridad para restringir o suprimir los derechos de sus subalternos, entre ellos el derecho a la vida?

La denunciada peligrosidad letal de esta trampa semántica se pone de manifiesto en el trágico historial de las tiranías despóticas. Ellas segmentan a su población en grados de menor o mayor acceso a los derechos de propiedad, expresión, participación ciudadana, libertad religiosa, libertad personal. La brutal imposición de esta gradualidad tiene un corolario trágico: el de grado inferior no tiene cómo acreditar ni defender su derecho a la vida. Los jefes nazis y leninistas administraron perversamente la teoría de la gradualidad de los derechos humanos, decretando el exterminio de millones de personas de *“rango inferior”* o desechadas como *“vidas inútiles”*. Nunca discriminaron y mataron tanto como lo hace hoy la teoría y práctica según la cual un miembro de la especie humana tiene *“graduado”* su derecho a nacer, a vivir y a seguir viviendo según lo estime y decida, inapelablemente, otro miembro de grado mayor.

El embrión llega a ser *“persona actual”* porque desde el principio tuvo y siempre tendrá inamisible rango de Hombre.

P. RAÚL HASBÚN*

*Artículo publicado por *Revista Humanitas*, www.humanitas.cl.

6. CHILE Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH.: URGE UN DEBATE INFORMADO

Una reciente sentencia de la Corte Interamericana (CIDH) en materia de fecundación *in vitro* –que falló en contra de Costa Rica– ha abierto un todavía incipiente debate académico no solo sobre los alcances concretos de esta resolución en el estatuto de protección del que está por nacer –frente a los denominados “derechos reproductivos”–, sino también respecto de la forma en que opera este tribunal internacional y, en general, sobre la vinculación que debe tener Chile con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las consecuencias sobre el derecho interno.

Contrasta el impacto que han ido adquiriendo los fallos de la CIDH para el derecho nacional –en que de hecho se ha ido legitimando una interpretación que algunos llaman “*evolutiva*” o derechamente “*extensiva*”, que le permite a la Corte incluso ir más allá del texto literal de los tratados suscritos y ratificados por los países– con la superficialidad del casi inexistente debate político, que parece obviar las trascendentes implicancias que ello tiene para nuestro Estado de Derecho y el funcionamiento de nuestras instituciones democráticas.

En su origen, cabe hacer presente la desproporción entre algo que el país nunca debatió en profundidad –como el aceptar la competencia de la CIDH– y la magnitud de las consecuencias sobre todo nuestro ordenamiento jurídico que ello ha implicado. Cuando el entonces Presidente Aylwin y el Congreso ratificaron esa convención, en 1990, no medió un debate político profundo respecto del ejercicio de la soberanía ni del pie en que quedarían todas nuestras instituciones –Ejecutivo, Congreso, Poder Judicial, Tribunal Constitucional–, cuyas potestades se han visto alteradas. Con posterioridad tampoco ha existido debate amplio sobre temas tan elementales como quiénes son y bajo qué criterios se nominan los jueces que integran la CIDH –aspecto básico para garantizar excelencia y evitar sesgos ideológicos–, lo que es muy distinto a lo que ocurre en nuestro derecho interno, donde, por ejemplo, existe un intenso escrutinio sobre los magistrados que son nominados a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional.

Más allá de compartir o no la resolución de un determinado caso puntual, el incorporarse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos no puede traducirse en una especie de “cheque en blanco” a la CIDH, y por ello cabe exigir de nuestra clase política e instituciones democráticas el necesario debate, escrutinio y atención sobre todos los aspectos relativos al funcionamiento de este tribunal internacional. Pocos temas jurídicos son más importantes que este para el futuro del país*.

*Artículo publicado por *El Mercurio* de Santiago. 28-12-2012.

7. VIVE HERODES

*“Cuando el gobierno ve a un ecologista jugarse la vida
por un huevo de halcón, ve en él un héroe.
Cuando ve a un pro-vida en la puerta de una
clínica abortista, ve en él a un fanático”*
Jesús Poveda

Nos dicen las Sagradas Escrituras que, nacido Jesús en Belén de Judea en los días del Rey Herodes, llegaron del Oriente a Jerusalén unos magos, preguntando dónde había nacido el Rey de los Judíos. Se había cumplido la palabra del profeta y Herodes, pensando en que perdería su reino terrenal, ordenó a sus soldados que se dirigieran a Belén y pasaran a cuchillo a todos los niños de menos de dos años. Aquella matanza fue la que la historia conoció como la de los Santos Inocentes.

El degolladero de los niños de Belén quedó inscrito para siempre en la historia de las grandes crueldades humanas, motivada por la ambición de poder, como símbolo de la arbitrariedad política y de la tiranía. Fue una decisión inhumana, moralmente incalificable, además de políticamente inútil.

Lamentablemente, no sirvió como lección histórica.

Hoy, como ayer, niños inocentes como los de Belén siguen siendo víctimas de situaciones sociales, familiares, laborales y políticas que protagonizan la sociedad y los gobiernos del siglo XXI. Son niños víctimas de la injusticia, del abandono, de la indiferencia, de la soledad, del hambre de pan y de cultura; niños explotados sexualmente, niños de la guerra a los que se les entrega un arma y se les obliga a matar. Niños víctimas de todas las violencias humanas. Les hemos contemplado, mirándonos con sus ojos asombrados desde las pantallas de la televisión y desde las páginas de los periódicos: cubiertos de sangre, con miembros amputados, abultados sus vientres, vació el cuenco de sus manos suplicantes, sin lágrimas ya, resignados o muertos. En cualquier parte del mundo encontramos cementerios recientes de genocidios infantiles. Niños de las escuelas judías o de los campamentos palestinos; blancos o negros; pero niños.

Otros, ni siquiera llegan a nacer. Herodes, en la figura de nuestra sociedad actual, sigue matando a inocentes y, al igual que en su tiempo, *nuestra época pasará a la historia por el asesinato impune de los no nacidos*. Esta será conocida en el futuro como *la época de la legalización del aborto*. Es cierto que siempre existió como excepción, pero jamás como ley. Y esto se hace con el mismo cinismo con que Herodes pidió a los magos que le dijeran dónde se encontraba el recién nacido, porque él también quería ir a adorarle. Ahora quienes egoístamente promueven esta matanza, lo justifican argumentando que, lo que no es más que el *asesinato premeditado de un ser indefenso*, es parte del progreso y liberalización de la mujer.

Llegado a este punto, renuncio a tratar de ser neutral, ya que ello me haría cómplice de quien comete ese baño de sangre en el vientre de una madre y por amor y respeto a la vida he de colocarme al lado de los santos inocentes.

Pero ¿quién es Herodes? ¿El legislador que autoriza la carnicería que constituye el aborto? Ningún gobierno promulgaría una ley tan monstruosa, si no se sintiese apoyado por un importante sector de la sociedad, compuesta, de una parte, por

aquellos que reclaman tal medida abiertamente y por los que, hipócritamente, guardan silencio y se ponen de perfil ante tamaña atrocidad.

Herodes está en nosotros; en esa familia que rechaza el embarazo de una hija, por el qué dirán de los demás; Herodes está en el autor de ese embarazo, que se desentiende de su responsabilidad y deja a su pareja sola y abandonada a su suerte; Herodes está en el médico carnicero que despedaza cual bestia del matadero una vida humana; Herodes está en los auxiliares del matarife de turno; Herodes está en toda la cadena que constituye esta *industria de la muerte*, que nace en el investigador que concibe el producto químico que ha de provocar el aborto, continúa en el laboratorio que lo fabrica y finaliza en quien lo dispensa; Herodes está en las empresas que retiran los restos humanos de quien nunca tuvo la oportunidad de defenderse; Herodes está en los intereses creados por esta cadena de la muerte.

La del Herodes de la Historia no fue la peor matanza de inocentes. La más cruel es la que a diario provoca el egoísmo feroz que permite que cientos de miles de niños sean aplastados, despedazados y arrancados del vientre de sus propias madres.

Ellos son los Santos Inocentes de hoy; los indefensos mártires sin culpa, que en el claustro materno que les dio la vida profieren su estremecedor grito silencioso al recibir el fiero bautismo de sangre que los hará enmudecer para la eternidad. Son los que son, pero que nunca llegarán a ser.

El 28 de diciembre es el día de las víctimas de tanta carnicería provocada para preservar tan falsos como hipócritas honores familiares; tan abyectas como disipadoras conductas; tan desnaturalizados como ficticios derechos que no tienen otro objetivo que la destrucción de la familia y hacernos esclavos de una vida sin futuro.

Y todo ello anestesiado por el aparente y evanescente consuelo de no haber conocido al fruto del propio ser; por no haberlo arrebujado entre los brazos; por no haber contemplado su sonrisa; por no haber sentido sus manitas aferradas al pecho destinado a amamantarlo; por no haber velado su sueño; por no haber sufrido la angustia de cuidarlo mientras estaba enfermo. Intentamos borrarlo de nuestra vida y hacemos como que nunca existió, sin saber que su grito desgarrador resonará por siempre en lo más profundo del alma, porque el aborto destruye la vida del niño y la conciencia de la madre.

No nos damos cuenta o no queremos ver que, en el camino de la deshumanización que es el aborto, dejamos siempre dos víctimas. La que deja de existir y la que sobrevive sufriendo la angustia de haber destruido en su propio vientre el fruto más esplendoroso que de sí misma una mujer puede ofrecer. ¿Hemos pensado en el terror que una adolescente ha de padecer al verse sumida en la infinita soledad del abandono familiar, social y hasta del padre de la criatura que lleva en sus entrañas? ¿Hemos pensado que nuestros prejuicios sociales destruyen moral y psicológicamente a esa futura madre al ver que no tiene a nadie a su lado? ¿Hemos pensado que esa soledad producida por nuestra incompreensión y falta de amor, hace que el mundo de esa persona se venga abajo? ¿Esa es la liberación de la mujer? ¿El sentirse rechazada, despreciada y menos estimada que

una cosa? ¿El sentirse en la nada, cuando hasta la basura tiene un lugar donde ubicarse? ¿Es progresar el verse invadida por la angustia, el miedo y la frustración de negar la oportunidad de vivir al fruto de sí misma? ¿Es liberación, como han confesado muchas mujeres después de haber abortado, sentirse sucia, culpable de ese asesinato; mala madre y no poder superar el vacío infinito que siente en lo más profundo de su ser?

Lo paradójico es que, el aborto, solo es defendido por personas a quienes no les negaron la oportunidad de nacer.

CÉSAR VALDEOLMILLOS ALONSO*

8. EL GÉNERO DE LA SOLEDAD

Una tarde, una niña de diez años llega a su casa, después de una charla en el colegio, y le entrega a su padre un pequeño frasco con un lubricante sexual de color rosa: “Papá, ¿qué tengo que hacer con esto que nos han dado en el cole?” En otra casa, un niño de nueve años le dice a su madre: “Mamá, mi amigo Antonio y yo nos hemos hecho novios”. En el tablón de avisos de una comunidad de vecinos, un anuncio ofrece *juguets sexuales* a mujeres, para despedidas de soltera y *celebraciones de divorcio (sic)*. En un colegio religioso concertado, un grupo activista *gay* obtiene permiso para repartir condones entre los niños en el recreo, con instrucciones sobre cómo colocarlo en el pene y en la boca *para obtener otras sensaciones...* Son sólo algunos episodios sobre cómo la ideología de género –la última fase de la revolución sexual que nació en los 60– está llegando ya a los hogares españoles. Ya no se trata de las reivindicaciones de feministas o de homosexuales, sino que afecta de lleno a la relación hombre-mujer, a nuestros matrimonios, a nuestras relaciones familiares y a la educación de nuestros hijos.

En las últimas semanas y meses se han alzado varias voces contra los pronunciamientos del Papa y de los obispos en contra de la llamada *ideología de género*. Benedicto XVI, en su discurso a la Curia romana, la ha definido como “una nueva filosofía de la sexualidad”, por la que “el hombre niega su propia naturaleza”; asimismo, en su *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz*, defendió que “la estructura natural del matrimonio debe ser reconocida y promovida como la unión de un hombre y una mujer, frente a los intentos de equipararla desde un punto de vista jurídico con formas radicalmente distintas de unión”. Por estas palabras, el *lobby gay* en Estados Unidos ha pedido que la Casa Blanca considere a la Iglesia católica como un *grupo de odio*. En nuestro país, el obispo de Córdoba, monseñor Demetrio Fernández, ha sido el objetivo de la última campaña de acoso, por afirmar que la ideología de género “*intenta destruir la familia*” y que “*está haciendo un daño tremendo en la conciencia de niños, adolescentes y jóvenes*”.

OBJETIVO: LA MUJER QUE NO AMA. ¿Es realmente así? ¿La ideología de género destruye a la familia? ¿Son nuestros hogares inmunes a los postulados de esta

*Artículo publicado por *Análisis Digital*, www.analisisdigital.org.

forma de pensamiento, o más bien se está colando sibilinamente en nuestros dormitorios? ¿Cómo afecta la ideología de género a nuestras relaciones con nuestro cónyuge y con nuestros hijos? Los riesgos son más altos de lo que podríamos pensar; y, paradójicamente, las primeras víctimas son las propias mujeres: lo que nació como un proceso de liberación de la mujer, ha acabado por someterla.

María Lacalle, Directora del *Centro de Estudios de la Familia*, de la Universidad *Francisco de Vitoria*, denuncia que la ideología de género tiene para la mujer *“una influencia demoledora”*. Para Lacalle, el modelo de mujer que propone esta ideología es *“una mujer autosuficiente, que no depende de nadie, y nadie depende de ella”*, pero eso es *“un ataque a la propia estructura natural de la mujer y a la maternidad, algo que pertenece a nuestro propio ser; lamentablemente, este rechazo de la maternidad afecta a la propia mujer y destruye su feminidad”*. El origen es una visión de la Historia que se percibe como una lucha entre hombres y mujeres, en la que *“la mujer habría estado sometida, y el hombre habría sido el explotador y maltratador”*. Eso tiene consecuencias, pues, para igualarlos en derechos, *“se quiere eliminar toda diferencia, incluida la maternidad; por eso, el aborto es la principal reivindicación de las feministas de género”*.

Junto a ello, *“la consigna de las feministas de género es abolir la familia, porque ahí se vive la masculinidad y la feminidad, la paternidad y la maternidad. El amor en la familia conlleva dependencia, y eso es lo que las feministas rechazan. El feminismo de género desprecia a la madre que lo da todo por su familia”*. En definitiva, *“la mujer que quieren conseguir las feministas es ‘la mujer que no ama’*”, explica María Lacalle.

Otro de los postulados de la ideología de género, que ya se ha filtrado en la concepción que las mujeres tienen de sí mismas, algo que reflejan las revistas femeninas y las series de televisión, es *“el cuerpo entendido como pura libertad, y el sexo concebido exclusivamente como búsqueda de placer”*. Por eso, se extiende entre las mujeres solteras la búsqueda de relaciones sin un compromiso afectivo, por un lado, así como la anticoncepción y las relaciones infecundas entre las mujeres con pareja estable, por otro; no es difícil comprobar que una de las causas del suicidio demográfico que padece Occidente tiene que ver con los postulados de género. *“Se destruye la familia incluso antes de que pueda haber nacido –constata María Lacalle–. Aún hay más: la ideología de género, incluso, no concibe la fidelidad, y llegan a pedir hasta el llamado ‘poliamor’, una especie de ‘matrimonio en grupo’”*. Por supuesto, sin hijos...

ACOSO A LA INFANCIA. En realidad, al final del camino, a la mujer sólo le espera la soledad: *“Todo desemboca en la destrucción de la propia mujer, porque nos hacen renunciar a lo más femenino: el amor, la maternidad y la preocupación por el otro”*, señala Lacalle. Esta ideología destruye a la familia porque extirpa la naturaleza de la mujer y la intenta dotar de una falsa autonomía que, en realidad, la cierra al amor y a la vida, y la imposibilita para ser esposa, madre y, en definitiva, mujer.

Los impulsores de la ideología de género no dudan en manchar la sagrada inocencia de los niños para introducir en su conciencia una visión de la sexualidad y de la familia ajena a la naturaleza. También es grave que, muchas veces, esto se hace a espaldas de los padres; en nuestro país se han editado, por ejemplo, *Guías para chicas* para repartir en los colegios, con las siguientes recomendaciones: *“Si*

tienes la posibilidad de que alguien de tu confianza te dé masajes, relájate y abandónate... , seguramente te sentirás estar en otra galaxia"; o también: "Seguramente habrás oído que lo normal es que te gusten los chicos, pero, si te informas bien y piensas por tu cuenta, descubrirás que lo natural es que se dé el amor y la expresión sexual entre las personas, sean de distinto sexo o del mismo". Hace unos años, la Generalidad de Cataluña promovió dos campañas para regalar muñecas a los niños, y coches y balones a las niñas. Y el último episodio, en este sentido, es un acuerdo entre un centro cultural de Madrid, un grupo gay y CajaMadrid para "proporcionar recursos educativos y los conocimientos necesarios para tratar la diversidad afectivo-sexual y familiar en el entorno de la escuela".

Doña María Menéndez, portavoz de la plataforma de padres Madrid Educa en Libertad, denuncia que este tipo de propaganda "se da, sobre todo, en los colegios públicos, y a los padres no se les avisa ni se les dice nada". El contenido de estos programas educativos se basa siempre en "respetar la diferente 'orientación sexual', señalar que hay distintos 'tipos de familia', fomentar la promiscuidad sexual, el uso de anticonceptivos y el sexo sin freno ni límite...; también se anima a la masturbación y a experimentar con el cuerpo, diciendo a los niños que es algo tan saludable como comer fruta o verdura; se quiere crear empatía con la gente que tiene atracción por el mismo sexo; y se suele dar a los niños preservativos e instrucciones sobre cómo ponerlos".

HACIA EL CORAZÓN DE LOS NIÑOS. Otros fenómenos asociados a la imposición de género son, por ejemplo, la hipersexualización de las niñas y de la ropa que se diseña para ellas, la cada vez más temprana edad de iniciación sexual, la normalización del consumo de pornografía por los niños varones, o la confusión sobre la propia identidad sexual..., que no dejan de acarrear graves consecuencias en el corazón de los niños. El doctor Jokin de Irala, de la Universidad de Navarra, afirma que "los niños necesitan pautas y modelos fijos sobre lo que son y lo que deben ser. Sin esas pautas, determinadas experiencias pueden confundirles y determinar su desarrollo. Algunos piensan que las pautas quitan la libertad del niño; pero, si las quitamos, lo que sucede es que el niño pasa a depender del ambiente, de ciertas películas, del comportamiento de ciertos jóvenes... Se puede afirmar que un joven educado sin pautas y sin la autoridad fundada en el amor de su padre y de su madre desarrolla con mayor frecuencia una gran inseguridad para vivir en sociedad".

Por eso, "si les decimos que aún no son niños ni niñas, sino que serán 'lo que ellos quieran', no harán una decisión libre, porque no están preparados, sino que su desarrollo dependerá del capricho de un momento, de sus amistades, de una experiencia concreta con niños o niñas de su entorno... La ideología de género es en realidad un pensamiento que ni siquiera se puede describir como científico: no tiene mucho sentido ignorar el hecho biológico de que existen dos sexos bien definidos", abunda el doctor De Irala. Más tarde, al llegar a la adolescencia, este adoctrinamiento puede condicionar incluso su vocación al amor: "Un chico con referencias claras distingue sin problemas el apego que siente por sus amigos chicos, de la atracción que siente por las chicas. En cambio, otro educado en la ideología de género puede interpretar mal lo que siente. Por ejemplo, si con las chicas está incómodo, pero tiene un amigo con el que se entiende perfectamente, puede pensar que eso es estar enamorado", concluye el doctor De Irala.

LA REALIDAD, EN LOS COF. Si hay un lugar en el que se pueden comprobar los nefastos efectos que la ideología de género tiene para toda la familia son los *Centros de Orientación Familiar* (COF). Don José María Viñas, Director del COF *Regina Famíliae*, de Alcalá de Henares, señala que “*muchas de las crisis que vemos en las familias y matrimonios que acuden a los Centros de Orientación Familiar tienen su caldo de cultivo en la ideología de género: problemas de infidelidad, inmadurez afectiva, incapacidad para donarse, dificultad para estar abiertos a la vida, postergar o limitar los nacimientos, todos los temas relacionados con las técnicas de reproducción asistida, el vivir como ‘solteros casados’, la reivindicación excesiva de espacios y tiempos propios, el anteponer un proyecto personal al del matrimonio, la redefinición de los roles familiares, la disparidad de criterios en la educación de los hijos...*”. Y alerta del riesgo de que todos estos problemas contribuyen a crear el entorno cultural en el que nos movemos todos los días: “*Lo curioso es que, si hacemos una encuesta entre las familias, pocos saben lo que es la ideología de género, pero la gran mayoría sufre sus consecuencias*”, destaca Viñas.

UNA BATALLA CULTURAL. Pocos saben qué es la ideología de género..., pero forma parte de nuestro día a día. De hecho, está calando poco a poco, hasta en el lenguaje que utilizamos en nuestra vida cotidiana: *nuevos derechos, salud sexual y reproductiva, opción sexual, tipos de familia...* ¿Y quién no ha utilizado ya alguna vez la expresión *matrimonio homosexual*, como si eso fuera posible?

Don José María Viñas reconoce que “*los promotores y defensores de la ideología de género han tenido la habilidad de ganar la batalla de los medios de comunicación. Esto lo han conseguido presentando sus derechos desde un planteamiento victimista, para mover a la compasión del otro, atendiendo a aspectos puramente emotivistas, sin tener en cuenta la naturaleza y la verdad que hay detrás de cada persona, de sus relaciones y de los acontecimientos que vive. Los estereotipos que presentan los medios de comunicación –de forma concreta, las series de televisión– han ido calando en la población, de tal manera que condicionan su forma de ser y actuar*”.

Un ejemplo: la serie más vista en Estados Unidos durante la temporada 2011-2012 ha sido *Modern Family*, una comedia sobre un hombre y una mujer casados en segundas nupcias, con hijos conflictivos, uno de los cuales es homosexual y ha adoptado a una niña, junto con su pareja. “*La familia tradicional ya no es el único modelo a seguir*”, señala una descripción de la serie en Internet. En nuestro país, ya estamos acostumbrados a la cuota que parece obligar a que en cada serie de televisión aparezca un personaje abiertamente homosexual; hace poco, en estas mismas páginas, una familia natural, de padre y madre con tres hijos, se lamentaba: “*Familias como la nuestra nunca aparecen en los medios de comunicación...*”.

HAY ESPERANZA. En esta deriva cultural, cada vez resulta más complicado oponerse a la dictadura de lo políticamente correcto. En la pasada legislatura, estuvo a punto de aprobarse en España una *Ley de Igualdad de Trato y No Discriminación*, al estilo de las que ya existen en otros países de Europa, que perseguiría cualquier opinión disidente de lo políticamente correcto en materia de moral. Se instauraría así el *delito de opinión*, por el que ya han sido arrestados y multados periodistas y clérigos en distintos países europeos, tal como ha denunciado

recientemente el informe *Censored*, del *Observatorio sobre la Intolerancia hacia los cristianos en Europa*. ¿Libertad de expresión? Depende de lo que se diga: son ya numerosos los ataques sufridos por nuestros obispos por defender que el matrimonio está formado por un hombre y una mujer.

Precisamente, el último caballo de batalla de la ideología de género es el mal llamado *matrimonio gay*. En 1994, el escritor y activista homosexual Michael Signorile reconocía abiertamente en *Out Magazine*: “*Pedimos el derecho a casarnos no como una forma de adherirnos a los códigos morales de la sociedad, sino de desbancar un mito y alterar radicalmente una institución arcaica [la familia]. La acción más subversiva que pueden emprender los gays y lesbianas es transformar por completo la noción de familia*”. En éstas están..., y éste es el ambiente que se respira nada más pisar la calle, y nada más encender la televisión.

Sería muy inocente pensar que la ideología de género nos queda lejos, o que es un asunto exclusivo de homosexuales y feministas radicales. Sin duda, el objetivo de la ideología de género y de todos los que la apoyan –*lobby gay*, feministas de género, izquierda sociológica, derecha liberal, hombres y mujeres sin formación– es *destruir la familia*; concretamente, una familia: la nuestra.

Sin embargo, hay esperanza. En palabras de Benedicto XVI: “*La verdad no envejece. Se puede olvidar durante algún tiempo, es posible encontrar otras cosas; pero la verdad como tal no desaparece. Las ideologías tienen un tiempo determinado. Parecen fuertes, irresistibles, pero después de un determinado período se consumen; pierden su fuerza porque carecen de una verdad profunda*”. Es la verdad profunda de la familia lo que hay que cuidar para sobrevivir a la dictadura ideológica de género. No se trata de ir contra nadie, sino de cuidar lo mejor que tenemos: nuestro cónyuge, nuestros hijos, nuestra familia.

JUAN LUIS VÁZQUEZ DÍAZ-MAYORDOMO*

9. LAS POLÍTICAS DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS

El Papa Benedicto XVI no deja de alumbrarnos con su sabiduría. Al saludar a sus colaboradores, repasando los aspectos más importantes del año 2012, ha querido referirse a la llamada teoría del género, que está en el centro de los empeños de los defensores de la homosexualidad, expresando lo grave que ella es para la familia humana fundada en el matrimonio.

Ha dicho: “El gran rabino de Francia, Gilles Bernheim, en un tratado cuidadosamente documentado y profundamente conmovedor, ha mostrado que el atentado, al que hoy estamos expuestos, a la auténtica forma de la familia, compuesta por padre, madre e hijo, tiene una dimensión aún más profunda. Si hasta ahora habíamos visto como causa de la crisis de la familia un malentendido de la esencia de la libertad humana, ahora se ve claro que aquí está en juego la visión del ser mismo, de lo que significa realmente ser hombres”.

*Artículo publicado por *Alfa y Omega*, www.alfayomega.es.

“Cita una afirmación que se ha hecho famosa de Simone de Beauvoir: ‘Mujer no se nace, se hace’. En estas palabras, se expresa la base de lo que hoy se presenta bajo el lema ‘gender’ (género) como una nueva filosofía de la sexualidad. Según esta filosofía, el sexo ya no es un dato originario de la naturaleza, que el hombre debe aceptar y llenar personalmente de sentido, sino un papel social del que se decide autónomamente, mientras que hasta ahora era la sociedad la que decidía”.

“La falacia profunda de esta teoría y de la revolución antropológica que subyace en ella es evidente. El hombre niega tener una naturaleza preconstituida por su corporeidad, que caracteriza al ser humano. Niega la propia naturaleza y decide que ésta no se le ha dado como hecho preestablecido, sino que es él mismo quien se la debe crear”.

“Según el relato bíblico de la creación, el haber sido creada por Dios como varón y mujer pertenece a la esencia de la criatura humana. Esta dualidad es esencial para el ser humano, tal como Dios la ha dado. Precisamente esta dualidad como dato originario es lo que se impugna. Ya no es válido lo que leemos en el relato de la creación: ‘Hombre y mujer los creó’ (Gn 1,27). No, lo que vale ahora es que no ha sido Él quien los creó varón o mujer, sino que hasta ahora ha sido la sociedad la que lo ha determinado, y ahora somos nosotros mismos quienes hemos de decidir sobre esto”.

“Hombre y mujer como realidad de la creación, como naturaleza de la persona humana, ya no existen. El hombre niega su propia naturaleza. Ahora él es sólo espíritu y voluntad. La manipulación de la naturaleza, que hoy deploramos por lo que se refiere al medio ambiente, se convierte aquí en la opción de fondo del hombre respecto de sí mismo”.

“En la actualidad, existe sólo el hombre en abstracto, que después elige para sí mismo, autónomamente, una u otra cosa como naturaleza suya. Se niega a hombres y mujeres su exigencia creacional de ser formas de la persona humana que se integran mutuamente”.

“Ahora bien, si no existe la dualidad de hombre y mujer como dato de la creación, entonces tampoco existe la familia como realidad preestablecida por la creación. Pero, en este caso, también la prole ha perdido el puesto que hasta ahora le correspondía y la particular dignidad que le es propia. Bernheim muestra cómo ésta, de sujeto jurídico de por sí, se convierte ahora necesariamente en objeto, al cual se tiene derecho y que, como objeto de un derecho, se puede adquirir”.

“Allí donde la libertad de hacer se convierte en libertad de hacerse por uno mismo, se llega necesariamente a negar al Creador mismo y, con ello, también el hombre como criatura de Dios, como imagen de Dios, queda finalmente degradado en la esencia de su ser. En la lucha por la familia está en juego el hombre mismo. Y se hace evidente que, cuando se niega a Dios, se disuelve también la dignidad del hombre. Quien defiende a Dios, defiende al hombre”.

No creo haber leído con tanta claridad una descripción de la realidad que estamos viviendo en Chile. Se puede, naturalmente, diferir de estos razonamientos, pero también se puede exigir a las personas más informadas y que se dicen cristianas un esfuerzo para comprender adónde nos pueden llevar las leyes que hoy se proponen, como el caso del llamado acuerdo de vida en pareja.

MONSEÑOR JUAN IGNACIO GONZÁLEZ ERRÁZURIZ*

*Artículo publicado por *El Mercurio* de Santiago.

10. EL SEXO INSEGURO

Cuando en julio de 2010 entró en vigor la nueva ley de Salud Sexual y Reproductiva, del gobierno de Rodríguez Zapatero, se dijo a la ciudadanía que el objetivo era reducir el número de abortos, gracias a la mejor educación sexual, a la mayor difusión de los anticonceptivos y a la venta libre de la “píldora del día siguiente” (PDS). Con ese arsenal anticonceptivo, el éxito estaba garantizado.

Pues si la ley tuviera un período de garantía, habría que devolverla. Los datos ahora conocidos correspondientes a 2011 solo revelan aumentos: los abortos suben un 4,5% hasta alcanzar el récord de 118.359, lo que equivale a uno por cada cuatro nacidos vivos; la tasa de abortos por 1.000 mujeres entre 15 y 44 años sube a 12,44%, la más alta nunca registrada; incluso el número de centros que practican abortos aumenta también de 146% a 172%, lo que parece indicar que con la nueva ley ha habido cierta expansión del negocio.

Tampoco es extraño que las cifras marquen esta tendencia ascendente. Si una conducta pasa de ser considerada teórico delito a derecho, lo raro sería que disminuyera. El efecto preventivo de la PDS también se ha revelado ilusorio. Algún aborto habrá evitado la píldora, pero en grandes números no son fenómenos alternativos, sino que más bien tienden a crecer juntos. Los datos correspondientes a 2010 indicaban ya que la venta de la PDS había crecido un 83%, y también en ese año volvió a aumentar el número de abortos. Más bien da la impresión de que la fácil disponibilidad de la PDS contribuye a aumentar las conductas de riesgo, al dar una sensación de arma de último recurso.

Si en cualquier otro problema de salud pública se observara tal disparidad entre objetivos y resultados, pocos dudarían de que había que cambiar de estrategia. Sin embargo, en el tema del aborto ha imperado hasta ahora el “más de lo mismo”, con la ilusoria esperanza de que la realidad se adapte a nuestros deseos. El gobierno de Rajoy, que viene anunciando que va a cambiar la ley, puede encontrar en estas cifras nuevos motivos para cargarse de razón.

En la sociedad actual ninguna autoridad sanitaria se atrevería a “estigmatizar” determinadas prácticas sexuales. Pero desde el punto de vista de la salud pública da la impresión de que no todas son igualmente sanas. Así en Francia, según informa *Le Monde* (12-12-2012), hay preocupación por el resurgimiento de enfermedades de transmisión sexual –aparte del sida– hasta ahora poco frecuentes.

La sífilis, que estaba casi olvidada, ha vuelto a surgir en este siglo y el número de casos ha crecido hasta 751 en 2011. Aparece sobre todo en homosexuales o bisexuales, y en el 38% de los casos coexiste con la infección por VIH.

El número de infecciones por *Chlamydia trachomatis*, la más frecuente de las enfermedades de transmisión sexual, va en aumento, tanto en el hombre como en la mujer. Más del 10% de las mujeres de 18 a 25 años sufren esta infección, contra una incidencia del 4% en 2005. La enfermedad suele permanecer asintomática, y si no es tratada puede suponer riesgos desde inflamación de las trompas hasta esterilidad.

El número de infecciones por gonococos crece marcadamente desde hace diez años: en 2009 afectó de 15.000 a 20.000 hombres. Y si antes se limitaba sobre todo a los homosexuales, ahora afecta también a mujeres heterosexuales.

Los especialistas consultados por *Le Monde* piensan que estas cifras están por debajo de la realidad, pues no tienen en cuenta las consultas en medicina general.

Atribuyen la mayor prevalencia de la enfermedad al aumento del número de parejas sexuales y a la frecuencia de prácticas de riesgo con escasa "fidelidad" al preservativo. Para complicar más las cosas, se advierte una resistencia creciente de la infección por gonococos al tratamiento con los antibióticos hasta ahora utilizados.

Habida cuenta del fracaso de campañas centradas solo en el preservativo, cabe preguntarse si no ha llegado el momento de romper el tabú para informar sobre los riesgos de la promiscuidad sexual.

IGNACIO ARÉCHAGA*

11. A LA DEFENSA DEL EMBRIÓN HUMANO

Defendemos lo que es precioso, lo que es importante, lo que tiene valor, lo que necesita ayuda. Por eso, precisamente por eso, estamos llamados a defender al embrión humano.

Para algunos, un embrión humano es material biológico, disponible para la investigación. Para otros, es ciertamente una vida humana, pero supeditada en sus "*derechos*" al reconocimiento que otorgue (o que no otorgue) su madre. Para otros, es, sobre todo, un hijo.

La situación en la que hoy se encuentran millones de embriones humanos es dramática. Unos empiezan a existir en clínicas de la reproducción artificial, donde se evalúan según la calidad que tengan, donde son seleccionados los mejores y marginados los peores, donde muchos son congelados como "*material*" disponible según las necesidades.

Otros embriones inician su vida en el seno materno. Allí, en un lugar escondido e íntimo, corren el peligro de ser eliminados por el aborto, con técnicas diferentes que tienen un objetivo idéntico: aniquilarlos.

Otros embriones crecerán hasta llegar al día del parto, pero encontrarán a su alrededor un mundo difícil, lleno de incomprendiones y de desprecios, o situaciones de injusticia como las que provocan el hambre de millones de niños.

El embrión humano vive hoy situaciones de grave desamparo, lo cual exige una reacción sincera y valiente de los amantes de la justicia. No podemos aceptar con indiferencia el uso o la eliminación de millones de embriones simplemente porque unos, los más fuertes, los rechazan.

Por lo mismo, todo esfuerzo cultural y social orientado a reconocer y a defender la dignidad de los más pequeños e indefensos miembros de nuestra especie será bienvenido. Su simple existencia merece ayuda y protección: porque son hermanos nuestros y, sobre todo, porque están unidos a sus respectivas madres por los vínculos maravillosos de la filiación humana.

FERNANDO PASCUAL**

*Artículo publicado por el autor en su blog *El Sonar*, <http://blogs.aceprensa.com/elsonar>.

**Publicado por *Análisis Digital*, www.analisisdigital.org.

12. EL DIAGNÓSTICO PRENATAL, LA EUGENESIA DEL NUEVO SIGLO

La implantación de estrategias de selección prenatal está dando lugar a un número creciente de abortos eugenésicos. Los pocos afectados por síndrome de Down que nacen hoy son los supervivientes de una dura criba. Tres especialistas en el ámbito sanitario y social –Esteban Rodríguez Martín, Salvador Mérida y Jaime Vilarroig– exponen en *Cuadernos de Bioética*, con datos, cifras y reflexiones, los dobleces de este fenómeno.

Los abortos eugenésicos han aumentado mucho en España durante la última década, hasta más de tres mil en 2009.

El diagnóstico prenatal comenzó en las últimas décadas del siglo XX, hace apenas 25 años, y se ha institucionalizado. Está basado en la capacidad de diagnosticar desde las primeras etapas del desarrollo la presencia en un embrión o un feto de un gen nocivo para la salud o de alteraciones estructurales o morfológicas, genéticas o adquiridas que causen discapacidad o enfermedad.

CRIBADO SISTEMÁTICO. Estos programas forman parte de la política sanitaria española y se aplican a todas las embarazadas. Comprenden los cribados de cromosomopatías del primer trimestre (ecografía de la semana 12) y a los cribados de malformaciones estructurales del segundo trimestre (ecografía semana 20).

Para el diagnóstico de cromosomopatías se utilizan unos marcadores de riesgo que son: epidemiológicos (edad materna, antecedentes familiares, etc.), bioquímicos y ecográficos, como el pliegue nucal entre otros. Con estas pruebas se calcula el riesgo de tres cromosomopatías: las trisomías 21,13 y 18.

Si el riesgo resulta elevado, el diagnóstico deberá ser confirmado con una prueba invasiva: la biopsia corial o amniocentesis, que puede ser peligrosa para la vida del feto.

Estos programas de cribado prenatal difieren por completo en método y fines de otros programas de cribado de patologías. Difieren en método porque estas pruebas, al contrario que el diagnóstico prenatal, no suponen un riesgo desproporcionado. Y difieren en fines porque con la detección de estas enfermedades frecuentes se busca un tratamiento precoz.

En cambio, los programas de cribado prenatal no buscan el tratamiento sino detectar al paciente enfermo para, en la mayoría de los casos, decidirse por un aborto que acabe con el problema. Como afirma el Dr. Esteban Rodríguez: *“En los cribados prenatales la mayoría de las enfermedades detectables no van a tener un tratamiento posible y, en el caso de las incurables, como las cromosomopatías, someten a los pacientes fetales a riesgos, tanto directos como indirectos, que son desproporcionados y evitables (...) La utilidad de los cribados de cromosomopatías es únicamente eugenésica, siendo el objetivo final permitir el aborto”.*

Así se expresa en el Consentimiento Informado oficial del programa avalado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO): *“El objetivo final es conocer la integridad cromosómica de mi hijo y, de no ser así, permitirme acogerme a la Ley de la Interrupción Voluntaria del Embarazo”.*

La tasa de nacimientos de niños con síndrome de Down ha bajado un 60% desde 1985, pese a que la de madres mayores de 35 años, las que tienen más riesgo, es ahora más del doble.

AL AMPARO DE LA LEY. La ley española del aborto regula los casos que se pueden justificar tras el diagnóstico prenatal. Se puede abortar sin límite de tiempo *“cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”* (art. 15 c).

Pero, como ocurre en numerosas ocasiones con el lenguaje legal y político, la terminología es ambigua. Aun así, el Comité de Bioética de la SEGO ha entrado a definir los dos supuestos desarrollados en el art. 15 c, elaborando listados de enfermedades que justificarían los abortos para orientar a los comités clínicos y a los especialistas individuales a los que involucra.

Ante estos listados, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia ha advertido que *“no existe una definición médica para lo que constituye la frontera de gravedad de una enfermedad fetal y tampoco existe una definición social para lo que constituye una vida normal para un neonato (...) Debido a la complejidad potencial de sus indicaciones, no existe una lista normativa de enfermedades que sean consideradas justificantes del aborto médico, dejando la decisión a cada caso en particular”*.

Por su parte, la Comisión Deontológica de Ginecólogos por el Derecho a Vivir (DAV) ha contestado ampliamente la declaración de la SEGO reclamando que, al menos, *“se deberían elaborar listados de enfermos ante los cuales los obstetras nunca deberían ofertar la posibilidad de la muerte prenatal”*. Y reclaman que sea el lenguaje político el que se ajuste a las verdades científicas y no al revés: *“Nos parece más apropiado y ajustado a la realidad científica englobar estos diagnósticos bajo el epígrafe de enfermedades con corta esperanza de vida y enfermedades con grados de dependencia. Precizando que el aborto bajo esta justificación no obedece a causas médicas sino de otro tipo”*.

Tampoco el concepto de *“interrupción voluntaria del embarazo”* se libra de la ambigüedad. ¿Voluntariedad?, se pregunta Esteban Rodríguez. *“A menudo no es tal. La mayoría de las veces se trata de ‘interrupciones condicionadas del embarazo’ por un diagnóstico prenatal. Embarazo que en un principio fue deseado y que el diagnóstico convirtió en indeseable”*.

RIESGOS DEL DIAGNÓSTICO PRENATAL. El diagnóstico prenatal tiene limitaciones y no es infalible. En primer lugar, su capacidad es real para detectar cerca de un centenar de sistemas genéticos simples, pero no es aplicable para enfermedades complejas, como muchas de las patologías mentales, del comportamiento e incluso físicas (epilepsia, asma, alergias, etc.).

En segundo lugar, para el cribado de cromosomopatías del primer trimestre, los marcadores de riesgo que existen (epidemiológicos, bioquímicos y ecográficos) son orientativos porque por sí mismos no bastan para establecer un diagnóstico, ya que a veces también se hallan en fetos sanos. Estos falsos positivos convierten a las gestantes en candidatas para someterse a la amniocentesis, prueba que conlleva la invasión del medio fetal, con un riesgo de pérdida del feto del 1-2%.

La edad también es determinante. Para el cálculo del riesgo se utiliza un riesgo basal, que en el caso del síndrome de Down se establece en 1/250, o sea: de 250 embarazos en mujeres mayores de 35 años, en uno habrá síndrome de Down. Teniendo en cuenta que actualmente la edad de la primera maternidad

es cada vez más tardía, las gestantes consideradas de “alto riesgo” son también cada vez más numerosas.

DISCAPACITADOS DESAPARECIDOS. El porcentaje de recién nacidos con defectos congénitos viene disminuyendo progresivamente desde la despenalización del aborto. Es frecuente tomar como referencia el período 1980-1985, en el que el porcentaje de recién nacidos con defectos congénitos se situaba en el 2,22%. En 2009, la frecuencia se había reducido a menos de la mitad: 0,98%.

A la vez, el número de abortos realizados en España acogiéndose al supuesto de “riesgo fetal” se ha incrementado notablemente a lo largo de las dos últimas décadas, hasta alcanzar 3.317 en 2009.

En concreto, desde 1985, los nacimientos de niños con síndrome de Down han disminuido en torno a un 60%. Así, la tasa bajó de 17,48 por 10.000 nacidos vivos en el período 1980-1985 a 7,24 por 10.000 en 2009. Sin embargo, la tasa de prevalencia del síndrome de Down en embarazos ha ido subiendo paulatinamente durante los últimos años, posiblemente a causa del aumento de la edad materna. En efecto, si en 1985 el número de madres mayores de 35 años fue de 41.710 (un 9,1% de las mujeres que dieron a luz ese año), en 2009 fue de 105.823 (21,4%). Es decir, desde 1985 y a la par que iba disminuyendo el número de niños Down nacidos a menos de la mitad, el número y proporción de madres mayores de 35 años iba incrementándose hasta duplicarse.

“Nos encontramos con unos datos reales de muerte por aborto provocado del 80-90% de los fetos que presentan síndrome de Down en nuestro país”, concluye Salvador Mérida.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. A pesar de las limitaciones de las técnicas, y del aumento de abortos eugenésicos, a menudo se argumenta que el objetivo del diagnóstico prenatal es informar. La Organización Mundial de la Salud (OMS) va más allá, y habla del diagnóstico prenatal como de una acción diagnóstica anterior al aborto eugenésico, y catalogando este último como “opción reproductiva”.

Ante este marco sanitario, legal y social, que deja por completo indefenso al feto, la posible utilidad terapéutica del diagnóstico prenatal queda indefectiblemente vinculada a la eugenésica. Esto ocasiona problemas de conciencia a los especialistas que, queriendo hacer un buen uso del diagnóstico prenatal, se convierten en un instrumento del sistema sanitario y de su política de “prevención” no de las enfermedades, sino de las personas enfermas. Tanto es así, que la OMS reconoce el derecho a no participar en el diagnóstico prenatal a los médicos que se opongan al aborto, a pesar de recomendar su extensión a todos los países.

En España, la reciente ley admite la objeción de conciencia del personal sanitario que pueda verse implicado, pero “con resignación”, admite Salvador Mérida, “como quien tolera una amenaza, y no bajo un prisma positivo que valore y defienda el pluralismo existente en nuestras sociedades multiculturales”.

PADRES BAJO PRESIÓN. Por otro lado, la presión institucional y social es grande. Las demandas judiciales por errores o limitaciones del diagnóstico prenatal son cada vez más frecuentes, lo cual estimula un desarrollo de la medicina defensiva y contribuye a la expansión de las estrategias de cribados eugenésicos. Se instaura un nuevo concepto de medicina a la que se atribuye el papel social de satisfacer deseos. “Una nueva Medicina –afirma Esteban Rodríguez– que puede convertirse en lesiva para la dignidad humana, especialmente cuando los deseos

afectan a la procreación y suponen la destrucción de ciertas vidas". Y muy peligrosa, al contribuir a que los especialistas vayan cediendo poco a poco ante una lógica cada vez más permisiva contra la vida, y que en algunos países ha derivado ya en una eugenesia posnatal.

Hay quienes a esta eugenesia posdiagnóstico prefieren llamarla "eutanasia fetal", alegando motivos de compasión hacia el feto. Una compasión que afecta de modo directo a los progenitores, empujando a la mayoría a una decisión irreversible que generará secuelas de por vida.

Pero, ¿qué pasa con los padres que deciden dejar vivir a sus hijos enfermos o discapacitados? La presión no es menor para ellos. "*Considerar desde una institución sanitaria que es ético destruir por compasión a un feto enfermo, con corta esperanza de vida, portador de discapacidad severa, o que dará lugar a una vida dependiente, es una forma de inducir al aborto eugenésico y estigmatizar a los padres que deciden respetar la vida de sus hijos y amarlos hasta el final*", expresa el ginecólogo Esteban Rodríguez.

Todo eso podría evitarse, a juicio del ginecólogo, si se prescindiera del "*diagnóstico prenatal eugenésico (cribado de cromosomopatías), que no tiene ninguna utilidad terapéutica, y cuya eliminación o postergación salvaría la vida de miles de niños en el mundo, sobre todo de los afectados por síndrome de Down*".

DOBLE MORAL. En nuestra sociedad, gracias a un esfuerzo colectivo, hemos logrado que las personas afectadas por el síndrome de Down vean cada vez más reconocida su dignidad y diversidad, alcanzando bastante autonomía, participación e igualdad de oportunidades. Sin embargo, y al mismo tiempo, se les deja nacer cada vez menos.

La *Revista española de investigación e información sobre el síndrome de Down* (n. 93, 2007, pp. 71-79) dice: "*La presión social y la información poco actualizada han hecho ascender dramáticamente el número de abortos voluntarios de fetos con síndrome de Down (el 85% de los diagnosticados), destapando así la concepción discriminadora de la sociedad ante la discapacidad*".

En cambio, la actitud contraria manifiesta que el respeto a la dignidad de la persona es real e incondicionado. Aceptar una vida discapacitada significa decir a la sociedad *que las personas valemos por lo que somos* (Spaemann); es mostrar a los padres un modelo ideal de paternidad donde los defectos de los hijos no merman el amor (MacIntyre); es mostrar al mundo que el valor y dignidad de una vida no es susceptible de ser cuantificada en términos de gastos económicos (Lejeune); y, en fin, es sentirnos solidarios con una fragilidad que todos compartimos como miembros de una misma familia humana (Vara).

Jaime Vilarroig cierra su estudio con un apelación directa al lector: "*Este rechazo al discapacitado es la plasmación concreta de un modelo antropológico que concibe al hombre como ser autónomo y destierra de lo humano los fenómenos de la dependencia y la vulnerabilidad (...). No seamos los primeros en desentendernos con el tópico de que 'no nos concierne', porque lo que afecta a cualquier humano nos concierne. Hagamos de la responsabilidad por el otro, cuando el otro no se puede valer por sí mismo o no tiene voz, un nuevo principio ético*".

MERCEDES BEUNZA*

*Artículo publicado en *Aceprensa*, <http://www.aceprensa.com>

13. CUANDO LA MADRE NO ES SOLO UNA

En un artículo publicado en *Cuadernos de Bioética* (1), Ángela Aparisi Miralles y José López Guzmán analizan los problemas éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Ofrecemos un resumen.

Este tipo de prácticas han sido posibles gracias a un profundo cambio en la mentalidad de la procreación humana. *“Por un lado, el hijo puede considerarse como un elemento más por el que se opta, o no, en el contexto de estilos de vida propios de una sociedad de consumo; por otro, la concepción natural puede ser sustituida por un proceso de ‘producción’ del hijo y, en consecuencia, subordinado a las reglas de la técnica e, incluso, del mercado”*. Las técnicas de fecundación artificial han hecho que ya no sea imprescindible la relación íntima e interpersonal entre un hombre y una mujer. *“Además, en relación a las nuevas tecnologías reproductivas podemos afirmar que el pensamiento que actualmente se engloba bajo el rótulo genérico de ‘ideología de género’ ha propiciado en los últimos años, el recurso a las mismas, en el contexto de los denominados derechos sexuales y reproductivos”*. Amparados por un predominio de la técnica sobre la ética, algunas personas se han procurado el derecho a contratar a una madre de alquiler.

Los autores afirman que la maternidad subrogada altera el significado humano de la generación: *“no se procrea tras una relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan y se perpetúan, sino que esa reproducción es resultado de la técnica”*. Las nuevas tecnologías reproductivas traen consigo una profunda modificación de las relaciones interpersonales, especialmente en el ámbito familiar. *“Dicha modificación puede, incluso, provocar un cambio en la forma de comprendernos a nosotros mismos. Por ejemplo, los progenitores, en muchos casos, se convierten en simples donadores de gametos. De esta forma, surge toda una nueva tipología de posibles ‘padres’: los padres biológicos (que han colaborado con sus gametos), los padres sociales (que hacen las funciones de padres, pero no lo son biológicos), la madre portadora (que gesta al hijo, pero lo entregará a otra persona), la mujer padre (mujer lesbiana que desempeña el rol social de padre), etc.”*.

DE LA FILANTROPÍA AL ALQUILER. El origen de esta práctica se debe a la existencia de mujeres con una patología uterina que recurrían al útero de otra mujer. El primer acuerdo de maternidad subrogada tuvo lugar en Michigan en 1976, a cargo de la Surrogate Family Service Inc. Su finalidad consistía en ayudar a parejas con dificultades para concebir. Progresivamente se pasó a una segunda etapa, en la que se empezó a admitir una contraprestación económica. Fue entonces cuando se acuñó la expresión *“vientres de alquiler”*. En la actualidad esta práctica no es una opción excepcional, sino que se ofrece a cualquier persona que desee un hijo y no pueda gestarlo, como es el caso, por ejemplo, de los homosexuales.

(1) Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, Nº 78, vol. XXIII, mayo-agosto 2012, pp. 253-267.

En el plano de las ideas, la maternidad de alquiler hunde sus raíces en una visión dualista de la persona: el ser humano así entendido sería un ser pensante con un cuerpo que no es propiamente suyo. Por esto su corporalidad sería *“algo que se puede usar”*, pudiendo llegar a ser objeto de comercio. Algunos dicen que se trata de una realidad que es mejor regular legalmente, y afirman *“se entiende que los contratos de madres de alquiler se celebran entre adultos autónomos y responsables, no perjudican a terceros y redundan, necesariamente, en beneficios de todos los sujetos implicados”*. Sin embargo, los autores del artículo juzgan esta postura un tanto idílica, ya que en realidad se provocan serios problemas en las personas que realizan el contrato y, especialmente, en los hijos.

LA MADRE GESTANTE COMO INSTRUMENTO. Podemos preguntarnos, *“¿hasta qué punto puede ser admisible ética y legalmente que el contenido de un contrato sea el propio cuerpo de la mujer? Desde la antigüedad romana, los sistemas jurídicos occidentales se han apoyado en la distinción básica entre personas y cosas. Se ha entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, no pueden ser objeto de comercio. En esta línea, para muchos, el contrato de maternidad por subrogación debería estar prohibido de igual forma que se prohíbe, por ejemplo, que los participantes en un ensayo clínico lo hagan por una compensación económica, o sea retribuida la donación de sangre. A este respecto, el Comité Nacional de Ética francés indicó, en 2010, que la gestación por cuenta ajena comportaba riesgos éticos muy graves, que ninguna norma jurídica podía evitar”*.

(...) Distintos autores han entendido que, en realidad, *“el contrato de subrogación se asemeja peligrosamente a un contrato de compraventa de niños”*. Los factores económicos son importantes y variables: *“el precio total de un contrato de subrogación en la India era, en 2007, de unos 10.000 dólares. Ese mismo proceso en USA oscilaba entre los 60.000 y 80.000 dólares”*.

Respecto a las madres portadoras, hay que recordar que la madre de alquiler *“tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella”*. Estas mujeres *“con frecuencia sufren por tener que entregar obligatoriamente a los niños que han llevado en su seno. En más de un 10% de los casos necesitan terapia intensa para poder superarlo”*. Además, como ha escrito E. Montero, *“la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo”* (...)

Muchas feministas están en contra de la subrogación de vientre como práctica lucrativa ya que, *“además de convertir a la mujer en un objeto, conduce a una clara discriminación entre mujeres ricas y pobres, ejercitando una especie de coerción económica sobre la mujer más necesitada”*. Las mujeres más pobres o vulnerables son las que se encuentran más expuestas a este tipo de explotación.

MERCANTILIZAR LA FILIACIÓN. Las consecuencias sobre los hijos nacidos de una maternidad de alquiler son serias.

En el contrato de subrogación, la madre gestante se compromete a abandonar el niño al nacer, renunciando a sus deberes y responsabilidades. Asimismo, *“la legalización de la maternidad subrogada supone dar un paso adelante en la posibilidad de mercantilizar la filiación, ya que esta dependerá de un contrato con un fuerte contenido económico”*.

Por otra parte, “en los acuerdos económicos se detallan los incentivos, los motivos, y posibles razones, de una u otra parte, para suspender el proceso de gestación por aborto, con sus consiguientes e importantes consecuencias económicas”. Además, la maternidad subrogada tolera la posibilidad de una filiación fragmentada, “en la hipótesis extrema, el niño podría tener hasta cinco progenitores: una madre biológica, un padre biológico, una madre uterina o gestante, una madre legal y un padre legal”.

Otras veces, “en países como EE.UU. o Canadá, en los que está legalmente admitida la práctica de la reproducción artificial intrafamiliar, se pueden generar situaciones imposibles en el orden natural: por ejemplo, que una madre de edad avanzada, ante la imposibilidad de que su hija pueda hacerlo, dé a luz a su nieto; que una mujer sea, al mismo tiempo, madre y tía de su hijo, en el caso de donación de ovocitos entre hermanas, etc.”.

“En estas prácticas, la confusión de los distintos roles y funciones familiares es tan profunda que no sólo se pueden generar problemas jurídicos (entre los familiares donantes y los padres legales) y morales, sino también psicosociales. En concreto, el riesgo más importante que se presenta en este tipo de casos es el del impacto psicológico, especialmente en el hijo que llega a conocer su verdadera procedencia”. (...) “Muchos países prohíben legalmente estas prácticas al entender que existe una clara primacía de los deseos de los adultos sobre los derechos e intereses legítimos de los hijos. Así ocurre, por ejemplo, en España”.

EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS. Otra cuestión a considerar es la del derecho del hijo a conocer quiénes son sus progenitores. La experiencia ha demostrado que, al nacer de una madre de alquiler, “el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en el contrato de gestación, lo que no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos”.

Con respecto a la adopción, es bien conocido que, frente a otros momentos históricos, en la actualidad se tiende a reconocer legalmente el derecho de los hijos a conocer sus orígenes biológicos. En España, la Constitución establece, en su artículo 39 que “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. “Sin embargo, la situación legal es distinta, en general, en relación a la fecundación in vitro con donantes de gametos y, en particular, en el supuesto de la maternidad por subrogación. Es evidente que tras esta diferencia de trato subyace una discriminación legal, solo explicable por los motivos económicos que pueden impulsar a donar gametos o a gestar un embrión”.

“No se entiende bien esta diferencia de criterio, si no es por razones económicas y puramente contractuales: los donantes de gametos y las madres portadoras lo hacen, fundamentalmente, por lucro y, desde esta perspectiva, su intención es desvincularse totalmente del destino de los futuros hijos. Por su parte, los padres legales o de acogida no desean posibles interferencias en sus futuras relaciones familiares. En el caso de la subrogación, las cláusulas establecidas en el contrato de gestación asegurarán este extremo y, por ello, cerrarán completamente las puertas a la posibilidad de que el hijo ejercite el derecho a conocer a su madre uterina”.

El estudio concluye afirmando que “el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad. Sin embargo, no todos los deseos de los adultos

deben ser considerados como derechos, especialmente si esto implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y de los hijos”.

ÁNGELA APARISI y JOSÉ LÓPEZ GUZMÁN*

14. LA EUTANASIA QUE VIENE

Según hemos dicho muchas veces, los ataques contra la familia y la natalidad en buena parte del mundo han sido tan implacables y efectivos, que, como no podía ser de otra manera, los efectos de tan demencial política no cesan de sorprendernos continuamente.

En realidad, seguir sosteniendo la trasnochada teoría maltusiana de la sobrepoblación, sólo puede deberse a una auténtica esclavitud ideológica de sus promotores, que los incapacita para ver la realidad. El actual y galopante envejecimiento de la población está afectando a buena parte del globo, y no sólo Europa, sino que ahora grandes zonas de Asia (Japón, China, Rusia) se suman al desfile de sociedades que se van despoblando de jóvenes. A lo anterior se añade un brusco descenso de la natalidad en casi todas partes, incluidos América y el mundo islámico.

El problema es que las sociedades no comienzan ni acaban con las generaciones que actualmente viven, sino que como una cadena requieren no sólo de una sucesión intergeneracional, sino además, de una buena dosis de solidaridad entre ellas para que su historia continúe. Mas, si los ideales de vida que hoy se propugnan apuntan a encerrarse en sí mismos, a disfrutar y a olvidarse de los demás, incluso estando dispuestos a destruir a otros si fuese necesario, parece imposible que esta mecánica funcione.

Es como si de repente buena parte de la humanidad hubiera enloquecido, perdiendo la capacidad de percibir lo fundamental para su propia existencia, quedando atrapada por un espejismo de supuesta felicidad egocéntrica tan atractiva como peligrosa.

Por eso, no debemos extrañarnos que fruto de haber edificado nuestras actuales sociedades sobre criterios tan individualistas, exista un menosprecio cada vez mayor por la vida, sobre todo de los más débiles, y una verdadera obsesión por el confort y la productividad. Todo lo cual hace evidente que las decisiones que tomen los diferentes gobiernos irán a la par con este cambio de perspectiva.

De ahí que más tarde o más temprano –y espero estar equivocado–, en estas sociedades, todas aquellas personas que por alguna circunstancia resulten demasiado onerosas de mantener o no sean productivas, tenderán a ser eliminadas, incluso contra su voluntad, para mantener a flote los intereses económicos y el confort de algunos.

Así, la eutanasia impuesta, y no sólo cuando el sujeto la solicite, se yergue, amenazadoramente, como el otro gran atentado contra la vida en muchas de las

*Este artículo fue publicado originalmente por *Acepress*.

sociedades del siglo XXI; algo así como un reflejo de la furiosa embestida de los últimos cincuenta años contra los no nacidos.

De hecho, es muy probable que muchos de los que han defendido el aborto como un “derecho” a brazo partido, terminen cayendo en las garras de una eutanasia tan totalitaria e inhumana como el crimen que ellos mismos propiciaron. ¡Ironías de la vida!

MAX SILVA ABBOTT*

15. NEWTOWN

La matanza de niños en una escuela de Newtown sigue conmoviendo al mundo. El presidente Obama no ocultó sus lágrimas. Y muy pronto, cediendo al clamor nacional, auspició restringir la comercialización de fusiles de asalto y municiones de guerra. En síntesis fría: que en un solo día mueran 20 niños a manos de un desquiciado mental es una tragedia devastadora, para cuya prevención urge limitar el acceso ciudadano a ciertas armas capaces de provocarla.

En Nueva York, el 41% de los embarazos termina en aborto inducido. *Más de un millón 600 mil abortos quirúrgicos se practican cada año en los Estados Unidos.* Por cada tres niños concebidos, uno muere abortado. El 92% de estos abortos no tiene relación alguna con incesto, violación o salud de la madre. *Desde 1973, más de 30 millones de vidas concebidas han sido allí violentamente sacrificadas:* 20 veces más que las víctimas de guerras internas y externas de los Estados Unidos en toda su historia.

Las edades de las víctimas de esta guerra intrauterina no superan los nueve meses. Su tamaño es menor que el de los niños masacrados en Newton. El escenario de su ejecución (por un crimen que no cometieron) permaneció clausurado al escrutinio y reproche público: ni siquiera fue noticia. Y el autor de estos crímenes no fue una persona síquicamente desestructurada. Para estos crímenes no hubo conmoción nacional ni lágrimas presidenciales: estaban, los crímenes y sus autores, amparados por la Corte Suprema y un “derecho constitucional” en que la libertad para matar prevalece sobre la víctima inocente. Sus padres no corrieron, angustiados, a preguntar por la suerte de estas vidas mínimas: prestaron su consentimiento a que fueran sacrificadas. Los médicos no acudieron a salvarlas: pusieron su destreza “terapéutica” al servicio de su directa eliminación. Y a los ciudadanos que osaron protestar, en silencio y oración, cerca de esas clínicas de la muerte se les arrestó y multó onerosamente, por estorbar el ejercicio de un derecho constitucional.

¿Cuál es la diferencia entre los 20 niños de la escuela de Newtown y los centenares de miles de víctimas que cada año cobra el aborto en los Estados Unidos? ¿Los primeros son humanos y las segundas no? Si no son humanos desde el primer momento de su concepción ¿cómo y en virtud de qué salto mágico o alquimia celular podrían llegar a serlo por el mero transcurso de semanas y meses? ¿De manera que el respeto a la inviolabilidad de toda vida humana inocente viene ya

*Artículo desde VivaChile.org: <http://viva-chile.cl>

hipotecado, condicionado por una simple cuestión de edad, tamaño y visibilidad de la escena del crimen? *¿No estamos en presencia de la más horrenda e hipócrita forma de discriminación?*

Obama lamenta, llora: la violencia provocada por las armas cobra la vida de más de 10.000 personas en EE.UU. ¿Por qué sigue entregando armas legales para matar a millones?

PBRO. RAÚL HASBÚN Z.*

16. BAN KI-MOON: HOMOSEXUALIZAR EL MUNDO

El 10 de diciembre, conmemorando el Día de los Derechos Humanos, el Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, volvió a pedir *“que se ponga fin a la violencia y la discriminación por motivos de identidad de género y orientación sexual”*; y añadió: *“Permítanme decir esto alto y claro: las personas lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero tienen derecho a los mismos derechos que todos los demás. Ellos también nacen libres e iguales. Yo estoy hombro con hombro con ellos en su lucha por los derechos humanos. Estoy orgulloso que como Secretario General, tengo una plataforma global para poner de relieve la necesidad de acabar con la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género”*.

El evento fue organizado conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), y las Misiones Permanentes ante las Naciones Unidas de Argentina, Brasil, Croacia, la Unión Europea, Francia, Israel, Japón, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega y Estados Unidos, y las organizaciones Human Rights Watch y la International Gay and Lesbian Human Rights Commission.

Participaron en el evento, entre otros, la ministra francés para los Derechos de la Mujer, Najat Vallaud-Belkacem; por teleconferencia desde Sudáfrica, el arzobispo anglicano emérito Desmond Tutu; Blas Radi, militante transexual argentino; Shevchenko Olena, lesbiana ucraniana, y Gift Trapense, homosexual de Malawi. Las *“estrellas”* invitadas fueron Ricky Martin y la sudafricana Yvonne Chaka Chaka, embajadora de Buena Voluntad de UNICEF, que compartieron el escenario con el Secretario General. Para Ban, Martin es *“un maravilloso modelo a seguir para jóvenes LGBT y para todas las personas”*.

Una vez más, Ban reinterpreta la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, para defender los *“derechos”* de las personas LGTB, es decir, exigir derechos especiales para la orientación sexual, que es lo que realmente se está buscando.

ARGENTINA: A LA CABEZA DE LA PERVERSIÓN. *“Aplaudo a Argentina por la introducción de una de las legislaciones más progresistas del mundo en parejas del mismo sexo y el reconocimiento de género”*, dijo Ban Ki-moon haciendo referencia a la ley de *“matrimonio homosexual”* de 2010, y a *“ley de identidad de género”* sancionada en mayo de 2012, por la que cualquier persona puede *“cambiar el sexo ‘asignado’ al nacer”* por la *“identidad de género ‘autopercebida”*.

*Publicado en *Revista Humanitas*, www.humanitas.cl

¿QUÉ SE PRETENDE REALMENTE? ¿Evitar la violencia o imponer la “tiranía gay”? Reiteramos lo dicho en Noticias Globales 1110, como consecuencia de la llamada “discriminación por orientación sexual e identidad de género” y de la “homofobia y transfobia”, califican de homofóbica y discriminatoria toda opinión en desacuerdo con el estilo de vida homosexual. Atentan contra la libertad religiosa, por ejemplo, oponiéndose a la predicación de la doctrina cristiana. En base a esos conceptos se arremete contra la libertad de los padres a educar a sus hijos y se desconoce la libertad de las instituciones de enseñanza, por sólo dar unos pocos botones de muestra. Ahora se le suma la aplicación de la legislación internacional sobre derechos humanos a todo lo que se les antoje como trato violento o discriminatorio. ¿Serán pasibles de ser juzgados por la Corte Penal Internacional los padres de familia que se opongan a que sus hijos sean educados en la “normalidad” de la homosexualidad o las autoridades religiosas que prediquen la intrínseca maldad moral de la sodomía? Es muy distinto terminar con la injusta violencia a, por ejemplo, exigir libertad de acción, incluida la perversión de menores, o reclamar el “cupó gay” dentro del cuerpo de profesores de colegios y universidades. El lobby gay parece decir: “quien no apoya nuestro estilo de vida y todas nuestras pretensiones, está a favor de que se nos condene a muerte”.

P. JUAN C. SANAHUJA*

II. LO SAGRADO, HE AHÍ EL ENEMIGO

Con esa expresión los jóvenes de mayo del 68 marcaban el rumbo a toda una generación, a muchas generaciones por venir.

El asalto y profanación de la catedral de Punta Arenas se inserta en esa misma consigna. Los perros son ahora lo sagrado y, por eso, si alguien se atreve a minimizar su excelsa dignidad, será brutalmente agredido (meses atrás, otro grupo de animalistas había destrozado un hall en Medicina de la PUC, por cierto, derribando una estatua de la Virgen).

Una imagen suya, dulce pero con una aparente granada explosiva entre sus manos, está expuesta en el Parque Forestal hace ya meses. Para sus autores, lo sagrado es la violencia que –ya lo dijeron los teóricos como Sartre y Fanon– es purificadora, es causa de sanación.

Por eso los santos también deben ser aniquilados. Es el caso del beato Fariña, cuyo martirio compite con las sagradas ideologías de la guerra civil española. Su imagen fue quemada en la santiaguina iglesia de San Agustín, porque repugnó quizás a qué partidarios de la CNT-FAI, el anarquismo español de la época.

Y en Los Andes, las imágenes de Santa Teresa también quemadas. Y en varias ciudades, la leyenda “la única iglesia que ilumina es la que arde”.

Lo sagrado, dijo Pieper, es “un espacio delimitado expresamente respecto de lo trivial y lo cotidiano”. Un espacio, un tiempo, unas palabras, unas personas.

*Artículo publicado por *Noticias Globales*, www.noticiasglobales.org.

Separadas, segregadas, para que se entienda el respeto, la veneración, el sentido del misterio, de lo alto.

Por eso, en la lógica de la enemistad radical con Dios, esos lugares, personas, espacios y palabras deben ser arrasados.

Pero algo de autocritica también. ¿No hemos sido los mismos cristianos los que hemos facilitado la mentalidad aniquiladora de lo sagrado con nuestra frivolidad? ¿No han sido nuestro aspecto exterior al asistir a los actos de culto, nuestros gestos rituales, algunas palabras ofensivas a los pastores, la pobreza de la arquitectura, música e imagería religiosa contemporáneas, justamente las puertas de entrada para que se borren los límites entre lo sagrado y lo banal?

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ*

1. SOCIALISTAS FRANCESES ANUNCIAN CAMPAÑA CONTRA “PATOLOGÍA RELIGIOSA”

El gobierno socialista de Francia anunció la creación de un “Observatorio Nacional de Laicidad”, una iniciativa que en la práctica se traduciría en una violación a la libertad religiosa con la deportación de musulmanes, judíos y cristianos que sean considerados portadores de una “patología religiosa”.

LA MORAL LAICA EN LA ESCUELA. Este organismo, señala un comunicado oficial de la presidencia, “tendrá como tarea formular propuestas sobre la transmisión de la ‘moral pública’ para darle un lugar digno de ella en la escuela”. En septiembre, Vincent Peillon, Ministro de Educación, había anunciado la aplicación de “una misión” para la transmisión de la “moral laica” en la escuela, que será una disciplina completa y con nota.

Aunque el comunicado no precisa los alcances del Observatorio, ha sido el Ministro del Interior, Manuel Valls, quien explicó su misión. El funcionario indicó que “el objetivo no es combatir las opiniones con la fuerza, sino detectar y comprender cuándo una opinión se hace potencialmente violenta y llega al exceso criminal. El objetivo es identificar cuándo es bueno intervenir para lidiar con lo que se convierte en una patología religiosa”.

Valls –cuyo gobierno permite la pornografía con muchachas de 18 años de edad– resaltó que el Observatorio se enfocará en extremistas de todos los credos y puso como ejemplo al grupo lefebvrista Civitas, cuyas acciones consideró “en los límites de la legalidad”, cuando ha protestado en más de una ocasión contra el aborto, la ley de uniones gay y en defensa de la libertad religiosa.

Sobre esta iniciativa del gobierno francés, la agencia *Reuters* señala que “Francia deportará a imanes extranjeros y radicales desbandados de grupos religiosos, incluyendo a los tradicionalistas católicos de línea dura, si una nueva política de seguridad revela que sufren de una ‘patología religiosa’ y pueden hacerse violentos”.

Valls dijo además que “los creacionistas en Estados Unidos y en el mundo islámico, los extremistas musulmanes y los católicos ultratradicionalistas y los judíos ultraortodoxos quieren vivir separadamente del mundo moderno”.

*Publicado en Viva Chile org 18.1.2013.

Con este Observatorio, el gobierno de Francia sería quien decida quiénes son los católicos “que se portan bien” cuando en el país se debate una ley para legalizar las uniones homosexuales que fue rechazada el pasado 17 de noviembre por una marea humana de un cuarto de millón de personas, aproximadamente, que salió a las calles de las principales ciudades del país.

VUELVE EL LAICISMO AGRESIVO. El Elysée ha anunciado su creación el domingo, aniversario de la ley del 9 de diciembre de 1905*, que separó la iglesia del Estado francés.

“El Presidente de la república aprovechará esta ocasión para recordar que la ley de 1905 permite responder a los problemas del tiempo presente, y ha anunciado el establecimiento en 2013 del “l’Observatoire national de la laïcité” –Observatorio del Laicismo (comunicado del Gobierno).

El Gobierno socialista francés ha desplegado toda una ofensiva contra la Iglesia católica, con la amenaza de expropiar edificios del Arzobispado de París y de crear un Observatorio Nacional de la Laicidad. A juicio de no pocos observadores, los socialistas franceses han subestimado el peso de los católicos en la sociedad...

Fuentes: franceinfo.fr y ACI.

*La ley de 1905 de separación de la Iglesia y del Estado, presentada ahora como fundadora de la laicidad, un modelo de tolerancia y de progreso fue antes de todo la culminación de un largo periodo de pasiones, de intolerancia y de violencias para excluir a Dios y a los católicos de Francia.

Las ideas de Voltaire y su guerra contra la “infame”, la “bestia inmunda”, habían conquistado una parte de la burguesía a fines del siglo XVIII. No sólo en Francia, sino en casi toda Europa: era el siglo de las “Luces”. Las “luces” contra el oscurantismo, el “fanatismo religioso”. Ese era el estado de espíritu que reinaba a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

Con la famosa ley de 1901 sobre las asociaciones, el Estado multiplicará los obstáculos contra las congregaciones religiosas. Su existencia civil es suspendida por una ley del Parlamento. Toda congregación no autorizada está fuera de la ley. Todas las congregaciones deben prestar cuenta de sus ingresos y gastos a los alcaldes, pero también deben dar la lista de sus miembros y el inventario de sus bienes. Una mayoría de religiosos habiéndose negado a doblegarse a este texto, fueron dispersadas trescientas congregaciones.

El gobierno de Emile Combes continuará esa línea. A partir de 1902 se cierran tres mil establecimientos católicos y se prohíbe el catecismo. En Bretaña, rey de las prédicas en bretón, las hermanas religiosas que habían tratado de encuadrarse en la ley de 1901 sobre las asociaciones –más de cuatrocientas– son disueltas sin miramientos. Las expulsiones, las dificultades, el cierre de iglesias y de capillas se multiplican. Se llega a molestar a los fieles que asisten a los oficios.

¡Curiosa concepción de la democracia!

Finalmente, es Aristide Briand que presenta en la Cámara su proyecto de separación de la Iglesia y el Estado.

En diciembre de 1905 la ley es promulgada. Entre otras cosas prevé que sea hecho un inventario de todos los bienes eclesiásticos. Los funcionarios encargados de hacerlo tendrán todos los derechos para realizar búsquedas.

Rápidamente la tensión sube. El clero decide hacer una oposición pasiva, pero no ocurre lo mismo con los fieles. Estos impiden a los funcionarios entrar en las iglesias haciendo una barrera humana, expulsando a veces violentamente a aquellos que habían entrado. Las fuerzas del orden intervienen, las escaramuzas dejan decenas de heridos. El Papa Pío X publica encíclicas protestando contra esta situación. El gobierno decide: la ley de 1905 será aplicada en todo su rigor.

Un año después la ley entrará en vigor. El Nuncio es expulsado, todos los edificios eclesiásticos son expropiados. Son transformados en edificios públicos y entregados a los municipios, a los tribunales, etc.

2. EL OBISPO PRISIONERO Y LA HISTORIA DEL REY 'SIN PODER'

A nadie ha pasado inadvertido el pasaje del *Mensaje Urbi et Orbi* en el que Benedicto XVI ha pedido “*que el Rey de la Paz dirija su mirada a los nuevos dirigentes de la República Popular China en el alto cometido que les espera*”, para añadir a continuación su deseo de que valoren “*la contribución de las religiones, respetando a cada una de ellas, de modo que puedan contribuir a la construcción de una sociedad solidaria, para bien de ese noble pueblo y del mundo entero*”. Estas palabras, colocadas en un discurso que llega a millones de personas en todo el mundo a través de la televisión, no suponen un mero gesto de cortesía. Con ellas el Papa no sólo reitera su conocida defensa de la libertad religiosa, sino que invita a los nuevos dirigentes de Pekín a iniciar un cambio que hasta ahora ha producido una mezcla de temor y ansiedad a las sucesivas generaciones de líderes chinos.

El contexto es tremendamente difícil y se resume en un nombre, el del obispo *Taddeo Ma Daqin*, ordenado el pasado 7 de julio como auxiliar de la populosa diócesis de Shanghai, que fue detenido al día siguiente de su consagración episcopal y permanece aislado en dependencias del seminario de Shesan bajo custodia policial. Su delito fue clamoroso: expresar públicamente su fidelidad al Papa, anunciar su baja en la Asociación de Católicos Patrióticos y rechazar que le impusieran las manos varios obispos excomulgados. Demasiado para las tragaderas de un régimen que oscila entre leves atisbos de cambio y el horror a perder el control de todos los resortes. Un régimen que sabe lo peligroso que pueden ser unos católicos probados por años de cruel persecución y que no se decide a dar el paso de reconocer su plena ciudadanía, para que estos contribuyan, como dice el Papa, a la construcción de una sociedad solidaria.

Algunos analistas han señalado que el ensañamiento con Mons. Ma Daqin, al que de forma grotesca se le acaba de “*revocar*” el mandato episcopal, se explica por el contexto de los meses previos a la elección de la nueva *leadership* china. El propio cardenal Joseph Zen, martillo del despotismo de Pekín y crítico de algunas aperturas propiciadas por la Secretaría de Estado de la Santa Sede, reconocía recientemente que las medidas contra el obispo Ma Daqin no son imputables a los nuevos dirigentes, y que más bien se trataría de condicionarles ante cualquier cambio de ruta. Habrá que ver hasta qué punto las promesas de respetar la Constitución, proclamadas por el nuevo Secretario General Xi Jinping, alcanzan a este agujero negro de la libertad religiosa.

Mientras tanto el pueblo católico sabe lo que está sucediendo y no se deja engañar. Y así, corre de boca en boca, y también a través del papel y de la red, una carta enviada al obispo detenido por un fiel que se protege bajo el seudónimo de *Little Lamb*. La carta escrita con motivo de la Navidad rinde homenaje al testimonio de fe, de esperanza y caridad ofrecido desde su aislamiento por el joven obispo Ma Daqin. En ella se refuta la idea de un catolicismo a la china, separado del vínculo con el apóstol Pedro: “*Nuestra fe católica es una, santa, católica y apostólica, ella se manifiesta en su universalidad que incluye la comunión y la unidad con la Santa Sede; la fe católica requiere sólo “Amor”, por esto nuestra regla de vida es amar a Dios, amar a la Iglesia, amar a la nación, amar al pueblo e incluso amar a aquellos que nos hieren*”.

En otro pasaje la carta denuncia que, como Jesús, el obispo Ma Daqin sufre “*sin haber cometido delito alguno*”, pero explica que vive la restricción de su libertad como una forma “*de hacer penitencia por nuestra Iglesia en China*”, y recuerda tantas laceraciones en el cuerpo de la Iglesia a lo largo de su historia y tantos enemigos que han intentado someterla o reducirla a instrumento de sus planes. “*Y sin embargo la Iglesia sigue viva hoy bajo la guía del Espíritu Santo*”.

La carta no deja de dirigirse directamente al nuevo líder Xi Jinping advirtiéndole que a su alrededor pululan los que pretenden impedir sus promesas de respeto a la Constitución, que consagra la libertad religiosa, lo que conduciría a un descrédito mundial a la nación y a sus líderes. No obstante es difícil saber qué piensan los nuevos jefes del Celeste Imperio, encargados de gestionar una compleja herencia. Un informe de la inteligencia norteamericana data en la tercera década de este siglo el *sorpasso* que colocará a China a la cabeza de la economía mundial, pero también advierte de graves desequilibrios demográficos y regionales, tensiones que hacen especialmente frágil al coloso asiático. En este contexto la libertad religiosa es una variable que los líderes chinos no terminan de descifrar. Benedicto XVI ha querido ayudar explicando que en la ecuación de la nueva China ese factor lo sería de paz, armonía y vertebración social.

En cualquier caso, prefiero concluir este artículo con la Navidad del obispo Ma Daqin, recordando el pasaje en que el desconocido *Little Lamb* recuerda que “*la cruz es el fundamento y el vértice de nuestra fe, y sólo aquellos que quieren con sinceridad portar la cruz podrán tener fe, esperanza y caridad*”. Y como dice el Papa en “*La infancia de Jesús*”, siempre habrá poderes que “*no toleran ningún otro reino y desean eliminar al rey sin poder, cuya fuerza misteriosa temen... un reino que no está construido sobre el poder mundano, sino que se funda únicamente en la fe y el amor, y por eso es la gran fuerza de la esperanza en un mundo que tan a menudo parece estar abandonado de la mano de Dios*”. Así sucede hoy en China, así sucederá hasta el final. Feliz Navidad, obispo Ma Daqin.

JOSÉ LUIS RESTÁN*

3. FAMILIA Y ACUERDO DE VIDA EN PAREJA

La Red por la Vida y la Familia lo invita a reflexionar sobre lo que está ocurriendo en este momento en el Congreso en Chile y le informa que el mundo político, con especial participación de los candidatos presidenciales, quiere introducir una figura paralela, unión civil, que afecta directamente a la *organización primera y natural de nuestra sociedad, la Familia*.

Sabemos que la FAMILIA es cuna y fuente de nuestra cultura, y como aparece en nuestra Constitución, “*... es la célula fundamental de nuestra sociedad*”, por lo que cualquier modificación que signifique debilitar su estructura natural traerá graves consecuencias en el futuro a nuestro país.

*Publicado por *Páginas Digital*, www.paginasdigital.es

LA FAMILIA SE HA DEBILITADO Y ES NUESTRO DEBER PROTEGERLA Y FORTALECERLA. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile se encuentra discutiendo hoy lo que se conoce como AVP (Acuerdo de Vida en Pareja), que derivó del llamado AVC (Acuerdo de Vida en Común). Por presiones de diversos sectores minoritarios nacionales e internacionales, los políticos pretenden cambiar la legislación ya existente en estas materias, justificando una supuesta necesidad.

Los partidarios del proyecto AVP señalan que existen muchas convivencias y eso debemos legislar. No señalan ni estudian las causas de dichas convivencias y en vez de promover una legislación que favorezca y fortalezca el matrimonio, insisten en crear una figura artificial que lo debilite.

Nosotros sabemos, que:

1) Muchas de estas convivencias son provisorias y derivan en matrimonio, fortaleciendo una relación estable.

2) Sabemos también que un gran número de convivencias se mantienen en el tiempo y no optan por un compromiso matrimonial debido a equivocadas políticas públicas, dictadas en los últimos años, que en nada favorecen al matrimonio. (Ejemplo: en el DS N° 1 de Vivienda del año 2011 y DS N° 49 de Vivienda del año 2012 otorgan 40 puntos más a la madre soltera por sobre la que se ha casado, para la postulación a la vivienda).

3) Existe además un número importante de convivencias que jamás adoptarán estatuto alguno que se les ofrezca, y menos un estatutoseudomatrimonial de segunda categoría.

El legislador tiene el deber de velar por el Bien Común de la sociedad. No puede dejarse presionar por grupos de presión que sólo intentan imponer sus agendas ideológicas que no velan por el bien de Chile.

Tal como ha sucedido en otros países, las personas que más se benefician de esta ley son las que tienen atracción hacia personas del mismo sexo. Éstas buscan un estatuto jurídico, para la justificación social de sus conductas y para obtener beneficios particulares, no solamente económicos, sino también familiares, como la adopción de niños.

Estas uniones no pueden compararse en nada con el Matrimonio, respaldado por un contrato de excelencia, que nace naturalmente entre un hombre y una mujer, al que la naturaleza enriquece con el don de la vida y que es la razón por la que la ley promueve y protege esta unión.

La ley debe dictarse por el Bien Común del país y NO tener como fin otorgar derechos a las personas según como ejerzan su sexualidad o expresen sus sentimientos. Eso daría pie para legislar a futuro cualquier tipo de relación.

Por el desarrollo de Chile y el bien de nuestras futuras generaciones, que son nuestra mayor riqueza, *debemos defender los fundamentos básicos de nuestro bien máspreciado, la Familia Humana fundada en el Matrimonio.*

Debemos exigir de nuestros candidatos presidenciales y legisladores una postura clara en defensa de la Familia: riqueza y futuro de nuestra nación.

RED POR LA VIDA Y LA FAMILIA

4. LEGALIZAR LAS UNIONES DE HECHO ES UNA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA FAMILIA

Los Obispos de Chile y los líderes de todas las iglesias cristianas del país expresaron su sentir en una misiva entregada al Presidente de la República en octubre del 2011 y en la cual expresaron tajantemente su *“rechazo a la legislación que pretende incluir en el ordenamiento jurídico las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Creemos que aprobar estas iniciativas, tal como se proponen en los proyectos legislativos presentados al Parlamento, implica por sí mismo discriminaciones atentatorias contra el bien de la institución matrimonial injustas contra la vida”*.

El texto *Familia, matrimonio y “uniones de hecho”* (fechado el 26 julio 2000; hecho público el 21 de noviembre) es el título de un documento elaborado por el Pontificio Consejo para la Familia, donde se explica que dar carta legal a las parejas de hecho, como se está haciendo en algunos países, *supone una discriminación para la familia*. El texto, del que ofrecemos algunos párrafos, está dirigido especialmente a las personas con responsabilidad política.

El documento precisa que el matrimonio tiene una función social y un interés público fundamentales, mientras que la cohabitación no está en ese caso. *“No parece razonable sostener que las vitales funciones de las comunidades familiares en cuyo núcleo se encuentra la institución matrimonial estable y monogámica puedan ser desempeñadas de forma masiva, estable y permanente, por las convivencias meramente afectivas”* (n. 9).

De ahí que la ley no pueda considerar el matrimonio y las uniones de hecho como si fueran dos formas equiparables de convivencia. *“La igualdad ante la ley debe estar presidida por el principio de justicia, lo que significa tratar lo igual como igual, y lo diferente como diferente; es decir, dar a cada uno lo que le es debido en justicia: principio de justicia que se quebraría si se diera a las uniones de hecho un tratamiento jurídico semejante o equivalente al que corresponde a la familia de fundación matrimonial. Si la familia matrimonial y las uniones de hecho no son semejantes ni equivalentes en sus deberes, funciones y servicios a la sociedad, no pueden ser semejantes ni equivalentes en el estatuto jurídico.*

“El pretexto aducido para presionar hacia el reconocimiento de las uniones de hecho (es decir, su “no discriminación”), comporta una verdadera discriminación de la familia matrimonial, puesto que se la considera a un nivel semejante al de cualquier otra convivencia sin importar para nada que exista o no un compromiso de fidelidad recíproca y de generación-educación de los hijos” (n.10).

“Conviene tener bien presente, en la misma línea de principios, la distinción entre interés público e interés privado. En el primer caso, la sociedad y los poderes públicos deben protegerlo e incentivarlo. En el segundo caso, el Estado debe tan sólo garantizar la libertad. Donde el interés es público, interviene el derecho público. Y lo que responde a intereses privados, debe ser remitido, por el contrario, al ámbito privado. El matrimonio y la familia revisten un interés público y son núcleo fundamental de la sociedad y del Estado, y como tal deben ser reconocidos y protegidos. Dos o más personas pueden decidir vivir juntos, con dimensión sexual o sin ella, pero esa convivencia o cohabitación no reviste por ello interés público. Las autoridades públicas pueden no inmiscuirse en el fenómeno privado de esta elección. Las uniones de hecho son consecuencia de comportamientos privados y en este plano privado deberían permanecer. Su reconocimiento público o equiparación al matrimonio, y la consiguiente elevación de intereses privados a intereses públicos perjudica a la familia fundada en el matrimonio. En el matrimonio un varón y una

mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. A diferencia de las uniones de hecho, en el matrimonio se asumen compromisos y responsabilidades pública y formalmente relevantes para la sociedad y exigibles en el ámbito jurídico” (n. 11).

“Con el reconocimiento público de las uniones de hecho, se establece un marco jurídico asimétrico: mientras la sociedad asume obligaciones respecto a los convivientes de las uniones de hecho, éstos no asumen para con la misma las obligaciones esenciales propias del matrimonio. La equiparación agrava esta situación puesto que privilegia a las uniones de hecho respecto de los matrimonios, al eximir a las primeras de deberes esenciales para con la sociedad. Se acepta de este modo una paradójica disociación que resulta en perjuicio de la institución familiar. Respecto a los recientes intentos legislativos de equiparar familia y uniones de hecho, incluso homosexuales (conviene tener presente que su reconocimiento jurídico es el primer paso hacia la equiparación), es preciso recordar a los parlamentarios su grave responsabilidad de oponerse a ellos (...). Estas iniciativas legales presentan todas las características de *disconformidad con la ley natural* que las hacen incompatibles con la dignidad de ley. (...) Es preciso reconocer un fundamento último del ordenamiento jurídico. No se trata, por tanto, de pretender imponer un determinado modelo de comportamiento al conjunto de la sociedad, sino de la exigencia social del reconocimiento, por parte del ordenamiento legal, de la imprescindible aportación de la familia fundada en el matrimonio al bien común. Donde la familia está en crisis, la sociedad vacila” (n. 16).

“El modo más eficaz de velar por el interés público no consiste en la cesión demagógica a grupos de presión que promueven las uniones de hecho, sino la promoción enérgica y sistemática de políticas familiares orgánicas, y que entiendan la familia fundada en el matrimonio como el centro y motor de la política social, y que cubran el extenso ámbito de los derechos de la familia” (n. 18)*.

5. LA IGLESIA CATÓLICA Y EL PROYECTO DE LEY DE ACUERDO DE VIDA EN PAREJA

Reproducimos a continuación la presentación de la Iglesia Católica realizada el pasado 8 de enero ante la Comisión de Constitución del Senado, con ocasión de la discusión del Proyecto de Ley de Acuerdo de Vida en Pareja (AVP).

Sr. Presidente

REPRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTO

1. Vengo en representación del Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile, el Arzobispo Ricardo Ezzati. En consecuencia, traigo ante esta comisión el pensamiento de los Obispos miembros de dicha conferencia y de la Iglesia Católica.

*Iglesia en San Bernardo, XII-2012.

Agradezco sinceramente esta invitación que nos permite exponer públicamente nuestro pensamiento.

RESPECTO IRRESTRICTO A LA DIGNIDAD DE TODA PERSONA

2. Queremos señalar, primeramente, que proclamamos y vivimos el respeto irrestricto a la dignidad de toda persona humana, sin distinción de ninguna especie. Que nuestras objeciones y opiniones se refieren siempre a situaciones y posibilidades que consideramos negativas para la persona humana y la familia, nunca a las personas y a su dignidad, que siempre debe ser respetada. Porque la Iglesia cree y enseña que todos los seres humanos, desde la concepción a su muerte natural, nacemos dotados de la misma dignidad y somos todos hijos del mismo Dios, y tenemos una particular preocupación pastoral por todas las personas, particularmente aquellas que por cualquier circunstancia sufren injustas discriminaciones. Por esta razón nos preocupa la virulencia verbal, no conocida entre nosotros, que se ha desatado en estos días frente a opiniones que difieren del ideario del movimiento homosexual, que no ha trepidado en insultar al mismo Benedicto XVI, quien con palabras adecuadas, respetuosas y llenas de caridad, ha expresado su enseñanza en relación al tema que nos ocupa. Podemos diferir en la manera de concebir la verdad sobre la persona humana, pero no podemos agredir al que piensa diverso. Por eso tanto la Iglesia Católica, como otras instituciones del ámbito religioso y ético, piden que exista respeto por las opiniones ajenas, sin herir con la palabra dura y el insulto agresivo, como hemos visto en estos días.

UNA POSTURA SOSTENIDA DESDE DIVERSOS ÁMBITOS

3. Hemos expresado en diversas oportunidades nuestro pensamiento sobre la inconveniencia de legislar acerca de las uniones de hecho en nuestra patria. Lo ha hecho la Iglesia a nivel universal. Lo hemos hecho en conjunto con las demás confesiones cristianas presentes en nuestra patria. Hemos dado razones fundadas para sostener nuestro pensamiento. Pedimos a quienes han sido llamados por el pueblo a darnos leyes que escuchen esas opiniones y a quienes tienen opiniones diversas, que aprendan a respetarlas.

UNO DE LOS PASOS MÁS DELICADOS DE SU HISTORIA

4. Quisiéramos, en esta ocasión, cuando el Congreso Nacional se apresta a dar uno de los pasos más delicados y graves de su historia institucional, porque se trata de una modificación legal que incidirá necesariamente en la visión de la persona humana en el futuro y provocará cambios de todo orden –sociales, políticos, económicos y demográficos– que ninguno de nosotros somos capaces de avizorar en toda su profundidad, hacer una reflexión que deje establecido nuestro pensamiento –plenamente concorde con el de la enseñanza de la Iglesia– para cuando en un futuro no lejano sea necesario revisar los pasos que ahora –estimamos sin una reflexión madura, completa y pausada– se quieren dar, las futuras generaciones puedan conocer las causas y las argumentaciones que se alegaron en este honorable Congreso y para cuando llegue el momento en que cada uno de nosotros reciba el juicio del Creador y del pueblo chileno acerca de nuestro actos.

MINUSVALORACIÓN DEL MATRIMONIO LEGAL

5. El contenido del proyecto de ley en estudio constituye una minusvaloración grave, y comprobada ya en otras naciones, a la institución matrimonial fundada en la unión de un hombre y una mujer, tal como la define nuestra legislación civil (art 102 CC) y lo exige la naturaleza del mismo ser humano. *“Todo esto debilita a la familia y son leyes que van en contra del hombre, del bien común y de la sociedad, incluso de la convivencia armónica y pacífica entre todos. Esas leyes (y específicamente este proyecto de ley de uniones de hecho) desfiguran la verdad de la familia en sí misma, no sólo de un tipo de familia. Esas leyes, al desfigurar la verdad de la familia, que se asiente en matrimonio indisoluble entre un hombre y una mujer, van simultáneamente en contra de la verdad del hombre y producen una quiebra del hombre e impiden el bien común”* (Cardenal Antonio Cañizares LL. *El Mercurio*, 6 de enero 2013).

CAPACIDAD DE CONOCER LA VERDAD SOBRE EL SER HUMANO

6. Repito aquí la reciente enseñanza del Papa Benedicto XVI: *“La negación de lo que constituye la verdadera naturaleza del ser humano en sus dimensiones constitutivas, en su capacidad intrínseca de conocer la verdad y el bien y, en última instancia, a Dios mismo, pone en peligro la construcción de la paz. Sin la verdad sobre el hombre, inscrita en su corazón por el Creador, se menoscaba la libertad y el amor, la justicia pierde el fundamento de su ejercicio. También la estructura natural del matrimonio debe ser reconocida y promovida como la unión de un hombre y una mujer, frente a los intentos de equipararla desde un punto de vista jurídico con formas radicalmente distintas de unión que, en realidad, dañan y contribuyen a su desestabilización, oscureciendo su carácter particular y su papel insustituible en la sociedad”* (Benedicto XVI, *Mensaje para la Jornada de la Paz* 2013).

UN ARGUMENTO SENCILLO PERO FALAZ

7. Frente al fácil y tan usado argumento de que las visiones religiosas no deben ser tenidas en cuenta a la hora de legislar porque estamos ante una sociedad en que Iglesia y Estado están separados, señalamos, con manifiesta veracidad, que *“estos principios –sobre los que se fundan las concepciones del ser humano y la familia– no son verdades de fe, ni una mera derivación del derecho a la libertad religiosa. Están inscritos en la misma naturaleza humana, se pueden conocer por la razón, y por tanto son comunes a toda la humanidad. La acción de la Iglesia al promoverlos no tiene un carácter confesional, sino que se dirige a todas las personas, prescindiendo de su afiliación religiosa. Esta acción se hace tanto más necesaria cuanto más se niegan o no se comprenden estos principios, lo que es una ofensa a la verdad de la persona humana, una herida grave infligida a la justicia y a la paz”* (Ibíd.).

PREOCUPACIÓN PASTORAL POR LAS PERSONAS QUE VIVEN EN UNIONES DE HECHO

8. A la Iglesia le interesa particularmente la realidad de las uniones de hecho, que no desconoce ni condena, pues se trata de un fenómeno cultural que afecta a muchos cristianos y a no pocos católicos, especialmente más jóvenes y todos ellos quieren ser parte de nuestra preocupación pastoral, porque nos interesa todo lo que afecte a los hombres y mujeres que viven en nuestra sociedad. Por eso el Papa Juan Pablo II nos dejó precisas enseñanzas al respecto. Ante estas realidades, dice, *“los pastores y la comunidad eclesial se preocuparán por conocer tales situaciones y sus causas concretas, caso por caso; se acercarán a los que conviven, con discreción y respeto; se empeñarán en una acción de iluminación paciente, de corrección caritativa y de testimonio familiar cristiano que pueda allanarles el camino hacia la regularización de su situación. Pero, sobre todo, adelántense enseñándoles a cultivar el sentido de la fidelidad en la educación moral y religiosa de los jóvenes; instruyéndoles sobre las condiciones y estructuras que favorecen tal fidelidad, sin la cual no se da verdadera libertad; ayudándoles a madurar espiritualmente y haciéndoles comprender la rica realidad humana y sobrenatural del matrimonio-sacramento”*.

UN PROYECTO SIN FUNDAMENTO SOCIAL

9. En el caso de uniones civiles de personas de distinto sexo, la evidencia con que contamos nos permite comprobar que no existe presión social alguna para que este cuerpo legal sea ley de la república y la Iglesia y sus pastores –que como pocos conocemos la realidad social de nuestro país– sabemos bien que *esta legislación tiene móviles políticos e ideológicos que son conocidos*. Teniendo en cuenta que el fenómeno de las uniones de hecho es difuso en cuanto a sus causas y también, por regla general, en cuanto a su número y las consecuencias que ellas tienen sobre las personas, estimamos que se impone un análisis pausado y profundo, que no dé lugar a cambios legales abruptos y radicales y menos que en dichos estudios se introduzcan elementos de ámbito ideológico o meramente político: se trata de regulaciones que tienen que ver con la célula básica de una sociedad, la familia, y cualquier alteración no suficientemente madurada termina provocando males mayores que los que se intentaban soslayar. Asimismo, la evidencia empírica muestra que la legalización de las uniones de hecho es el camino que antecede al intento de establecer directamente el matrimonio homosexual. En tal sentido constituye una cierta ilusión pensar que al dar paso legal al actual proyecto se detendrá la presión de los movimientos que sostienen la homosexualidad hacia lo que se ha dado en llamar el matrimonio igualitario.

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN INSCRITA EN EL CORAZÓN HUMANO

10. Debemos señalar que, más allá de las consideraciones religiosas o éticas de cada uno, todo lo que se refiere al hombre y a la mujer unidos por el vínculo conyugal tiene sus raíces en la misma naturaleza del ser humano. El derecho a contraer ma-

trimonio no puede interpretarse como un simple derecho de libertad, sin tener en consideración la verdad sobre el matrimonio. El vínculo esponsal entre un hombre y una mujer no es sólo un derecho a la libertad de ejercicio de la sexualidad, sino más bien el derecho de contraer matrimonio como el único camino humano y humanizador para el adecuado uso del don de la sexualidad, donación que implica a la persona entera, con sus diversos elementos corpóreos, afectivos y espirituales.

EL ESTADO NO CREÓ LA FAMILIA NI PUEDE MODIFICARLA

11. Conviene comprender las diferencias sustanciales entre el matrimonio y las uniones fácticas. Esta es la raíz de la diferencia entre la familia de origen matrimonial y la comunidad que se origina en una unión de hecho. La comunidad familiar surge del pacto de unión de los cónyuges. El matrimonio que surge de este pacto de amor conyugal no es una creación del poder público, sino una institución natural y originaria que lo precede. En las uniones de hecho, en cambio, se pone en común el recíproco afecto, pero al mismo tiempo falta aquel vínculo matrimonial de dimensión pública originaria, que fundamenta la familia. Familia y vida forman una verdadera unidad que debe ser protegida por la sociedad, puesto que es el núcleo vivo de la sucesión (procreación y educación) de las generaciones humanas.

FALSEDAD EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

12. En diversas instancias sociales que proponen por llevar adelante la equiparación jurídica de los efectos del matrimonio legal y las uniones de hecho, se alega como fundamento el principio de igualdad que implicaría la falta de esa normativa para los que viven unidos sin vínculo matrimonial. Sin embargo, *“la igualdad ante la ley debe estar presidida por el principio de la justicia, lo que significa tratar lo igual como igual, y lo diferente como diferente; es decir, dar a cada uno lo que le es debido en justicia: principio de justicia que se quebraría si se diera a las uniones de hecho un tratamiento jurídico semejante o equivalente al que corresponde a la familia de fundación matrimonial. Si la familia matrimonial y las uniones de hecho no son semejantes ni equivalentes en sus deberes, funciones y servicios a la sociedad, no pueden ser semejantes ni equivalentes en el estatuto jurídico”* con que el Estado y la sociedad les puedan conceder.

OBLIGACIÓN DE PROMOVER EL INTERÉS PÚBLICO, NO EL PRIVADO

13. Conviene tener bien presente, en la misma línea de principios, la distinción entre interés público e interés privado. En el primer caso, la sociedad y los poderes públicos deben protegerlo e incentivarlo. En el segundo caso, el Estado debe tan sólo garantizar la libertad. Donde el interés es público, interviene el derecho público. Y lo que responde a intereses privados, debe ser remitido, por el contrario, al ámbito privado. El matrimonio y la familia revisten un interés público y son núcleo fundamental de la sociedad y del Estado, y como tal deben ser reconocidos y protegidos. Dos o más personas pueden decidir vivir juntos, con dimensión sexual o sin ella, pero esa convivencia o cohabitación no reviste por ello interés público. Las autoridades públicas pueden no inmiscuirse en el fenómeno privado de esta elección. Las uniones de hecho son consecuencia de comportamientos privados y en este plano privado deberían permanecer. Su reconocimiento público o equiparación al matrimonio y la consiguiente elevación de intereses privados

a intereses públicos perjudica a la familia fundada en el matrimonio. En el matrimonio un varón y una mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. A diferencia de las uniones de hecho, en el matrimonio se asumen compromisos y responsabilidades pública y formalmente, relevantes para la sociedad y exigibles en el ámbito jurídico.

UNIONES PARA PERSONAS DEL MISMO SEXO

14. La apertura de este intento legislativo a personas del mismo sexo implica dar existencia legal en la esfera pública y con el aval del Estado a la opción por una actividad sexual con una persona del mismo sexo, lo que equivale a anular el rico simbolismo y el significado, para no hablar de los fines, del designio del Creador en relación con la realidad sexual. La actividad sexual entre personas del mismo sexo no expresa una unión complementaria, capaz de transmitir la vida, no es concorde con la vocación a una existencia vivida en esa forma de autodonación, que es la esencia misma de la vida en comunidad a la que todos estamos llamados. Esto no significa que las personas homosexuales no sean a menudo generosas y no se donen a sí mismas, pero cuando se empeñan en una actividad homosexual refuerzan dentro de ellas una inclinación sexual desordenada, en sí misma caracterizada por la autocomplacencia (cfr. *CDF Sobre la atención pastoral a las personas homosexuales*).

HACIA DÓNDE NOS LLEVA LA IDEOLOGÍA DEL GÉNERO

15. Por último, quisiéramos hacer una consideración que pueda servir a la comisión en la delicada misión que tiene. Lo exponemos con palabras del Papa Benedicto XVI: *“Si hasta ahora habíamos visto como causa de la crisis de la familia un malentendido de la esencia de la libertad humana, ahora se ve claro que aquí está en juego la visión del ser mismo, de lo que significa realmente ser hombres”*. Es el intento de que se vaya imponiendo la llamada ideología de género. *“Según esta filosofía, el sexo ya no es un dato originario de la naturaleza, que el hombre debe aceptar y llenar personalmente de sentido, sino un papel social del que se decide autónomamente, mientras que hasta ahora era la sociedad la que decidía. La falacia profunda de esta teoría y de la revolución antropológica que subyace en ella es evidente. El hombre niega tener una naturaleza preconstituida por su corporeidad, que caracteriza al ser humano. Niega la propia naturaleza y decide que ésta no se le ha dado como hecho preestablecido, sino que es él mismo quien se la debe crear. Según el relato bíblico de la creación, el haber sido creada por Dios como varón y mujer pertenece a la esencia de la criatura humana. Esta dualidad es esencial para el ser humano, tal como Dios la ha dado. Precisamente esta dualidad como dato originario es lo que se impugna. Ya no es válido lo que leemos en el relato de la creación: “Hombre y mujer los creó” (Gn 1,27). No, lo que vale ahora es que no ha sido Él quien los creó varón o mujer, sino que hasta ahora ha sido la sociedad la que lo ha determinado, y ahora somos nosotros mismos quienes hemos de decidir sobre esto. Hombre y mujer como realidad de la creación, como naturaleza de la persona humana, ya no existen. El hombre niega su propia naturaleza. Ahora él es sólo espíritu y voluntad. La manipulación de la naturaleza, que hoy deploramos por lo que se refiere al medio ambiente, se convierte aquí en la opción de fondo del hombre respecto a sí mismo. En la actualidad, existe sólo el*

hombre en abstracto, que después elige para sí mismo, autónomamente, una u otra cosa como naturaleza suya. Se niega a hombres y mujeres su exigencia creacional de ser formas de la persona humana que se integran mutuamente. Ahora bien, si no existe la dualidad de hombre y mujer como dato de la creación, entonces tampoco existe la familia como realidad preestablecida por la creación. Pero, en este caso, también la prole ha perdido el puesto que hasta ahora le correspondía y la particular dignidad que le es propia. La persona de sujeto jurídico de por sí, se convierte ahora necesariamente en objeto, al cual se tiene derecho y que, como objeto de un derecho, se puede adquirir. Allí donde la libertad de hacer se convierte en libertad de hacerse por uno mismo, se llega necesariamente a negar al Creador mismo y, con ello, también el hombre como criatura de Dios, como imagen de Dios, queda finalmente degradado en la esencia de su ser. En la lucha por la familia está en juego el hombre mismo. Y se hace evidente que, cuando se niega a Dios, se disuelve también la dignidad del hombre. Quien defiende a Dios, defiende al hombre” (Benedicto XVI, Discurso a la Curia Romana, 22 diciembre de 2012).

16. Agradezco en nombre de la Iglesia Católica esta oportunidad, y pido a Dios que ilumine a nuestros legisladores y que ellos se dejen iluminar.

† JUAN IGNACIO GONZÁLEZ ERRÁZURIZ
Obispo de San Bernardo,
por el Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile,
Monseñor Ricardo Ezzati A., Arzobispo de Santiago

Valparaíso, 8 de enero de 2013*

6. LO QUE EL MATRIMONIO GAY QUITA A LOS DEMÁS

Los partidarios del matrimonio homosexual argumentan a menudo que la legalización no quita nada a nadie. Pero la experiencia de Canadá, donde hace casi una década algunos tribunales provinciales aprobaron las bodas gays, revela ciertos costes sociales: restricciones a la libertad de expresión, a los derechos de los padres en la enseñanza pública, a la autonomía de las instituciones religiosas y el debilitamiento de la institución del matrimonio. Así lo explica Bradley Miller, profesor asociado de Derecho en la University of Western Ontario, en un artículo publicado en *Public Discourse*.

Se suponía que permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo no afectaría al resto de la sociedad. Pero la onda expansiva de esta medida ha sido enorme.

*(NR). Esta exposición se acompaña de varios anexos, a saber,

1. Declaración del Comité Permanente “Valoremos el matrimonio, un bien para Chile”, 02/11/2009.

2. Congregación para la Doctrina de la Fe, Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales, 03/06/2003.

3. Las Iglesias cristianas de Chile, Carta acerca de los Valores Fundamentales sobre la Vida, el Matrimonio y la Familia[[url](#)], 03/10/2011.

4. ¿Qué implica legislar las uniones de hecho?: Estadísticas y consideraciones a la luz del desarrollo humano integral. Estudio Social IP, 10/03/2011.

De entrada, ha cristalizado en lo que Miller llama una nueva ortodoxia: desde su aprobación, dice, el matrimonio homosexual ha de ser tratado de forma idéntica al matrimonio de siempre tanto en el ordenamiento jurídico como en la vida pública.

Un corolario de lo anterior es suponer que cualquiera que rechaza la nueva ortodoxia actúa movido por el odio y la animadversión hacia los homosexuales y las lesbianas. Cuando las cosas se ven así, es muy difícil tolerar que alguien pueda discrepar sobre este asunto en la vida pública.

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Esto explicaría, según Miller, la actitud censora que se ha desatado rápidamente en la sociedad canadiense contra quienes se oponen a la legalización del matrimonio gay. *“Algunos han sido obligados a pagar multas, a hacer apologías, a comprometerse a no volver a hablar públicamente sobre este asunto. Los objetivos han incluido a individuos particulares que han escrito cartas al director de periódicos locales y a pastores de pequeñas congregaciones cristianas. Un obispo católico ha sido demandado dos veces –si bien las demandas han sido eventualmente retiradas– por los comentarios que hizo en una carta pastoral sobre el matrimonio”.*

Además de los casos que han estado sometidos a procesos de investigación por comisiones de derechos humanos, otros han terminado en los tribunales. Es lo que le ocurrió a la revista *Catholic Insight*, denunciada por un militante gay bajo la acusación de incitar al odio contra los homosexuales, cuando en realidad se limitaba a criticar los objetivos del activismo gay. Aunque la Comisión Canadiense de Derechos Humanos dio la razón a la revista, la defensa contra la querrela costó al editor lo equivalente a 12.500 euros (cfr. *Acepresa*, 8-07-2008).

Las restricciones a la libertad de expresión se notan especialmente en el ámbito universitario. Un ejemplo que no menciona Miller es la campaña de protestas que llevaron a cabo activistas gays contra la profesora canadiense Margaret Somerville cuando se enteraron de que iba a recibir un doctorado *honoris causa* en ciencias por la Universidad de Ryerson (Toronto) (cfr. *Acepresa*, 10-09-2008).

RESTRICCIONES AL DERECHO A EDUCAR. La legalización del matrimonio homosexual también ha restringido los derechos de los padres en la enseñanza pública. Puesto que uno de los principios de la nueva ortodoxia es que las uniones del mismo sexo merecen el mismo tratamiento que el matrimonio de siempre, sus partidarios –dice Miller– no han tenido problemas en exigir que los planes de estudio incluyan referencias positivas al matrimonio gay. *“El único recurso que les queda ahora a los padres es sacar a sus hijos del sistema educativo público”.*

“Las reformas, por supuesto, no se han presentado ante la opinión pública como una aplicación de la nueva ortodoxia. El argumento escogido es prevenir el acoso escolar. Dicho de otra forma: promover la aceptación de los adolescentes gays y lesbianas y de los niños criados en hogares homosexuales”.

Aunque el objetivo de favorecer la aceptación de todas las personas es muy plausible, los medios escogidos para lograrlo suponen una grave vulneración del derecho de los padres a educar a sus hijos.

RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA DE LAS INSTITUCIONES RELIGIOSAS. A primera vista, la ley sobre el matrimonio homosexual garantizaba que las instituciones religiosas y sus ministros mantendrían su autonomía, al no tener que casar

a parejas del mismo sexo. Pero lo cierto es que se han quedado en una situación jurídica muy vulnerable.

Los ministros religiosos pueden ser demandados por contravenir la nueva ortodoxia en sus sermones y en sus cartas pastorales. Idéntica suerte pueden correr las instituciones que se nieguen a prestar sus instalaciones auxiliares para la celebración posterior a una boda gay. También se han dado casos en que congregaciones religiosas pierden beneficios fiscales por su posición en torno al matrimonio homosexual.

Miller denuncia el doble rasero de una ley de Ontario que, a la vez que obliga a los colegios católicos a admitir clubes juveniles de la “*Gay-Straight Alliance*”, prohíbe a los colegios públicos alquilar sus instalaciones a aquellas organizaciones que no aprueben los principios de la nueva ortodoxia.

CAMBIOS EN LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO. La experiencia de Canadá muestra también que la aprobación del matrimonio homosexual abre la puerta a la petición de legalizar los matrimonios de grupo (“*multi-partner unions*” o “*polyamory*”) y la poligamia. Si el matrimonio no es más que un contrato de convivencia entre personas que se quieren –argumenta Miller–, y el deseo de algunos adultos es establecer esos acuerdos con tres o más personas, ¿qué motivos hay para impedirselo?

La posibilidad que plantea Miller es tan real que en septiembre de 2010 el fiscal general de British Columbia pidió al gobierno canadiense que levantara la prohibición de la poligamia en esa provincia. También por esas fechas, la Asociación Canadiense en Defensa del Poliamor pidió la legalización de los matrimonios de grupo (cfr. *Aceprensa*, 5-10-2010).

Un año después, el Tribunal Supremo de British Columbia declaró constitucional la ley que prohíbe la poligamia en Canadá (cfr. *Aceprensa*, 29-11-2011). Pero, como recuerda Miller, la sentencia no abordó directamente el problema de los matrimonios de grupo. Aunque los partidarios del poliamor no han cosechado ninguna victoria que mejore su estatus legal, tampoco existen obstáculos que se lo impida en el futuro.

En los casi diez años transcurridos desde que se legalizó el matrimonio homosexual en Canadá, se han casado cerca de 21.000 parejas homosexuales (de un total de 6,29 millones de parejas casadas)*.

7. EX JUEZ ATACADO POR FEMINISTAS: IDEOLOGÍA DE GÉNERO PRODUCE CONFLICTO Y ODIOS

El ex juez español de Familia en España Francisco Serrano aseguró que la ideología de género genera conflicto y odio, durante la presentación de su libro “*La dictadura de género. Una amenaza contra la Justicia y la igualdad*”.

Francisco Serrano fue víctima del *lobby* feminista que logró que sea condenado a 10 años de inhabilitación como juez de Familia luego de que se interpretara como un delito de prevaricación que concediera 24 horas más en su régimen de

*Publicado por *Aceprensa*.

visitas al padre de un niño de 12 años, para que el pequeño pueda participar en una cofradía en Semana Santa, en 2010.

Al respecto, Serrano aseguró en el pasado que *“prefiero ser un abogado libre, a un juez esclavo del miedo y de la presión política”*.

Según informó HazteOír, en la presentación de su libro, el ex juez advirtió que *“un modelo de política social”* basado en la ideología de género *“está minando las bases, los pilares y los valores de la democracia”*, y ocasionando *“conflicto y odio”*, que eventualmente podrían convertirse en incidentes violentos.

La más perjudicada con estas medidas sustentadas en la ideología de género, expresó el abogado, *es la mujer* y las generaciones futuras, que deberían recibir *“un futuro de paz, concordia y respeto y no de odio”*.

Para Serrano, la ideología de género *“no tiene nada que ver con el feminismo por la igualdad y la equidad”*, sino que se trata de políticas que llevan al conflicto en la relación entre hombres y mujeres.

“Como hombres y mujeres estamos destinados a vivir relaciones de felicidad, de respeto y de amor, pero no a una relación de odio y de conflicto”, aseguró, y pidió que se acabe con el fanatismo y se apueste por *“igualdad de oportunidades y ante la ley”*.

Las leyes, explicó Serrano, deben *“proteger a cualquier persona que sea vulnerable en una familia”*, independientemente de su condición o sexo.

“La fórmula más adecuada de responsabilidad parental es que el padre y la madre asuman en igualdad de condiciones la educación de los hijos”, aseguró.*

8. LA MÁXIMA DISCRIMINACIÓN

Recientemente, el Parlamento Europeo ha condenado –igual como hicieran algunos movimientos feministas hace algún tiempo– el aborto y la selección prenatal en función del sexo, esto es, que se termine con la vida de niñas por el solo hecho de ser tales. Sin duda una resolución notable, si se toma en cuenta la avalancha abortista que hoy nos invade, como muestran algunos sucesos recientes.

Así por ejemplo, en su último informe sobre el estado de la población mundial, la FNUAP está abogando por un nuevo *“derecho humano”*: la *“planificación familiar”*. De este modo, pretende lograr un completo control sobre la procreación, lo cual evidentemente incluye el aborto ante un embarazo *“no deseado”* o incluso ante un *“hijo no deseado”*, si éste no corresponde al sexo querido o presenta patologías que no se está dispuesto a aceptar.

Por su parte, ONU-Mujer está llamando a erradicar la violencia en contra de la mujer en todo el mundo, puesto que, según el organismo, ellas viven en un *“estado de miedo”*. Y si bien existen muchos aspectos positivos, no hay que ser muy suspicaz para darse cuenta que el embarazo está siendo considerado cada vez más como un acto de *“violencia”* contra la mujer si no es querido por ésta.

En Irlanda, una mujer embarazada ha muerto recientemente de manera trágica, y aun cuando todavía no está claro si ello podría haberse evitado con un aborto,

*Puede adquirirse el libro *“La dictadura de género. Una amenaza contra la Justicia y la igualdad”* en Internet, a través de este sitio web <<http://www.editorialalmuzara.com/editorial.php?promocion=&idioma=1&libro=711&comprar=1>>.

dicha situación ha sido astutamente aprovechada por el *lobby* abortista para exigir la liberalización de esta práctica en ese país.

Y por supuesto, ya se ha hecho costumbre que diferentes documentos e informes internacionales sigan alertando sobre la supuesta “*sobrepoblación*” del planeta, llamando a tomar –y financiando– drásticas políticas de control de la natalidad, que incluyen el aborto quirúrgico o químico, sobre todo en los países pobres.

Ahora bien, si para sus partidarios/as el aborto es considerado: 1) un “*derecho humano*”; 2) un método más de control de la natalidad; 3) una parte “*esencial*” de la salud de la mujer –al punto que para algunos el embarazo es una “*enfermedad de transmisión sexual*”–; 4) una instancia de liberación de la “*violencia*” que ellas sufren; 5) la manera de sacudir de sus hombros el verdadero “*castigo*” de la maternidad; 6) una herramienta fundamental para el desarrollo profesional y personal de la mujer a fin de colocarla en una situación similar a la del hombre; y si unido a todo esto, 7) el no nacido es cualquier cosa menos una persona, ¿de qué se escandalizan algunos/as cuando se tiene noticia del aborto selectivo de niñas?

Con estas premisas es imposible impedir la mayor discriminación arbitraria contra las mujeres: matarlas antes de nacer por el solo hecho de ser mujeres. Todo lo cual ha sido el fruto, paradójicamente, de una serie de pseudoderechos que en teoría pretenden exactamente lo contrario.

MAX SILVA ABBOTT*

9. FAMILIA, CONSTITUCIÓN Y ACUERDOS DE VIDA EN COMÚN

El tema que nos ocupa ha sido tratado muchas veces desde 1990 en adelante, en especial en los proyectos sobre matrimonio, familia, filiación, etc. El fundamento constitucional se encuentra en el artículo 1º incisos segundo y quinto de la Constitución Política de la República. Dice el segundo: “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”, y el quinto: “*Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta...*”. El problema radica entonces en determinar no solo el concepto de familia, sino en determinar además –y supuesto que reconociéramos varios tipos de familia– cuál de las uniones existentes en la realidad social puede cumplir con su rol de ser “*el núcleo fundamental de la sociedad*” o está en mejores condiciones para lograrlo.

Previamente al entrar al tema debemos hacer dos acotaciones: a) El artículo primero se encuentra impregnado del iusnaturalismo católico, como por otra parte de la Doctrina Social de la Iglesia. Ya en el documento “*Proposiciones e ideas precisas*” con que se entrega al señor Pinochet el texto elaborado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, para ser llevado al Consejo de Estado, se lee: “*La estructura constitucional descansará en la concepción humanista y cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de*

*Publicado por *Aciprensa*, www.aciprensa.com <<http://www.aciprensa.com/>>.

nuestro pueblo". La propia definición de bien común está tomada letra por letra del párrafo 65 de la *Encíclica Mater et Magistra*. Y el mismo horizonte cultural se encuentra en el artículo 222 del Código Civil en los deberes de padres e hijos y en el artículo 102 del mismo Código. b) No puede esto extrañar a nadie si se observan los nombres de los Comisionados: Guzmán, Diez, Evans, Silva Bascuñán, Ortúzar, todos ellos católicos consecuentes en el ámbito público y privado. Lo mismo en el Consejo de Estado y en el órgano constitucional. Hubiera sido una inconsecuencia mayúscula que los autores del artículo 2º del Acta Constitucional N° 2 de 1976 que se transfirió en términos idénticos al artículo 1º de la Constitución dejaran como un concepto abierto e indeterminado el de "familia", como asimismo el de "núcleo fundamental de la sociedad". Todo lo contrario, ya que en los considerandos del Acta Constitucional N° 2 sobre Bases de la Institucionalidad se lee: *"Entre los valores esenciales en que estas bases se sustentan leemos en el considerando 4º que ella se basa en la "concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad" y luego se añade: "Dentro de esta concepción, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento"*. Ya en las "Metas u objetivos fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República" (aprobado por la Comisión de Estudios a fines de 1973) se expresa: *"En consideración a la tradición patria y al pensamiento de la inmensa mayoría de nuestro pueblo"* (N° 1) y en la Declaración de Principios de 11 de marzo de 1974 la Junta de Gobierno: *"En consideración a la tradición patria y al pensamiento de la inmensa mayoría de nuestro pueblo, el gobierno respeta la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad. Fue ella la que dio forma a la civilización occidental de la cual formamos parte, y es su progresiva pérdida o desfiguración la que ha provocado, en buena medida, el resquebrajamiento moral que hoy pone en peligro esa misma civilización"* (Punto II concepción del hombre y de la sociedad). Alguien puede rechazar el concepto tradicional y clásico de familia, basado en la unión estable entre un hombre y una mujer, es decir, basado en el matrimonio. Pero *la Constitución es lo que es y no lo que se quiera que sea, ni lo que se aspira a que sea*. También puede lamentarse que la Constitución se hizo como se hizo y por quién se hizo, pero si se pudo sostener la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980, es casi ridículo que en el 2012, después de todo lo pasado desde las reformas de 1989, se siga sosteniendo la ilegitimidad de ejercicio de la Carta, a lo menos desde el punto de vista jurídico. *Lo que el legislador no puede hacer es una reforma constitucional encubierta a través de una manipulación ideológica del concepto de familia*.

Ahora bien, el artículo primero es una norma, pertenece al ámbito del deber ser. Ser la *"célula básica de la sociedad"* no es una constatación fáctica o un deseo hecho pensamiento, no es tampoco un dicho de uso frecuente. Es lo que juristas italianos llaman una disposición programática, es decir, un mandato a los órganos públicos y a la sociedad toda para que elaboren políticas públicas y privadas que coloquen a la familia en condiciones de constituirse efectivamente en lo que debe ser: *"la célula base de la sociedad"*. De ello derivan los deberes del Estado *"dar protección a la población y a la familia"* y a *"propender al fortalecimiento de esta"*. No creo que sea acorde a la Constitución el que se ordene al Estado fortalecer las uniones de hecho, ni el matrimonio homosexual, ni el incesto, ni la poligamia, ni el matrimonio a prueba, etc. Estas prácticas pueden encontrarse más o menos extendidas, pero de ello no deriva el que se

consoliden o extiendan por el Estado. Es evidente que el Estado tiene la obligación de proteger a las personas que puedan encontrarse en uniones de hecho y a sus hijos. Pero debe hacerlo con medidas que no desalienten a la familia basada en el matrimonio o que en vez de fortalecerla la debiliten. En efecto, *la familia basada en el matrimonio estable es el ámbito de crecimiento personal por excelencia de los cónyuges y de los hijos*. Dar entonces un régimen jurídico propio a la familia matrimonial no es una discriminación arbitraria. En cambio el concepto de *“matrimonio igualitario”* lo es, porque las uniones de hecho colocadas artificialmente al mismo nivel del matrimonio heterosexual no están en condiciones de ofrecer el ámbito de personalización necesario para ser consideradas *“la célula o núcleo fundamental de la sociedad”*. Lo mismo vale para el llamado *“matrimonio homosexual”*. Al conceder a uniones homosexuales derechos análogos al matrimonio y a las familias heterosexuales (y uniones de hecho heterosexuales) se debilita el proceso de personalización que es propio de la relación hombre-mujer e hijos, el cual contribuye al bien común de una manera mucho más profunda y duradera, ya que se proyecta hacia el futuro a través de la fecundidad y al cuidado de la prole. La relación homosexual –incluso la estable– se agota en los participantes y su satisfacción personal, pero su contribución al bien común es limitada. Siendo así, existe una diferencia no arbitraria entre el matrimonio heterosexual y el mal llamado *“matrimonio homosexual”*.

Si se examinan los proyectos sobre AVP y AVC se notan dos corrientes. Por una parte se conserva un mínimo de temas reservados al matrimonio heterosexual (comunidad de bienes, pensión de sobrevivencia, fondo solidario, derechos de alimentos, compensación económica, adopción) y por la otra hay una corriente inversa en que las uniones de hecho se ven equiparadas al matrimonio (saldo en cuenta de capitalización, beneficio de cuota mortuoria, beneficios del fondo solidario –pensión básica de vejez–, previsión de salud, violencia intrafamiliar, prestaciones sociales, efectos procesales, sanitarios, penales, vivienda, sucesorios y otros). Por otra parte, como el proyecto Allamand-Chadwick está fuertemente influenciado por la experiencia francesa, es necesario examinar esa experiencia que, al parecer, indica que las parejas homosexuales no utilizan el pacto de vida en común (PAC). La experiencia española debe también ser estudiada, pues en ella aparece claro que AVP-AVC son parte de un esfuerzo para lograr el *“matrimonio homosexual”*, camuflado de protección a otras uniones de hecho. Será necesario igualmente estudiar el impacto que el proyecto de vida en común o de vida en pareja tendrán sobre la nupcialidad (ya afectada por el divorcio) y sobre la natalidad y el envejecimiento de la población. Chile tiene un muy pequeño mercado interno, ya con problemas de mano de obra en algunos sectores productivos, con un territorio extenso y extendido con grandes espacios despoblados. Todo ello significa que tiene serios problemas demográficos que conllevan cuestiones geopolíticas evidentes. Igualmente, debe examinarse en qué medida el proyecto único que se prepare es compatible con la trigésima medida del Compromiso de Campaña con el Mundo Evangélico: *“Fortalecimiento de la institución del matrimonio, cuya naturaleza y esencia es la unión entre un hombre y una mujer que se comprometen para formar una familia”*. Si el proyecto que se aprobare no fuere compatible, es altamente probable un veto del Ejecutivo. Finalmente, no olvidando el artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución, debe tomarse en cuenta lo establecido respecto a matrimonio y familia en el Derecho Internacional de los

Derechos Humanos, no solamente en las declaraciones y en el derecho convencional, sino también en el derecho consuetudinario. Valga lo mismo respecto de los derechos del Niño y de la Mujer.

JORGE PRECHT PIZARRO*

*Publicado en Diario Constitucional N° 179, de 25.1.2013.

RECENSIONES
Y
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

C. E. Delpiazzo, *Derecho Administrativo General*. Tomo 1°. Montevideo. 2011 (560 pp.).

Autor de numerosos artículos y varios libros¹ y director de la muy seria “Revista de Derecho”, de la Universidad de Montevideo con más de 21 volúmenes publicados, de puntual aparición, el profesor Delpiazzo ha dado a las prensas tres volúmenes de “Derecho Administrativo”. Este tomo 1° que reseñamos y dos más dedicados al “Derecho Administrativo Especial”. Al titular el autor este volumen como “Derecho Administrativo General”, tomo 1° se refiere a lo que usualmente contienen los cursos de esta rama del derecho público, es decir, las bases, sus fuentes, organización de la Administración y la actividad jurídica de la función administrativa estatal, cuyo es el contenido de tomo 1°, para estudiar en un tomo 2° los medios de la Administración (personal y bienes), la protección de los usuarios, el control sobre la Administración y la responsabilidad del Estado/Administración.

Se inicia con una Introducción en que plantea la sistematización que propone, para analizar en una Primera Parte las bases del derecho administrativo (Estado y Derecho, funciones del Estado, la función administrativa y el derecho administrativo: origen, noción, caracteres, contenido y relaciones transformadoras/ética, globalización y tecnología, entre otras). La Segunda Parte aborda la teoría de las fuentes, los principios generales del derecho, la Constitución, la legislación, reglamentos, integración y otras fuentes, como los tratados, actos y contratos administrativos, doctrina, jurisprudencia, costumbres, prácticas y precedentes. La Tercera Parte se refiere a la organización administrativa, tema en que los maestros uruguayos han sobresalido notoriamente (recuérdese a Aparicio Méndez y sus trabajos sobre la teoría del órgano). Aquí Delpiazzo se introduce con un capítulo sobre teoría de la organización y luego entra a la teoría del órgano y a los sistemas orgánicos, en donde estudia su caracterización, la centralización, la descentralización y la acentralización. La Cuarta Parte está dedicada a la actividad administrativa, la de mayor extensión; en ella se estudia la teoría de la actividad (jurídica y material, reglada y discrecional, de promoción y represión, prestacional y regulatoria), cometidos e incidencia de las nuevas tecnologías²; los actos administrativos (caracteres, presupuestos y elementos, irregularidades, extinción y la incidencia de las nuevas tecnologías/ los actos administrativos electrónicos); los procedimientos administrativos (caracterización, principios, desarrollo y la incidencia de las nuevas tecnologías) terminando con una clasificación de ellos. La segunda parte de este párrafo de la actividad administrativa se consagra a la contratación de la Administración,

¹Hemos reseñado su *Contratación administrativa* en *Ius Publicum* 10/2003, 245.

²El profesor Delpiazzo se ha especializado en el tema, vid. sus *Lecciones de derecho telemático* (en colaboración con M. J. Viega), 2 vols. Montevideo. 2004 y 2009, y algunos trabajos en el *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña* (N° 11/2007, 177ss.) y en la *Revista Iberoamericana de derecho informático* (Mérida) N°s. 19-22/1998, 718ss.

uno de los temas a que mayor dedicación ha dado el maestro uruguayo: divide la materia en contratos de la Administración (noción, caracteres, presupuestos, elementos, ejecución, irregularidades, extinción y nuevas tecnologías), los procedimientos de contratación (formación, principios, procedimientos especiales, licitación pública e incidencias de las nuevas tecnologías), para terminar con las principales figuras, como los contratos, de obras públicas, de suministros, de servicios no personales y de medios económicos (deuda pública, préstamo y empréstito). Ha de señalarse que cada tema estudiado va acompañado de una bibliografía que permite al estudioso conocer más fuentes para profundizar.

Se trata de un volumen de gran claridad expositiva, muy didáctico y muy al día en lo que la práctica administrativa va deparando en su actuar de hoy, con sus contactos con la economía, con la organización de la Administración, con las nuevas tecnologías, sin perder de vista que la razón de ser de esta rama tan vital del derecho público es servir a la comunidad, a las personas de carne y hueso, para que ellas puedan llevar una vida digna (y como decía el viejo maestro esta-girita) buena/virtuosa, frente a las dificultades que presenta la postmodernidad³.

EDUARDO SOTO KLOSS

AA. VV., *La Contraloría General de la República, 50, 75 y 85 años de vida institucional*. 3 volúmenes (reedición de volúmenes de 1977 y 2002, y edición 2012). Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República. Santiago de Chile. 2012.

Con ocasión de los 85 años de la creación de la CGR y cerrando el año a través del cual se ha venido celebrando este aniversario, ha publicado este Organismo fiscalizador de la Administración del Estado –único en el mundo con su característica de control contable pero especialmente de juridicidad de su actuar u omitir⁴– en un hermoso formato, la reimpresión del homenaje que le rindiera en sus 50 años (1977) la cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y del volumen recordatorio de los 75 años de existencia (2002) que hiciera la propia CGR, como, asimismo, la edición de un grueso volumen conmemorando estos 85 años de vida. La presentación de este trío de obras sirvió para reunir una nutrida concurrencia del mundo universitario dedicado al derecho público, y especialmente a quienes han escrito trabajos en este volumen del presente año 2012.

³Una sola observación me permito hacer: en el tomo 2º, que se anuncia, sugiero que en la Sexta Parte se elimine el término “administrado”, desde que las personas “se gobiernan”, las cosas “se administran” y, obviamente, las personas “no son cosas administradas”. La dignidad ontológica que posee toda persona humana, desde su concepción misma, lo impide.

⁴Tanto preventivo, a través de la toma de razón, como a posteriori, cual el caso de los llamados actos exentos de toma de razón.

A riesgo de extendernos en esta recensión haremos mención a los tres volúmenes.

La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional. Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Imprenta Camilo Henríquez. Santiago de Chile. 1977 (555 pp.).

Treinta y cinco años hace que aparecía este volumen que imagináramos allí en la cátedra de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, del que éramos Director⁵.

Dos fueron los motivos que nos impulsaran a imaginar este libro de homenaje en el cincuentenario de la CGR, una obra no usual en nuestro medio, ya que no se rendía un homenaje a una persona, que es lo frecuente en el mundo académico, sino a una institución; y en un volumen de tapa y contratapa blancas y con letras de un color azul marino, “el libro blanco”, como le caracterizaríamos, que tenía un significado muy especial como veremos en seguida, al señalar el primero de los motivos que lo originaron.

El primer motivo que nos impulsó requiere remontarse a nuestra historia. Para entender el porqué de este homenaje tan singular hay que recordar un tiempo ciertamente trágico para la historia y el derecho patrios.

Y es que ante la monstruosa interpretación que hiciera la Corte Suprema del artículo 87 de la Constitución de 1925 declarándose incompetente para conocer de la nulidad de los actos de la Administración, *se erigió la Contraloría General de la República*, en el periodo especialmente de los años 1970-73 (y aún antes, con ocasión de la fatídica ley de la reforma agraria/1968), en la única posibilidad de defensa de los derechos de las personas ante la avalancha de ilegalidades y avasallamiento de los derechos de los ciudadanos de que hacía gala el gobierno de clarísima inspiración marxista leninista de la época. Ha de recordarse que llevaba el estandarte de la ilegalidad la “requisación” de industrias (la llamé requisación y no requisición, porque ésta lleva constitucionalmente la correspondiente indemnización, en cambio aquel artificio era una vulgar confiscación)⁶, el silenciamiento de la Radio Agricultura, el cierre del diario El Mercurio, la pretensión de disolver entidades gremiales, el ataque constante a los Colegios Profesionales, la existencia de fuerzas de choque (las tristemente célebres brigadas Ramona Parra o Elmo Catalán) al modo de las SS hitlerianas, la existencia del grupo paramilitar de “amigos del presidente”/GAP, el ataque grosero de la prensa marxista a los miembros del Poder Judicial, el copamiento de tribunales (caso Juzgado de Melipilla⁷, la preten-

⁵Director designado en abril 1974, confirmado en 1976 y elegido y reelegido cada cuatro años, hasta 1998 (marzo) en que me retiré de la Facultad por los luctuosos sucesos ocurridos en ella en mayo 1997.

⁶Hemos estudiado con pormenor el tema en *Estudios Jurídicos* (Univ. Católica de Chile) vols. 1 (1972) N° 2, 178-207, y 2 (1973) N°s. 1/2, 233-260, y en *Revista de Derecho Público* (Univ. de Chile) N° 13 (1972) 61-80).

⁷Vid. nuestra, “La destrucción del Estado de Derecho en Chile 1970-1973”, en *RDP* cit. N°s. 53-54/1993, 57-96.

sión de establecer una escuela nacional unificada/enu para marxistizar a la niñez y juventud al modo estaliniano, sin poder olvidarse la pretensión de promulgar una ley aprobada por el Congreso eliminándole articulado que no convenía a los intereses del gobierno, y que fuera representado por la CGR por su notoria inconstitucionalidad, etc., y un largo etc.⁸.

Fue la CGR el único organismo que asumió el deber de conocer de las reclamaciones de los afectados por esos actos de evidente corte totalitario, que sólo a través de los innumerables decretos de insistencia podían ejecutarse. Valga recordar –por la “alergia” a la historia que tienen algunos– que en un caso concreto el presidente de la república por un solo decreto de insistencia insistió 48 resoluciones de requisación de industrias emitidas por el Director de la Dirección de Industria y Comercio/Dirinco, y en que la incompetencia presidencial era más que evidente desde que tal decreto de insistencia sólo habría cabido respecto de decretos dictados por el propio presidente de la república y jamás de resoluciones de jefes de servicio que, como en el caso señalado, habría ejercido potestades desconcentradas de las que carecía el propio presidente y hasta el ministro respectivo. La ilegalidad era ya monstruosa para ser precisos⁹.

A raíz de la insigne y titánica labor del Contralor General de la República de la época –que sufriera el ataque insistente y grosero de la prensa gubernamental¹⁰– don Héctor Humeres Magnan (†), fue que se nos ocurrió recordar los 50 años de su creación (DFL 400bis, de 12.5.1927) con un *Libro Homenaje* en el que participaran profesores de derecho administrativo de la cátedra y también algunos profesores destacados de la disciplina de Argentina (el maestro Marienhoff, don R.C. Barra) y del Uruguay (el maestro Alberto Ramón Real, y don Héctor Fruggone), como también se obtuvo la colaboración de las distintas Contralorías del área del Pacífico (en donde estuvo la recordada Comisión Kemmerer), como las de Panamá, Colombia, Ecuador, y Perú, si bien estas son de sólo control financiero contable de la Administración e incluso de Tribunales de Cuentas del área atlántica, como de Argentina y Uruguay¹¹.

El otro motivo que tuvimos en mente al publicar este “libro blanco” fue para destacar, además, la gran labor que había hecho la CGR en la *creación del derecho administrativo chileno* en sus grandes bases, como, por ejemplo, en lo referente al procedimiento administrativo, al acto administrativo, a la organización administrativa del Estado, al régimen jurídico de la función pública, al contrato

⁸Se trataba de la ley llamada de “las tres áreas de la economía”, que no fuera nunca publicada y, por tanto, nunca se transformó en ley de la República, no obstante haber sido aprobada en todos sus trámites legislativos en el Congreso Nacional.

⁹La inconstitucionalidad del llamado “decreto de insistencia” la hemos analizado con detalle en la *RDP* (U. de Chile) N° 15/1974, 55-88.

¹⁰Vid. I. Aróstica M., El gobierno de la unidad popular y la Contraloría General de la República, en *RDP* cit. 53-54/1993, 97-116, en que analiza el uso arbitrario de los decretos de insistencia, el desconocimiento de las facultades fiscalizadoras de la CGR y la campaña de desprestigio en contra del organismo y, especialmente, del Contralor Humeres Magnan.

¹¹Desde que la Contraloría chilena es única en cuanto controla preventivamente la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones de las autoridades de la Administración sujetas a su fiscalización, es decir, antes que nazcan a la vida jurídica.

administrativo especialmente de construcción de obra pública, etc., y todo ello desarrollado por la vía jurisprudencial contralora y sin la barbarie de hacerlo con injertos extranjerizantes, sino fundamentado en nuestro propio Derecho. De allí también la riqueza de nuestra disciplina, puesto que la labor jurisprudencial y sobre la base de la obligatoriedad de los precedentes –como es el régimen de nuestra Contraloría– resulta no sólo de mayor riqueza conceptual sino de muchísima mayor seguridad jurídica, tanto en su certeza como en su estabilidad.

Como dice un antiguo proverbio alemán, “el dolor o la pena compartida es media pena, la alegría compartida es doble alegría”. En efecto, compartimos una doble alegría: advertir la vitalidad que tiene hoy –en sus 85 años– la CGR en su inmensa labor en pro de la juridicidad de la Administración del Estado y de la probidad de sus integrantes y por la modernidad de su actuar en ello, que la hace un ejemplo de estos organismos en el mundo, además de la confianza que ella inspira en la ciudadanía y su cercanía con ella, incluso a través de medios electrónicos¹².

Por último, agradezco muy sinceramente al señor Contralor General de la República, don Ramiro Mendoza Zúñiga, que fuera muy distinguido alumno, ayudante, colega de cátedra y discípulo, haber podido recordar la elaboración de aquel homenaje plasmado en 1977¹³.

La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional (1927-2002) (402 pp.).

Este volumen, más breve, fue obra de la propia Contraloría para celebrar sus 75 años de vida. Elaborado en los últimos años de funciones del Contralor de la época, don Arturo Aylwin Azócar, salió a la luz cuando expiraba su jefatura (por edad) sin que tuviera mayor publicidad.

Entre sus trabajos (21) se destacan *Modernización de la Contraloría General de la República* (A. Aylwin), *Las organizaciones no gubernamentales en Chile y su fiscalización* (H. Hernández S.), *La ética de la función pública en Chile y la Contraloría General de la República* (H. Ledezma), *La jurisprudencia de la Contraloría*

¹²Entre los trabajos contenidos en este volumen, que son 23, destacamos *Chile 1925-1932, de la nueva Constitución al nuevo régimen de gobierno* (B. Bravo Lira), *Los plazos en el derecho administrativo* (H. Caldera Delgado †), *La jurisprudencia administrativa sobre “asignación profesional” y “título profesional universitario”* (G. Reyes Román †), *La protección a la maternidad de la mujer funcionaria en la jurisprudencia contralora* (O. del Barrio C.), *El régimen de incompatibilidades en el derecho público chileno* (D. Hernández E.), *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República* (E. Soto Kloss), *¿Apreciación de los hechos e interpretación del Derecho?* (G. Fiamma O.) y *La responsabilidad de la Administración del Estado en la jurisprudencia administrativa* (R. Pantoja B.). Se agrega a ello las contribuciones de las Contralorías de Panamá, Colombia, Ecuador y Perú, como de los Tribunales de Cuentas de Argentina y Uruguay, y en un Apéndice se incluyen los textos legislativos de creación (1927), de su reorganización (1932) y de su ley orgánica vigente (1964), hoy orgánica constitucional, como también variadas normas reglamentarias de organización interna.

¹³Esta recensión tiene como base las palabras de presentación de este volumen que se nos encargara en el Seminario realizado el día jueves 14.12.2012, organizado por la Contraloría para presentar los tres volúmenes referidos.

General de la República y su labor interpretativa (G. Astorquiza A.), *El contrato a honorarios en la Administración del estado bajo la luz dictaminante de la Contraloría General de la República* (R. Mendoza, P. Aguerrea), *Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX* (P. Pierry A.), *Cómo y con quién contrata la Administración* (I. Aróstica M.), *El procedimiento administrativo en Chile, aportes de la Contraloría General de la República* (F. González M.) y *La motivación del acto administrativo* (A. Vergara B.).

La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012) (480 pp.).

Se inicia con una presentación del Contralor General en la cual con precisión señala acerca de la CGR que “no somos la administración activa, tampoco la enfrentamos. Difícil rol donde debemos siempre colaborar con los gobiernos y ser socios naturales de las oposiciones”, función en que “debe siempre emplazarse como el colaborador esencial al logro del bien común, facilitando el actuar probo, eficaz, eficiente y oportuno de la buena decisión estatal” (p. 5).

Dividido el volumen en cinco capítulos contiene 29 trabajos cuyos autores son en su mayoría profesores de las distintas Facultades de Derecho del país. Del capítulo I (sobre Contraloría General de la República) destacamos *La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía* (E. Cordero Q.), *Contralor General de la República y notable abandono de deberes* (F. Saenger G.), *La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada* (I. Obando, J. Allendes), y *La Contraloría General de la República en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (P. Aguerrea M.). Del capítulo II (Juridicidad) *Los decretos exentos de toma de razón, 50 años de su creación* (P. Varas A.), *Bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría* (E. Navarro B.), *Sobre el control de los decretos con fuerza de ley* (L. A. Silva I.), *Toma de razón, presunción de legalidad y jurisdicción* (M. Venegas P.). Del capítulo III (Procedimientos, sanción, debido procedimiento) *El motivo de hecho en las sanciones administrativas: notas sobre procedimiento, fundamentación y justificación* (I. Aróstica M.), y *La Contraloría y la pregunta de Carbonnier* (A. Pedrals G.-C.). Del capítulo IV (Personal de la Administración del Estado) *El trámite de “registro” y problemas que suscita* (E. Soto Kloss), *El maltrato laboral en la función pública* (C. G. Pérez V.). Del capítulo V (Temas de jurisprudencia) *Los plazos en la Administración ¿no son fatales?* (C. Montero C.), *La contribución de la Contraloría al desarrollo y delimitación de los principios de la contratación administrativa* (J. L. Lara, C. Helfmann M.) y *Notas acerca de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República en el contrato de concesión de obra pública* (P. Alarcón J.).

Un volumen que se erige como fundamental para conocer las funciones de control de juridicidad de este organismo fiscalizador de la Administración del Estado, que –como decíamos en el Libro Homenaje de 1977– es típico de nuestra institucionalidad chilena y que fuera un baluarte en la defensa de los derechos de las personas frente a la arbitrariedad del gobierno de los mil días (1970-1973), pero también fuera el verdadero creador del derecho administrativo criollo (1950-1976) como derecho de los servicios públicos primeramente y luego como un derecho

defensor de los derechos ciudadanos, a través de su jurisprudencia, interpretando, en la medida de lo posible, con criterios de justicia, el derecho aplicable “por” y “a” la Administración del Estado¹⁴.

EDUARDO SOTO KLOSS

Jary Leticia Méndez Maddaleno, *La Constitución como proceso político*. Dykinson S.L. Madrid. 2012 (273 pp).

En el continuo debate constitucional sobre la naturaleza de la Constitución y los conceptos derivados de ella, de modo particular, la reforma constitucional y la interpretación, *La Constitución como proceso político* procura muchos frutos para quien busque la problematización de las realidades políticas. Este libro inicia con un recorrido por la búsqueda del punto ideal de fusión de la legitimidad con el poder –permanente anhelo de los hombres de todos los tiempos–. Además de ser éste su punto de partida, la autora insiste a lo largo de sus páginas en buscar y hallar ese punto ideal de la legitimidad del poder político en el proceso de construir un régimen jurídico-constitucional.

Interesante resulta que esta obra emerge en un momento en el que con mayor evidencia se remarca la zona de indefinición de esos conceptos constitucionales y hoy más grandes instrumentos de expresión política. La reforma constitucional y la hermenéutica constitucional son conceptos constitucionales de pretendida incidencia en la configuración del Estado constitucional democrático y de reafirmación de los valores fundamentales de la sociedad. Ambos igualmente giran alrededor del juego armonioso de dos elementos clave del sustento político de una Constitución nacional: *auctoritas* y *potestas*. Bajo la conducción de estos elementos, la autora advierte que la Constitución ha ido evolucionando y con ella los presupuestos del Derecho constitucional. De modo que la necesaria dialéctica entre *auctoritas* y *potestas* ha ido desarrollando una continua transformación conceptual hasta convertir la Constitución en un proceso político.

Desde las primeras páginas se aborda la naturaleza de la Constitución desde una doble dimensión: jurídica y política. Una dualidad que para la autora anuncia la teoría y la praxis de la voluntad social y su incansable búsqueda de la *securitas*.

¹⁴Con la asunción por parte de los tribunales ordinarios de justicia (impulsada por la Corte Suprema a partir del discurso de inauguración del año judicial de marzo de 1973) de la competencia para conocer de la juridicidad de los actos de la Administración del Estado y, sobre todo, con la creación de la acción constitucional de amparo general (conocida como “recurso de protección”) por la Junta de Gobierno (DL 1552, de 13.9.1973, Acta Constitucional N° 3), y la dictación del Auto Acordado de la Corte Suprema que estableció su tramitación (29.3.1977), el rol tutelar de la Contraloría respecto de los derechos de las personas ha decrecido, pero aún hoy es jurídicamente posible, y se produce con mucha frecuencia) acudir ante ella por parte de los particulares para que se pronuncie sobre la constitucionalidad y legalidad de decretos y resoluciones o actos administrativos, hechos u omisiones de las autoridades administrativas, que les agraven, sin necesidad de patrocinio de abogado y de forma enteramente gratuita, decidiéndose el asunto en plazos normalmente más que razonables.

Ante la necesaria dinámica de la vida social y su ineludible variedad en sus fines se impone la esencia de la estabilidad como primera respuesta del Derecho a la vida en sociedad.

En la cabalgata de instituciones que aborda este libro, siempre circulando el tema central, se ubica con detalle la percepción moderna de "Rechtsstaat" y su evolución, su fracaso y sus nuevos bríos.

Es preciso advertir que dentro de los cinco capítulos que componen el libro, hay uno que merece especial atención, porque en él se centra la originalidad del enfoque de la autora. En este capítulo tercero, Méndez Maddaleno, para fortalecer el pilar de sus conclusiones propone una *Tipología de la Constitución*, tomando como criterio diferencial el elemento político de su contenido. Es este un esfuerzo por puntualizar el género propio y la diferencia específica de cada teoría analizada, a partir de la Constitución de Weimar de 1919. La Tipología se estructura según seis conceptos-tipo: Constitución como norma fundamental (Kelsen); Constitución como realidad integrante o proceso de integración del Estado (Smend); Constitución como estadio cultural (Häberle); Constitución como institución (Hauriou); Constitución como decisión política fundamental (Schmitt); Constitución como fuerza política dominante (Mortati). Con esta clasificación se intenta develar la difícil escisión del elemento político en toda Constitución y prepara el terreno para avanzar hacia la afirmación de que la Constitución puede llegar a ser un proceso político. Se centra la atención en los mecanismos de la reforma y la interpretación constitucional como formas de liberar la tensión perpetua entre lo jurídico y lo político como elementos constitutivos de toda Constitución. De los límites y diferencias entre ambas, y del campo subrogado a la hermenéutica en la actual praxis de los jueces constitucionales.

La autora tiene a bien señalar cómo la reforma constitucional cumple un papel insustituible en la vida política, pero la limita, siguiendo a los clásicos, a momentos de crisis. En ese orden de ideas, Méndez Maddaleno nos recuerda que el poder constituyente está vinculado a la soberanía; de que soberanía no es omnipotencia y de que el poder del pueblo debe tener sus límites. Al respecto nada más visionario y reflexivo, como que el poder queda limitado bien por la propia razón o por la inmanencia del Derecho natural.

Por otra parte, aunque la Dra. Méndez admite que la interpretación puede ser una forma idónea para modelar cambios de perspectiva constitucional, de igual manera reconoce que el problema principal del método está en la legitimidad.

La Constitución como proceso político, podría decirse, es un compendio de la formación del telos constitucional como expresión del ser político de la sociedad. Es una lectura interesante por la profundidad de su enfoque que revela conocimiento de los grandes autores antiguos y modernos del constitucionalismo, especialmente de la Europa Continental, pero sobre todo, porque propone el estudio de un tema que afecta de modo global a todos los Estados constitucionales democráticos y que tímidamente hemos llevado al debate público.

EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO

F. Ocaranza – A. Gómez, *Documentos para el estudio de la República: el primer Congreso Nacional de Chile de 1811*. Universidad Bernardo O'Higgins. Santiago de Chile. 2011 (365 pp.).

Se trata de un volumen especial de la revista "Tradición y Saber" de esta Universidad elaborado para conmemorar los 200 años de la existencia del primer Congreso instituido en Chile el 4.7.1811. Con una crónica, estudio y bibliografía fundamental acerca de este Congreso se introduce la obra, la cual contiene una abundante cantidad de documentos tanto del proceso preparatorio (génesis de la idea hasta la elección de diputados, en la cual O'Higgins representaría la villa de Los Ángeles), como referentes a su funcionamiento hasta su clausura por la intervención militar de Carrera que lo cierra (4.12.1811) y asume el poder.

Una obra muy útil para conocer los orígenes de esta primera institución, muy ajena a la institucionalidad indiana, en que Chile era un reyno de la corona de Castilla y ni se pensaba en independencia alguna, en circunstancias de que el rey se encontraba preso del poder napoleónico y sin gobierno real efectivo de estos territorios americanos.

A. Bronfman – J. I. Martínez – M. A. Núñez, *Constitución Política comentada*. LegalPublishing Chile. Santiago de Chile. 2012 (562 pp.).

Siguiendo un criterio usualmente utilizado en este tipo de trabajos, los autores, profesores de derecho constitucional, luego de una Introducción sobre las características generales de la Constitución de 1980 (codificada, rígida, normativa y suprema) van agregando a cada artículo de la parte llamada "dogmática" (arts. 1° a 22) las concordancias y explicaciones de doctrina y jurisprudencia sobre cada disposición; particularmente de interés es lo referente al capítulo I, Bases de la Institucionalidad (pp. 17-82) y a los derechos fundamentales (pp. 79-461). Se incluyen también en este primer volumen las garantías constitucionales de amparo (protección y *habeas corpus*, arts. 20 y 21, respectivamente).

Muy práctica y seria y de gran utilidad tanto para abogados de ejercicio tribunalicio como para las cátedras de derecho público de las distintas universidades del país.

Alejandro Romero Seguel, *Curso de derecho procesal. Los presupuestos procesales relativos a las partes*. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2011 (89 pp.).

Siguiendo paulatinamente con la elaboración de este Curso, el profesor Romero aborda en este tomo la capacidad procesal, la representación y la postulación.

En una visión doctrinaria anclada en la exposición de las instituciones procesales fundamentales y superadora de esa dicotomía de derecho procesal orgánico, por una parte, y funcional, por la otra, se estudia en cinco capítulos las partes de la relación procesal (dualidad de partes, terceros y la sucesión procesal), el litisconsorcio voluntario, la capacidad de las partes (personas naturales, personas jurídicas, comunidades, sociedades de hecho, patrimonio o entes, el Estado, fiscalías, y levantamiento del velo), y finalmente la postulación (abogados, comparecencia, mandato y algunas representaciones especiales).

De gran claridad y pedagogía es plenamente recomendable tanto para alumnos como para abogados. Esperamos el tomo IV para seguir aprendiendo una nueva perspectiva del derecho procesal, rama tan rica en lo jurídico y que, sin embargo, ha sido enseñada durante tantas décadas de modo tan positivista, centrada en el articulado de los códigos que regulan la materia. Habría que recordar al Maitland cuando afirmaba que el Derecho se escapa frecuentemente por los intersticios del proceso, cosa que muy bien sabían los romanos....

Eugenio Pérez de Francisco, *Código de derecho humanitario bélico*. Universidad Antonio de Nebrija. Madrid. 2012 (578 pp.).

Miembro del Consejo de Redacción de esta Revista y catedrático de derecho internacional, esta obra reúne como un verdadero Código en la materia las normas que regulan este derecho relativamente nuevo que es el derecho humanitario bélico, tendente a morigerar la barbarie que suele originarse en las guerras y que tanto dañan a los pueblos. Dividida en cuatro partes, la primera refiere las normas sobre conducción de las hostilidades; convenios de ámbito general, de particular relevancia los Convenios de La Haya y de Ginebra, concernientes a niños, a minas, a ambiente, armas químicas, biológicas y asociadas, y protección de bienes culturales. La segunda parte contiene las normas acerca de la limitación y prohibición de determinados armamentos y sistemas de verificación, armamento nuclear y convenios regionales. Una tercera parte se refiere a normas de prevención y sanción de crímenes internacionales, para en una cuarta parte y final se incluyen algunos documentos sobre guerra marítima, guerra aérea, reglas para submarinos frente a buques mercantes, minas antisubmarinas, etc. Un índice alfabético de materias completa este Código.

Utilísimo es este volumen para todo aquel que se interesa sobre esta materia, teniendo a la mano más de 60 convenios, tratados y sus innumerables anexos. Se felicita al profesor Pérez de Francisco por este gran servicio prestado a la comunidad científica de los internacionalistas.

AA.VV., *Tópica y dialéctica en la jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela. 2011 (488 pp.).

Impulsada esta obra por su discípula, hoy catedrática, Milagros Otero Parga, nos es grato reseñar este homenaje al profesor Puy Muñoz, el último de los catedráticos de la muy relevante escuela iusnaturalista clásica española de los años 60 y siguientes, que reuniera entre otros a tantos maestros como De Assis, Elías de Tejada, Galán y Gutiérrez. Conocido es el empeño del maestro Puy para desarrollar la “tópica jurídica”, de allí que este homenaje ha tratado de reunir trabajos sobre el tema, como asimismo sus vecinas retórica y dialéctica. Entre las 40 colaboraciones me atrevo a destacar, sin perjuicio de las no nombradas, los trabajos de Baliñas (Ideas para una lógica del buen sentido), Elósegui (La interpretación de los derechos humanos desde la tónica y la lógica de lo razonable en el profesor Puy), Herrera (Los límites de la argumentación deliberativa), Risso (El tópico Constitución. Un diálogo con F. Puy) y Sánchez de la Torre (Argumentos sobre la justicia del derecho en el entorno socrático). Hay también trabajos específicos sobre el pensamiento del homenajeado como los de Agís, Bandieri, Carvalho, Dehesa, Gibert, López Moreno, Otero Parga, Rodríguez-Lugo, Soto Kloss y Terao.

Un merecido homenaje a quien andaluz de nacimiento e hijo de Galicia y de la Universidad compostelana, su hogar desde que asumiera la cátedra de filosofía del derecho siendo aún muy joven en la década de los años sesenta.

Fundación Jaime Guzmán, *Ideas y propuestas 2010-2011*. Santiago de Chile. 2011 (251 pp.).

Con el auspicio de la Fundación Hans Seidel/Baviera aparece este nuevo bianuario que los habituales informes y estudios sobre temas de interés general para la comunidad nacional, que periódicamente realiza esta Fundación Guzmán, que lleva el nombre del constitucionalista, profesor universitario y senador que fuera vilmente asesinado por un comando castrocomunista el 1 de abril de 1991 a la salida de su clase en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile (Campus Oriente).

Entre los temas político-institucionales se destacan los referentes a la transparencia de las empresas públicas, la regulación de los contenidos de la televisión, el caso Atala (madre lesbiana) y el principio del interés superior del niño. En temas sociales y económicos, la relación trabajo y familia no sólo una cuestión financiera, el hostigamiento escolar: un desafío para toda la sociedad, mujer, trabajo y maternidad: ¿una relación conflictiva?, propuestas económica y tributaria en favor de la familia y, finalmente, energía y ambiente; en temas internacionales, se incluye un interesante informe sobre la reforma de la Cancillería chilena, un tema pendiente.

Es muy meritoria la labor que la Fundación Jaime Guzmán realiza a través de estos estudios, los cuales no sólo son elaborados con seriedad y rigor, sino que en

una clara perspectiva de bien común, teniendo en cuenta las verdaderas necesidades de la gente común, como era la idea de quien fuera uno de los artífices de la Constitución de 1980 en sus bases de la institucionalidad.

A. Gómez – F.J. Ocaranza (editores), *Epistolario de don Bernardo O’Higgins Riquelme* (2 tomos). Universidad Bernardo O’Higgins. Santiago. 2011 (907 pp.).

Dos hermosos volúmenes que contiene el *Epistolario* con 804 cartas del Libertador y Prócer máximo de nuestra Patria, desde aquella desde Londres (10.10.1798) con apenas 20 años de edad, hasta su última desde Lima (17.10.1842) dirigida al Presidente Bulnes, poco antes de sus últimos días.

En su grandísima parte incluye cartas desde aquella escrita a bordo de la corbeta inglesa “Fly” al ancla en el Callao (25.7.1823) al Presidente del Perú hasta su última ya mencionada. De las 804 cartas, las enviadas desde el Perú son las signadas con los números 273 al 804.

Preceden a ellas unos estudios muy serios de los editores Gómez y Ocaranza y también Lara Ortega y Prado Berlien. Dos trabajos merecen una lectura atenta y provechosa, como “Ilustración y modernidad en la figura histórica” de don Bernardo y “Hacia el Santiago decimonónico: la capital en transición desde el resabio colonial a la modernidad urbana de O’Higgins”. Sin perjuicio de la “Nota introductoria” y las “Referencias biográficas” y de las “Fuentes bibliográficas”, que revelan gran acuciosidad de los autores.

Felicitemos a la Universidad Bernardo O’Higgins por esta iniciativa que permite tener a la mano un material de difícil pesquisa, y conocer el gran valor humano de O’Higgins, que no siempre ha sido valorado, ya que se ha puesto más en realce su heroísmo, su valentía y su gran amor a la Patria, al punto que puso a su disposición toda su fortuna –que no era escasa– para formar y hasta vestir a los soldados y entregarla a Chile.

I. CHILE

Actualidad Jurídica – Universidad del Desarrollo, N° 27/2013.

El tema central se dedica a la reforma procesal civil que se proyecta; en Estudios destacamos, Hacia una nueva concepción del contrato (P. Rodríguez G.); Abogados integrantes e independencia del Poder Judicial (S. Verdugo, C. Ottone); La protección ambiental en el ámbito constitucional (J.L. Varela); Hidroaysén y fraccionamiento de proyectos (A. Leiva S.); El principio de probidad, análisis ético-político (J. Williams B.); Puerto y Central Castilla, comentario a sentencias de la Corte Suprema (C. Boettiger P.), y La ejecución de oficio de actos administrativos desfavorables (N. Enteiche R.).

Revista Chilena de Derecho – Universidad Católica de Chile, Volumen 39, N°s. 1 y 2/2012.

De interés del N° 1, El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado constitucional (P. Martínez Benavides); El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010 (L. Galdámez Zelada). Del N° 2, La sentencia judicial como medio de prueba (A. Romero Seguel); Aborto y justificación (M. M. Ossandón); La tutela jurídica del agua en el derecho romano (J. D. Terrazas P.); La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación (I. Covarrubias C.); Legislación, common law y la virtud de la claridad (P. Yowell), y La doctrina de la causa y su eficacia práctica (J. Baraona G.).

Revista de Derecho – Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXVIII, N° 1/2012.

Destacamos, Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el código civil (C. Amunátegui P.); La responsabilidad civil del concesionario de obras viales y su fundamento en la obligación de seguridad respecto de los usuarios en el derecho chileno (J. L. Díaz Sch.); Derechos de autor y desarrollo. Más allá de la ilusoria solución prevista en el Anexo del Convenio de Berna (A. Cerda Silva); El modelo orgánico de la ejecución civil desjudicializada desde el punto de vista del derecho comparado. Mitos y realidades de la desjudicialización (A. Pérez R.);

Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada (I. Covarrubias C.); Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad (J. Fuentes Olmos); ¿Es el tribunal constitucional el supremo intérprete de la Constitución? (L. A. Silva I.), y Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico (J. Bassa, C.Viera A.).

Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte, N° 1/2012.

De interés, El desarrollo de los principios constitucionales tributarios de carácter material en la jurisprudencia del tribunal constitucional (P. Masbernat); Las profesiones “análogas” en el delito de ejercicio ilegal de la medicina del artículo 313 del Código Penal chileno. Propuesta para su determinación (P. Milos H.), y Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil (M. Aguirrezabal G.).

Derecho Público Iberoamericano – Revista del Centro de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, N° 1/2012.

De esta nueva publicación destacamos Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio (= responsabilidad objetiva) (C. Román Cordero); Breve análisis sobre la evolución jurídico constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile (J. A. González T.); El inicio de la lucha por los derechos de los indígenas del Nuevo Mundo. Una reinterpretación política (I. S. León Borja); Personalismo, sexualismo y disolución en la posmodernidad. Una crítica a la concepción liberal de los derechos (J. F. Segovia); El caso Atala, razones para afirmar la nulidad del proceso y la sentencia de la CIDH (A. Ferrer y otros); Sobre la inconstitucionalidad de la figura de la mediación obligatoria contenida en el artículo 43 de la Ley N° 19.966 (A. Leiva López); Litigación judicial frente a la Administración del Estado, un recuento histórico (E. Soto Kloss), y De la potestad constitucional discrecional del Presidente de la República (N. Enteiche R.).

Revista de Derecho – Universidad Austral de Chile, Volumen XXV, N° 1/2012.

Destacamos, Limitación de la responsabilidad: bases romanas de un dogma ius-privatista (P. Lazo González); La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental en la construcción y operación de las carreteras (V. Delgado Sch.), y Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal (M. Guiloff T.).

Revista de Ciencias Sociales – Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 59/2011.

De interés, El reconocimiento de la persona del otro (I. Henríquez H.); Una mirada a los derechos sociales desde el estado social de derecho y de justicia y del estado liberal democrático (L. M. Martínez, F. M. Avila); La desigualdad de la relación médico/paciente en el contexto de las organizaciones hospitalarias privadas y públicas (J. García P.), y La reforma a la justicia laboral chilena en la experiencia reciente (P. Mella C., R.W. Díaz).

Revista Estudios de la Justicia – Universidad de Chile, Facultad de Derecho, N°s. 15/2011 y 16/2012.

Destacamos del N° 15, Comisiones especiales y debido proceso frente a la Constitución (V. Lübbert A.); El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno (J. P. Mañalich R.), y La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma del 2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad (A. Galán M.). Del N° 16, Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal (J. P. Mañalich R.); Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas (P. García C.); Desafíos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (H. Hernández B.); Un delito propio. Análisis crítico de los fundamentos de la ley de femicidio (N. Ried S.), y Modelo de atribución de responsabilidad penal en la Ley N° 20.393 de responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber? (A. Ortúzar G.).

II. EXTRANJERO

Revista de Derecho – Universidad de Montevideo, N° 21/2012.

De interés, El engaño como conducta típica en la defraudación tributaria: puntos de contacto y asimetrías entre el régimen infraccional y penal (J. Barrera, A. Hessdörfer); Aspectos del dolo, la culpa y la ultraintención en el Código Penal uruguayo (M. Langon); La frontera entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad (J. M. Simon, P. Galain), y Bien común, sociedad y Estado (C. E. Delpiazzo).

Revista de la Facultad de Derecho – Universidad de la República, Uruguay, N^{os.} 30 y 31/2011.

El N^o 30 ha sido dedicado en homenaje a Enrique Sayagués Laso; destacamos, El humanismo de un docente jurista (M. Brito); El derecho administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso (C. E. Delpiazzo); Actualidad y permanencia del Tratado de derecho administrativo de Sayagués Laso (D. H. Martins), y Sayagués, asesor letrado (F. Rotondo). También, El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de tipicidad (M. Domínguez); Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la ley federal de procedimiento administrativo alemán y en la normativa uruguaya (A. Durán Martínez); Los delitos tributarios y el lavado de dinero (M. Franco dell’Isola); La corrupción y su alcance (M. Malet), y La teoría de la responsabilidad del Estado por omisión legislativa y el artículo 332 de la Constitución (L. Sánchez). Del N^o 31, La ciencia política decimonónica: ciencia del Estado (L. Delio Machado); El *mobbing* o acoso moral en el trabajo. Un enfoque jurídico (G. Giuzio), y Vaz Ferreira y la filosofía del derecho contemporáneo: encuentros y desencuentros (O. Sarlo).

Revista de Informação Legislativa – Senado Federal/Brasília, N^{os.} 193 y 194/2012.

Del N^o 193, Las normas constitucionales programáticas y la reserva de lo posible (P. R. Lyrio Pimenta); Divergencias científicas y metodológicas en el derecho público y en el derecho ambiental (E. Fortunato Bim); La ley complementaria en el derecho brasileño (G. Carvalho), y ¿Un inmigrante es igual a un ciudadano nacional? Derecho comparado: modelos brasileño y europeo (M. de Lima). Del 194, La propiedad como derecho fundamental, notas introductorias (R. Stiefelmann); La (in)sustentable levedad del derecho internacional (M. A. Gumieri); Planeamiento y ordenamiento territorial en el sistema jurídico brasileño (D. M. dos Santos Dias); Del *ordo* a la *cognitio*. Modificaciones políticas y estructurales en la función jurisdiccional en Roma (G. C. Machado Cabral), y El derecho del consumidor en las relaciones virtuales (M. C. Silva, W. Fonseca dos Santos).

Iusta – Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Bogotá, N^o 34/2011.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Contencioso Administrativo y la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia (C. Duque Ayala, A. C. Martínez Cruz); La moción de censura. La misión de ejercicio de control político del constitucionalismo colombiano (S. P. Cortés), y Naturaleza jurídica de los contratos en las empresas sociales del Estado (Y. Wong Maldiris).

Anales – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, N° 41/2011.

De interés, La codificación del proceso administrativo italiano (F. G. Scoca); Responsabilidad y administración pública en México. Encuadre del tema y fundamentos constitucionales (L. G. Rodríguez); El rol del Tribunal Internacional del derecho del Mar en el sistema de solución de controversias de la convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (M. Cabrera); Daño nuclear (C. A. Villulla); La supervivencia de los delitos de sospecha, el caso del artículo 259 del Código Penal argentino (M. E. Macagno); Obligación natural: de la noción romana a la recepción en el Código Civil argentino con referencias al derecho civil francés y chileno (P. E. Zini); La propiedad intelectual en entornos digitales (N. L. Olivera); La identidad digital (E. Liceda), y Artigas y las Instrucciones Orientales del 13 de abril de 1813 (J. E. Aramburu).

Revista de Derecho Público – Universidad Nacional de Enseñanza a Distancia, Madrid, N° 82/2011 y 83, vols. 1 y 2/2012.

Del N° 8 de interés, La soberanía nacional en la Constitución de Cádiz (A. Torres del Moral); Justicia cívica (el artículo 6° de la Constitución española de 1812 (A. Sánchez de la Torre); Derechos y libertades en la Constitución de 1812 (R. Canosa), y El tratamiento religioso en la Constitución de Cádiz (C. Núñez Rivero). Del N° 83 vol. 2, La división de poderes en la Constitución de Cádiz de 1812 (M. L. Balaguer); Las Cortes y su relación con la Corona en la Constitución de Cádiz (A. Torres del Moral); La forma de gobierno en la Constitución de Cádiz, reflexiones sobre la configuración de la jefatura del Estado monárquico (R. Sánchez, G. Rollnert); La revolución constitucional en Cádiz a través de los decretos de Cortes (A. de la Iglesia Chamarro); El control de la actividad administrativa en la Constitución de Cádiz de 1812 (F. Navas Castillo); Los precedentes franceses y estadounidenses y su influencia en la rigidez constitucional de la Constitución española de 1812 (J. M. Vera Santos), y La defensa de la Constitución en los orígenes del constitucionalismo hispánico: la hiperrigidez constitucional (J. Tajadura).

EDICIONES IUS PUBLICUM

- **Ius Publicum – Revista semestral (marzo/septiembre)**

Dedicada a temas de derecho público y comparado, secciones de Estudios, Crónicas (actualidad), Jurisprudencia (comentada), Documentos y Recensiones y reseñas bibliográficas (de revistas jurídicas chilenas y extranjeras).

Valor \$ 20.000 suscripción anual = nacional
 US\$ 50 suscripción anual (envío correo aéreo certificado) = extranjero
 Números disponibles del 8 al 12 \$ 7.500; 13 y siguientes \$ 10.000.

- **Cuadernos IUS Publicum – Revista semestral (diciembre-junio)**

Dedicados a temas de derecho público, de carácter monográfico, con un menor volumen de páginas y referidos a la actualidad nacional

Valor \$ 10.000 suscripción anual = nacional
 US\$ 25 suscripción anual (envío por correo aéreo certificado) = extranjero

- **Conferencias Santo Tomás de Aquino – Publicación anual (noviembre)**

Contiene los textos de las Conferencias anuales que desde 1998 el Decanato de Derecho organiza sobre un tema jurídico de interés actual.

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
El derecho, un arte de lo justo	1998 (93 pp.)	Vial Larraín, Samper Polo, García-Huidobro, Madrid Ramírez y Guzmán Brito.	\$ 5.000
Derecho y familia	1999 (147 pp.)	Ginés Ortega, Soto Kloss, Domínguez Hidalgo, Echeverría Gálvez, Brito y Jensen Acuña.	\$ 7.000
Los derechos de la persona que está por nacer	2000 (146 pp.)	Ginés Ortega, Perreta Paiva, Martín Martín, Rodolfo Barra, Fernández González, Soto Kloss, Rubio Huidobro.	\$ 7.000
La mujer ante la sociedad y el derecho	2001 (114 pp.)	Ginés Ortega, García-Huidobro, Vivanco Martínez, Domínguez Hidalgo, Rodríguez Boente y Lazo Rodríguez	\$ 7.000
Moral y derecho, hoy	2002 (137 pp.)	Vial Larraín, Castaño, García-Huidobro, Martín, Ginés Ortega y Fontaine Aldunate	\$ 7.000
Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos	2003 (234 pp.)	Soto Kloss, Bocksang, Aguerrea, Lara y Aróstica.	\$ 18.500

Sanciones administrativas, camino de servidumbre	2005 (171 pp.)	Gómez de Pedro, Soto Kloss, Alcalde, Aróstica, Aguerrea y Arancibia	\$ 17.500
La responsabilidad del Estado-Administración	2006 (156 pp.)	Soto Kloss, Arancibia, Martínez Estay, Mertehikian, Valdivia y Aguerrea	\$ 17.500
Familia, sociedad y vida	2009 (192 pp.)	Murúa, Gómez de Pedro, Hernández, Castaño, Ortiz Quiroga y Soto Kloss	\$ 18.500
Familia, matrimonio y vida	2010 (276 pp.)	Del Río Alba, Corral Talciani, Gómez de Pedro, Martín, Besio y Soto Kloss	\$ 18.500

Valor (IVA incluido) + correo certificado nacional.

- **Monografías jurídicas**

Título	Año / Páginas	Autores	Valor
Derecho Administrativo Económico. Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado	Santiago de Chile. 2001 (181 pp.)	Iván Aróstica Maldonado	\$ 10.500
Índice de Revistas Jurídicas Chilenas 1982-2000. Temas de Derecho Público	Santiago de Chile. 2002 (145 pp.)	Eduardo Soto Kloss y Jaime Arancibia Mattar	\$ 5.000
Teoría tópica del derecho natural	Santiago de Chile. 2004 (140 pp.)	Francisco Puy	\$ 9.000
El derecho natural en la realidad social y jurídica	Santiago de Chile. 2005 (1.011 pp.)	Autores varios (S. Castaño - E. Soto Kloss editores): Soaje, Madrid, García-Huidobro, Ayuso, Casaubon, Ugarte Godoy, Massini, Widow, Tale, Lamas, Silva Abbott, Medrano, Hernández, entre otros.	\$ 26.000
Lecciones de derecho natural en sus antecedentes históricos	Santiago de Chile. 2007 (181 pp.)	Wolfgang Waldstein	\$ 17.500

