

# IUS PUBLICUM

---

Nº 33 / 2014



Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás





# IUS PUBLICUM

---

Nº 33 / 2014

Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

© Universidad Santo Tomás, 1998  
ISSN 0717- 4063

Impreso en  
*Andros Impresores*  
[www.androsimpresores.cl](http://www.androsimpresores.cl)  
Santa Elena 1955 - Santiago de Chile

IUS PUBLICUM

Publicación semestral de la Escuela de Derecho  
Universidad Santo Tomás

DIRECTOR:

Prof. Eduardo Soto Kloss

CONSEJO CIENTÍFICO:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

Prof. Aníbal Rodríguez Letelier

REPRESENTANTE LEGAL:

Patricio Cepeda Silva

Redacción y Administración de Ius Publicum  
Avenida Ejército 146 - 6° piso - Edificio Rectoría  
Santiago de Chile  
teléfonos 22-362 4929 - 22-362 4825 • fax 22-360 1376  
e-mail: 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. 16 N° 33

SEPTIEMBRE 2014

# ÍNDICE

## ESTUDIOS

DANIEL ALEJANDRO HERRERA: <i>En defensa de la racionalidad del derecho</i> .....	11
ÁNGELO ABRUNHOSA: <i>Ius Naturale-Ius Positivum: ¿Divergencia o convergencia? A la luz de la historia</i> .....	21
ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT: <i>Estado de Derecho y Rule of Law, una vez más</i> .....	41
GERMÁN MASSERDOTTI: <i>Carlos Alberto Sacheri y el orden social-político. Principios básicos y jerarquía de las funciones sociales</i> .....	65
MIGUEL AYUSO: <i>El problema de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos</i> .....	77
JUAN CARLOS FLORES RIVAS: <i>El derecho a la educación en el derecho chileno</i> .....	87
EDUARDO SOTO KLOSS: <i>¿Qué se entiende por “litigios con el Estado”?</i> .....	105
FRANCISCO JOSÉ PINOCHET CANTWELL: <i>Elementos ideológicos autoritarios en la Reforma Procesal Civil en Chile</i> .....	117

## IN MEMORIAM

MARCELO ELISSALDE MARTEL: <i>Carlos Cruz-Coke Ossa (1932-2014)</i> .....	135
FELIPE ROTONDO: <i>Mariano R. Brito (1930-2014)</i> .....	137

## CRÓNICA

<i>Reflexiones tomistas: MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO. Reflexiones éticas: PEDRO ABELLÓ, ERNESTO JULIÁ DÍAZ, JOSÉ IGNACIO CONCHA CASTRO, HERNÁN CORRAL T., JULIO ARÉCHAGA, ACEPRENSA. Reflexiones fuertes: Gonzalo Rojas Sánchez, Álvaro Pezoa Bissières, Luis Fernández Cuervo, Paul Wilson</i> .....	141-172
---	---------

## DOCUMENTOS

SANTO PADRE BENEDICTO XVI: <i>“Lectio Divina” en el Pontificio Seminario Romano Mayor. MAGISTERIO DEL PAPA FRANCISCO: Discurso a los participantes en el Congreso Internacional “La Libertad Religiosa según el Derecho Internacional y el Conflicto Global de los Valores”. Sala del Consistorio (Viernes 20 de junio de 2014) - Palabras durante el encuentro con los familiares de las víctimas de la criminalidad organizada y los voluntarios de la asociación “Libera”. Parroquia de San Gregorio VII, Roma (Viernes 21 de marzo de 2014) - Discurso a los miembros de la Asociación “Corallo”. Sala Clementina (Sábado 22 de marzo de 2014) - Discurso a los miembros del Consejo Superior de la Magistratura italiana. Sala Clementina (Martes 17 de junio de 2014) - Discurso a la delegación de la Oficina Internacional Católica de la Infancia (BICE) (Viernes 11 de abril de 2014) - Discurso a los participantes en la plenaria de la Congregación para la Educación Católica. Sala Clementina (Jueves 13 de febrero de 2014). Monseñor FELIPE BACARREZA RODRÍGUEZ, Obispo de Los Ángeles, Chile, explica la moral católica en materia de sexualidad - Sobre aborto, unión de personas del mismo sexo y adopción de niños por estas (Entrevista)</i> .....	175-197
--	---------

## ACTUALIDADES

ÁLVARO FERRER DEL V.: <i>Ideología de género. Un tsunami que afecta a Chile</i> .....	201
CARLOS A. CASANOVA: <i>Mi percepción sobre la "teoría de género"</i> .....	207
FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN: <i>Ideología de género. ¿Amenaza real al matrimonio y la familia?</i> .....	211
ERICKA FARIAS: <i>Una ideología de género</i> .....	221
NURIA CHINCHILLA: <i>¡No más lavado de cerebro en Noruega! Desmontan el mito de la ideología de género</i> .....	223
JUAN ROMERO: <i>¿Cómo legalizar cualquier fenómeno, desde la eutanasia hasta el canibalismo?</i> .....	225

## JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Santiago (16.8.2013) - Sernac con Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Héroes (Comentario de Erika Marlene Isler Soto) .....	231
Corte Suprema (9.12.2013) - Ojeda Uribe con Fisco de Chile (Gendarmería) (Responsabilidad del Estado) (Comentario de Eduardo Soto Kloss) .....	239

## RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIONES	
F. ATRIA, G. LARRAÍN, J. M. BENAVENTE, J. COUSO y A. JOIGNANT: <i>El Otro Modelo</i> (Lautaro Ríos Álvarez) .....	255
SACHERI, CARLOS: <i>Orden social y esperanza cristiana</i> (Jorge Martín Villalba, Héctor H. Hernández y Ricardo von Büren) .....	259
EDUARDO MARTÍN QUINTANA: <i>Aproximación a Gramsci</i> (Eduardo Soto Kloss) .....	260
JOHN FINNIS: <i>Philosophy of law. Collected essays: volume IV</i> (Felipe Widow Lira)...	264
MAX SILVA ABBOTT. <i>Bioética, una cuestión vital</i> (Eduardo Soto Kloss) .....	267
MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO: <i>Libertad en Ratzinger</i> (Pedro Morandé Court)...	273
RESEÑA DE REVISTAS .....	277
EDICIONES IUS PUBLICUM .....	281

ESTUDIOS



## EN DEFENSA DE LA RACIONALIDAD DEL DERECHO\*

*Daniel Alejandro Herrera\*\**

Esta primera *lectio brevis* con la que iniciamos el presente año académico no pretende ser una conferencia, ni un estudio pormenorizado y documentado del tema en cuestión, sino más bien se trata de una reflexión personal en defensa de la racionalidad del derecho, que en este momento pongo en común con ustedes, mis pares en el estudio y la enseñanza de nuestra disciplina. En primer lugar, tengo que realizar una defensa del título que elegí, o sea, una defensa de la defensa de la racionalidad del derecho, que es lo mismo que decir una defensa de una verdad de perogrullo. Es verdad, tengo que admitirlo, lo que voy a decir es algo tan evidente que no necesita demostración, es como tratar de explicar por qué el círculo es redondo. Sin embargo, quizás justamente por eso, porque es verdad, es en este momento como toda verdad el blanco principal de los ataques al derecho y a los hombres a través del “derecho”. En última instancia, es la cuestión de la verdad la que está en juego y es en defensa de esta verdad que trataré de realizar una exposición utilizando la dialéctica en una de sus funciones: la defensa de los principios frente a los impugnantes.

Decía hace un momento que hablar de la racionalidad del derecho es como señalar la redondez del círculo. A quién se le ocurriría negar algo tan evidente, ¿sí el derecho no es racional, entonces qué es? Cicerón ya decía hace muchos siglos que la naturaleza del derecho debíamos buscarla en la naturaleza del hombre, y esta justamente es racional (lo que nos permite distinguirnos de los otros seres irracionales) y también política como anteriormente había señalado Aristóteles. El hombre es un animal político (*zoon politikon*) porque es un animal racional (*zoon logotikon*). Aquí encontramos la esencia misma del derecho, tanto en su fundamento natural (derecho natural) como en su concreción positiva (derecho positivo), según el criterio de la justicia (dar a cada uno lo suyo), previa

---

\*Lectio Brevis pronunciada por el Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” en la reunión de Claustro Docente del 25 de abril de 2013.

\*\*Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, UCA (Buenos Aires).

determinación de la prudencia (*iurisprudencia*), que como tal rectifica la razón práctica para dirigir el obrar justo en orden al bien del hombre y de la polis. En este sentido, Tomás de Aquino afirma que el derecho (*ius/iustum*) es la misma cosa justa (*ipsa rem iustam*) y por eso es tanto objeto de la justicia (en el que termina el acto de realización de la justicia) por lo que se da al otro lo que le corresponde, como objeto de la prudencia (en el que termina el acto de determinación de la prudencia).

Esto ha sido pacíficamente reconocido por siglos como un legado greco-romano-cristiano, como también lo había sido el reconocimiento del derecho natural (lo que hacía innecesaria la defensa de su existencia) hasta la aparición del positivismo en la modernidad. Ahora bien, esta situación cambió. Por eso se hace necesaria tanto la defensa de los principios del derecho natural como de la racionalidad misma intrínseca en todo el derecho (natural y positivo).

Quizás si tuviéramos que buscar una palabra que resuma en qué se convierte el derecho cuando pierde el quicio de la racionalidad y de la justicia, esa palabra es *arbitrariedad*, donde el derecho deja de ser el objeto de la justicia y de la prudencia, para pasar a ser lo que la voluntad de alguno o algunos, por la fuerza, o por mayorías circunstanciales, ya sea legales o judiciales, determina como tal. Hay que recordar que el positivismo legalista dio lugar muchas veces a la *arbitrariedad legal* al quedar reducidos los contenidos de las normas jurídicas a la voluntad ilimitada del legislador de turno, que tuvo su versión más arbitraria y cruda en los regímenes totalitarios del siglo XX. De la misma manera, un positivismo judicial como el que se pretende desde una interpretación sesgada del nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional puede llevar a la *arbitrariedad judicial* si la función interpretativa de los jueces no se encuentra limitada por principios y reglas que no son disponibles a su exclusiva voluntad. A modo de ejemplo podemos señalar como un caso de arbitrariedad legal la sanción en nuestro país mediante una mayoría legislativa circunstancial, de la ley del llamado “matrimonio igualitario”, que no respetando la naturaleza intrínseca del matrimonio, necesariamente heterosexual, pretende equiparar al matrimonio situaciones de hecho diferentes, que como tales requieren regulaciones distintas. De la misma manera, mediante mayorías judiciales circunstanciales, la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el aborto para casos de violaciones, negando los legítimos derechos del *nasciturus*, principalmente su derecho a vivir, desconociendo incluso que científicamente está comprobado que la vida humana comienza desde el momento de la concepción producida en el instante de la fecundación. Igual desconocimiento científico ha evidenciado la mayoría circunstancial de la Corte Interamericana en su reciente fallo contra Costa Rica respecto del tema de la fecundación artificial. Esto no quiere decir que toda ley o pronunciamiento judicial sea arbitrario, pero si no se reconoce que hay en el derecho un núcleo indisponible incluso para las mayorías, todo el derecho queda potencialmente expuesto a la arbitrariedad.

Ahora bien, la arbitrariedad no debe limitarse a los ataques a la vida o a la familia (a los que hay que seguir oponiéndose y denunciando), sino que hay que extenderlo a todas las violaciones a la dignidad humana en cualquier etapa de la vida y respecto de todos y cada uno de los seres humanos, como las que se producen con las situaciones de miseria (que sería una denigración de la pobreza) y exclusión; de explotación, tanto infantil como también en los casos del trabajo esclavo o de trata de personas; respecto del tráfico de drogas y la delincuencia, etc. Es responsabilidad primeramente del Estado (en virtud de la justicia legal y distributiva), pero también de la sociedad combatir estos flagelos sociales. Por ejemplo, es realmente un grave pecado social, un verdadero crimen que en un país rico en producción de alimentos como el nuestro exista hambre y desnutrición en amplios sectores de nuestra población. Esto quizás no sea “políticamente correcto” decirlo, pero es verdad, y hay que decirlo. Es cierto que muchas de estas situaciones son resultado de un alto nivel de corrupción en el Estado, pero ni los funcionarios públicos son extraterrestres que nos invadieron y sometieron, sino que salieron del seno de nuestra sociedad, ni la corrupción es exclusiva de estos, porque si alguien recibe una coima, hay otro que la paga. Tenemos que partir de un buen diagnóstico que alcance no solamente al Estado sino a los distintos estamentos de la sociedad, de esa misma sociedad que por otro lado en su gran mayoría trabaja ardua y silenciosamente sin ser noticia y ante la adversidad y la catástrofe, como ha sucedido recientemente, da muestras de solidaridad y de compasión (en el sentido de sentir con el otro), que alienta la esperanza para un futuro mejor. En nuestra sociedad tenemos las dos facetas. Un buen diagnóstico que abarque también estas cuestiones sociales que afectan la dignidad humana en sus distintas manifestaciones (recordemos que la cuestión social moderna ha sido el eje de la respuesta de la Iglesia a través de su doctrina social). Porque no hay ni puede haber dos agendas separadas (una de vida y familia y otra social), porque el hombre es uno, en su vida y en su dignidad.

Volviendo a nuestro tema original respecto de la racionalidad del derecho, la primera pregunta que surge es ¿cuándo se produce este cambio de perspectiva que señalamos?, ¿cuándo deja de reconocerse la racionalidad del derecho? Creo que la respuesta correcta es: cuando se produce *un giro al voluntarismo*, por el cual el derecho deja de ser lo ordenado por la razón al bien común, para pasar a ser un producto de la voluntad, un *poder*, ya sea del gobernante, ya sea del individuo. En otras palabras, en la modernidad se produce un *corrimiento* o *desplazamiento* de la noción del derecho desde la misma cosa justa como objeto de la justicia y de la prudencia, hacia la ley por un lado y hacia el derecho subjetivo por el otro. En el primer caso, simultáneamente también se produce un giro desde la noción clásica de ley como ordenamiento de la razón al bien común, hacia la noción moderna como poder de la voluntad del

legislador. De la misma manera, el derecho subjetivo deja de ser aquello que le corresponde al sujeto según justicia, para pasar a ser el poder de la voluntad del individuo.

Por eso no es casual que el voluntarismo político y jurídico tenga su origen en un previo voluntarismo teológico como el que propugna Guillermo de Occam al mostrar a Dios como un gran mandón que si quisiera podría abolir no sólo los preceptos de la segunda tabla (los mandamientos hacia el prójimo), sino incluso los de la primera tabla (los mandamientos hacia Dios mismo), mandando odiarlo y en ese caso sería bueno hacerlo<sup>1</sup>. De esta manera se lleva la contradicción misma hasta Dios, oponiendo su voluntad a su inteligencia, su querer a su Logos. Pero esta dicotomía no puede darse en Dios en virtud de su simplicidad y perfección, por la cual no puede haber contradicción entre su conocer y su querer, entre su Logos y su Amor, porque el Logos de Dios, su misma palabra hecha carne, es Amor.

Ahora bien, esta contradicción, esta dicotomía sí puede darse en el hombre cuando su voluntad se “independiza” de su razón, cuando su querer se “libera” de su conocer, en última instancia, cuando su poder se separa de su verdad, de la verdad del hombre y de su fundamento en la Verdad de Dios. Efectivamente es también en Occam cuando se produce el mismo giro voluntarista respecto del derecho, que deja de ser aquello que es justo, para pasar a ser un poder de la voluntad, una *potestas*, aunque todavía sometida al poder de Dios (*potestas divina*), ligadura de la que el hombre se va a liberar posteriormente en virtud de un falso humanismo secularista y laicista (no todo humanismo lo es). Al respecto dice Michel Bastit: “Particularmente Michel Villey mostró de manera convincente que la concepción del derecho como poder del individuo marca un hito decisivo en la historia del pensamiento jurídico que debemos a Guillermo de Occam. Esto nos incita a pensar que, si hay un advenimiento del derecho como poder, de alguna manera, como consecuencia debe haber advenimiento de la ley como mandato separado del orden de las cosas”<sup>2</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, es recién cuando el voluntarismo se une al positivismo filosófico y jurídico, que se convierte en un poder separado de la racionalidad, en un irracionalismo que excluye la atribución a las normas de los valores de verdad y falsedad. El verdadero padre de esta unión del voluntarismo y el positivismo es Hobbes, para quien el derecho natural, según afirma Kalinowski: “Es el derecho que permite al hombre (a fin de proteger su existencia poniendo fin a la guerra de todos contra todos) realizar el contrato social fuente de la sociedad política, del Estado, y con el de la ley humana. Esta única ley se origina en un acto de voluntad,

---

<sup>1</sup>Cfr. Kalinowski, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*. Buenos Aires. Eudeba. 1979, 7.

<sup>2</sup>Bastit, Michel, *El nacimiento de la ley moderna*. Buenos Aires. Educa. 2005, 33.

de la voluntad del poder político en primer lugar y en último término en el de todos los autores del contrato social. Es en efecto, una ley positiva, la ley positiva, desde que a partir de la 'muerte' de Dios han desaparecido tanto la ley positiva (revelada) como la ley natural. En esta forma la teoría moderna del contrato social conlleva el voluntarismo jurídico"<sup>3</sup>.

De esta manera, en la autonomía de la voluntad podemos distinguir dos dimensiones: 1) La *autonomía individual*: que Kant la expresa en su imperativo categórico "*obra de tal manera que tu obrar pueda ser tomado como ley universal*"; 2) La *autonomía política*: que se alcanza mediante el consenso o convención de los hombres que al ejercer su autonomía se autoobligan a través del acuerdo. Una y otra de estas dimensiones tienen su manifestación exacerbada. La primera, cuando el imperativo categórico kantiano es sustituido por un nuevo imperativo: "*obra como quieras pues no hay ley universal que pueda limitar tu deseo o querer soberano*", reflejo del imperio del relativismo moral y cultural actual que escandalizaría al propio Kant y su férrea moral deontológica. La segunda, cuando mediante el consenso político se impone el pensamiento "políticamente correcto", obligando al disidente a ser "libre" al acatar a la voluntad general como decía Rousseau. El problema reside cuando la autonomía política se opone a la autonomía personal: ¿cuál prevalece? Esta es la cuestión que en otro contexto Habermas le critica a Rawls al señalar que en su construcción del Estado de Derecho coloca los derechos básicos liberales (autonomía individual) por encima del principio democrático de legitimación (autonomía política) que según el filósofo alemán sería la única fuente de fundamentación.

Entonces, ¿puede la autonomía de la voluntad fundarse sobre sí misma? ¿Es realmente autónoma la voluntad o requiere el discernimiento previo del intelecto? ¿Es el fundamento de toda normatividad o supone la existencia de normas dadas que el hombre descubre por la recta razón? Esta es en última instancia la *cuestión central* de la ética, la política y el derecho. Aquí reside el problema del voluntarismo ético, político y jurídico, que reconoce como antecedente el voluntarismo teológico (Occam), como vimos. De esta manera, el *voluntarismo ético* pone el acento en la voluntad soberana del individuo y de su libre querer no limitado por nada ni nadie; el *voluntarismo político* en la voluntad del poder que como *potestas* busca su propio acrecentamiento, divorciándose de la *autoritas* que busca el bien de la comunidad y el *voluntarismo jurídico* en la voluntad del legislador, sea este constituido o constituyente sin reconocer ningún principio, norma o realidad más allá del derecho puesto por la voluntad del poder.

Como ha señalado claramente Benedicto XVI en el famoso discurso de Ratisbona, este divorcio entre razón y voluntad se produce cuando la razón se reduce a una sinergia entre matemática y método empírico y por

---

<sup>3</sup>Kalinowski, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, cit., 7.

tanto “los interrogantes de la religión y de la ética no pueden encontrar lugar en el espacio de la razón común descrita por la «ciencia» entendida de este modo y tienen que desplazarse al ámbito de lo subjetivo. El sujeto, basándose en su experiencia, decide lo que considera admisible en el ámbito religioso y la «conciencia» subjetiva se convierte, en definitiva, en la única instancia ética”<sup>4</sup>. La misma suerte corren los interrogantes sobre el derecho y no sólo los de sus distintas concreciones históricas, que en muchos aspectos necesariamente serán diferentes, en virtud a las distintas circunstancias de tiempo y lugar, sino que también afecta a los principios mismos, que anclados en la naturaleza misma del hombre constituyen el fundamento de validez de todo el derecho (natural y positivo).

Así el pensamiento sistemático “more geométrico” del positivismo jurídico dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del XX, sin perjuicio de postular el voluntarismo respecto de los contenidos del derecho, pretende realizar esa sinergia entre matemática y método empírico a fin de construir la ciencia jurídica bajo los cánones del pensamiento científico por entonces vigente (quizás el más preclaro exponente, aunque no el único, haya sido Hans Kelsen). Frente a esto surge una reacción en el pensamiento jurídico desde la revalorización de los tópicos y la dialéctica como el método adecuado para el conocimiento del derecho, reacción que recibimos con agrado y firme adhesión. El punto de partida lo podemos ubicar a partir de la década del 50, puntualmente el 21 de julio de 1950 cuando Theodor Viehweg dicta en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Maguncia su conferencia sobre “Tópica y axiomática en la jurisprudencia”, cuyo contenido central luego lo publicó en su famoso libro *Topik und Jurisprudenz* de 1952, donde propone como técnica para la elaboración de la jurisprudencia, un retorno al viejo método tópico ya expuesto por Aristóteles y puesto en práctica por el derecho romano<sup>5</sup>.

En la misma línea, aunque con diferencias de matices, podemos mencionar a Esser<sup>6</sup>, Larenz<sup>7</sup>, Engisch<sup>8</sup>, Struck<sup>9</sup>, Perelman<sup>10</sup>, Recasens Siches<sup>11</sup> y

---

<sup>4</sup>Benedicto XVI, “*Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones*”, Ratisbona, Alemania, 12 de septiembre de 2006. Se puede consultar en [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>5</sup>Cfr. Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid. Ed. Taurus. 1986.

<sup>6</sup>Esser J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt. Athenäum Verlag. 1970.

<sup>7</sup>Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlín. 1968.

<sup>8</sup>Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona. Eunsa. 1968.

<sup>9</sup>Struck, Gerhard, *Topische jurisprudence*. Frankfurt. Athenäum Verlag. 1971.

<sup>10</sup>Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid. Ed. Civitas. 1979; Perelman, Ch. y L.Olbrechts-Tyteca, *Teoría de la argumentación-La nueva retórica*. Madrid. Gredos. 1994.

<sup>11</sup>Recasens Siches, L., *El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica*, Diánoia. México. 1955, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*. FCE. Unam. México. 1971.

al mismo Villey<sup>12</sup> por solo nombrar algunos de los más importantes. Todos estos autores distinguen dos tipos distintos de razonamientos o silogismos: 1) el *sistemático* propio de la ciencia que se centra en la demostración y partiendo de premisas necesarias alcanza conclusiones apodícticas, o necesarias conteniendo la verdad sin defecto (segundos analíticos de Aristóteles); 2) el *dialéctico* que se centra en el pensamiento sobre problemas (aporías) a los que aborda desde distintos lugares comunes o específicos (tópicos) que constituyen el punto de partida de la argumentación que partiendo de opiniones probables, llega a conclusiones también solamente probables o aporéticas (tópica aristotélica). Luego de coincidir en esta cuestión básica, cada uno desarrolla su propio pensamiento difiriendo en distintos aspectos, como ser en cuáles deben ser los tópicos de los que parte el razonamiento jurídico, pues mientras para algunos se trata de retomar los viejos tópicos de Aristóteles o los más específicos jurídicos del derecho romano y de Cicerón, para otros estos deben ser dejados de lado<sup>13</sup>, o reemplazados por otros nuevos constituyéndose verdaderos catálogos<sup>14</sup>.

Es así que con el fin de diferenciarse del pensamiento sistemático del positivismo jurídico se ha generado dentro de los sostenedores del pensamiento aporético, una especie de oposición entre el *logos de lo razonable* (como lo bautizó Recasens Siches) aplicable al conocimiento práctico y el *logos de lo racional* que quedaría reducido al pensamiento lógico-matemático del conocimiento teórico, olvidando a veces por un exceso de acentuación, que lo razonable, por el hecho de serlo también es racional, en cuanto a que en ambas dimensiones hay *logos*.

---

<sup>12</sup>Villey, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Tomo II, Pamplona. Eunsa. 1981; *Método, Fuentes y lenguaje jurídicos*. Buenos Aires. Gherzi. 1978.

<sup>13</sup>Recasens Siches, *Experiencia* cit. 519. "Ahora bien, en mi opinión, yo estimo que las dimensiones principales, paradigmáticas, recomendables y acertadas de ese tipo de pensamiento sobre el contenido de las normas del Derecho Positivo son las que se refieren a la dialéctica, entendida esta como deliberación, a la argumentación, en suma, al pensar aporético, o sea al pensamiento sobre los problemas, pensamiento que arranca de un complicado y pormenorizado análisis de los componentes de esos problemas prácticos de conducta y de decisión en la humana existencia. Pero, en cambio, considero que por lo menos en gran parte debe estimarse anacrónico cualquier intento de hacer revivir las tópicos empleadas en la Antigüedad y en el Medioevo. A mi entender, la médula del tema radica no en las tópicos de Aristóteles, Cicerón y otros, sino en el punto de que ellas fueron una especie de instrumento auxiliar al servicio del pensamiento sobre problemas, del pensamiento aporético, como algo diferente e incluso de dirección contraria al pensamiento de índole puramente sistemática. En cambio, pareceme que tiene un valor permanente el insistir sobre el diálogo, sobre el debate, sobre la confrontación de las diferentes argumentaciones, sobre el aquilatar cada uno de los argumentos, sobre el atribuir a cada uno de ellos el sentido, el papel y el alcance que le corresponda. Para eso, los antiguos y los medievales recurrieron a la tópica, como un instrumento útil y servicial. Pero la tópica antigua y la medieval constituyen solamente eso: instrumentos accidentales históricos, que prestaron importantes servicios auxiliares, pero que no tienen por qué ser considerados como un método permanente o necesario, ni como un repertorio fijo".

<sup>14</sup>Struck, Gerhard, *Topische...* cit., 20/34 donde elabora un catálogo de 64 tópicos jurídicos.

De la misma manera se generó una falsa opción entre *silogismo si* o *silogismo no*. Entendemos que la cuestión no pasa por la estructura formal del razonamiento. En todo ámbito del pensar humano hay necesidad del silogismo para pasar de una verdad a otra. El problema se centra en la materia del silogismo, o sea, de qué premisas parto (verdaderas o probables) y cómo las obtengo (a partir de otras más generales por deducción o de la realidad concreta por inducción), por eso, ya Aristóteles había resuelto el problema, pues mientras el silogismo de demostración se funda en verdades necesarias, en el dialéctico lo hago desde premisas solamente probables, lo que en un caso y en el otro me llevará a distintos grados de verdad en las conclusiones: certeza en la demostración y probabilidad en la dialéctica, reconociendo como límite de su dialecticidad, justamente a los principios, de los que sí puedo tener evidencia y certeza y por tanto constituyen el fundamento de la verosimilitud y probabilidad de las afirmaciones dialécticas<sup>15</sup>. Pero en ambas hay silogismo.

Ahora bien, el problema central no es cuál es la lógica que correspondía o cuál es el método aplicable, pues tanto una (la lógica) como el otro (el método) son tributarios del objeto del conocimiento, en este caso del derecho. En otras palabras, el problema central se refiere a los contenidos jurídicos y de dónde los obtengo: del mero voluntarismo del poder o del ordenamiento que descubrimos racionalmente en la misma realidad o naturaleza de las cosas y que completamos y complementamos con un fin de determinaciones prudenciales tanto legales como individuales y judiciales.

Justamente respecto del problema crucial del discernimiento y fundamento del derecho, vuelvo a citar al entonces Cardenal Ratzinger en una brillante conferencia sobre la crisis del derecho pronunciada el 10 de noviembre de 1999 con ocasión de serle conferido el grado de doctor honoris causa en derecho por la Facultad de Derecho de la universidad italiana LUMSA, donde señala dos riesgos actuales del derecho:

- 1) El “final de la metafísica” que en amplios sectores de la filosofía moderna se viene dando como un hecho irreversible, y que ha conducido al positivismo jurídico que hoy ha cobrado sobre todo la forma de teoría del consenso como fuente del derecho. Si la razón no está ya en situación de encontrar el camino a la metafísica, sólo quedan para el Estado las convicciones comunes de los ciudadanos, concernientes a valores, las cuales convicciones se reflejan en el consenso democrático. No es la verdad la que crea el consenso, sino que es el consenso el que crea no tanto la verdad cuanto los ordenamientos comunes. La mayoría determina qué es lo que debe valer (estar vigente) como

---

<sup>15</sup>Cfr. Aristóteles, *Tópicos*, Libro 1º, cap. 1º; *Tratados de Lógica-El Organon*. México. Porrúa, 223.

verdadero y como justo. Y eso significa que el derecho queda expuesto al juego de las mayorías y depende de la conciencia de los poderes de la sociedad del momento, la cual conciencia viene determinada a su vez por múltiples factores. En este sentido cito: *“Si tanto poder tiene la opinión o la voluntad de los insensatos, como para poder, por sus votos, trastornar la naturaleza de las cosas ¿por qué no habrían de decidir que lo que es malo y dañino se tuviera por bueno y saludable? ¿O por que aún, ya que la ley podría crear el derecho de la injusticia, no podría asimismo crear el bien con aquello que es mal? En cuanto a nosotros, nos es imposible distinguir la ley buena de la mala de otro modo que con la naturaleza como norma (....) Pensar que todo esto se funda en la opinión y no en la naturaleza, es propio de un demente”*<sup>16</sup>. Esta cita, tan actual, no es de Ratzinger, sino de Cicerón.

- 2) la disolución del derecho a causa del empuje de la utopía, que parece menos actual de lo que era hace unos veinte años (decía Ratzinger hace 15 años) cuando había tomado forma sistemática y práctica en el pensamiento marxista. El punto de partida es aquí la convicción de que como el mundo presente es un mundo de opresión y de falta de libertad, ese mundo tiene que ser sustituido por un mundo mejor que, por tanto, hay que planificar y realizar. Esta imagen de la nueva sociedad se convierte en verdadera y única fuente del derecho; por tanto, moral y jurídico es aquello que sirve al advenimiento del mundo futuro. Y con base en este criterio, en esta lógica se ha venido elaborando el terrorismo, que se considera plenamente como un “proyecto moral”; el homicidio y la violencia aparecen como acciones morales porque están al servicio de la gran revolución. También aquí se ha dado por descontado el “fin de la metafísica”, y lo que queda en lugar de ella es en este caso no el consenso procedimental de los contemporáneos, sino el modelo ideal que representaba el mundo futuro<sup>17</sup>.

Hoy estamos asistiendo a una nueva etapa del Estado de Derecho en el marco del proceso de globalización en que nos encontramos inmersos, donde se producen tensiones entre los procesos de integración regional y mundial por un lado y la crisis (no desaparición) de la también moderna noción de soberanía nacional de los Estados por el otro. Por eso, un nuevo planteo de la cuestión es cómo, en una sociedad global con sus mecanismos de poder y con sus fuerzas desencadenadas, así como con sus diferentes puntos de vista acerca del derecho y la moral, es posible encontrar una evidencia eficaz con suficiente capacidad de motivación y

---

<sup>16</sup>Cicerón, *De Legibus*, I, 43,45.

<sup>17</sup>Cfr. Ratzinger, Joseph, *La crisis del derecho*, 10 de noviembre de 1999.

autoridad para dar respuesta a los desafíos de hoy y ayudar a superarlos<sup>18</sup>. De esta manera se relaciona la cuestión de la verdad con la cuestión del poder, no la de su existencia que es irrefutable sino la de sus límites morales y jurídicos como ya señalara Romano Guardini hace más de medio siglo<sup>19</sup>. En última instancia, afirma lo que es la perenne cuestión sobre el bien y el mal.

El camino para superar estas dificultades es el *diálogo*, que en sí mismo no se opone ni a la verdad, ni a la razón, sino que justamente como lo dice la misma palabra los supone, porque *diá-logo* es el mismo logos común a todos los hombres en movimiento recíproco (entre ellos) hacia la verdad común, más allá de las diferencias que se dan en el marco de las distintas culturas. Este fundamento común y no los consensos accidentales (que es bueno que existan en la medida que no contradigan ese fundamento común) es lo que permite un auténtico y necesario diálogo intercultural (incluyendo la dimensión religiosa al ser la religión el corazón mismo de la cultura), que poniendo más el acento en aquellas cosas que tenemos en común (la racionalidad, la libertad, la politicidad, en última instancia la humanidad), que en aquellas que nos diferencian, y que sin suprimir las múltiples y diversas manifestaciones culturales que enriquecen la vida del hombre, permita una integración e interdependencia sin que se tenga que renunciar a la propia identidad cultural y a las propias convicciones. Por eso, es más apropiado el término *interculturalidad* que funda lo diverso en lo común, que *multiculturalidad* como pretende imponerse, que disuelve más bien lo común en el “altar” de lo diverso.

En este contexto, tenemos que ubicar la lucha actual por el derecho. Entre el problema del desarrollo del poder y de los poderes desencadenados (políticos, científicos tecnológicos, económicos, individuales, etc.) y la siempre actual cuestión de la verdad del hombre con su fundamento trascendente, de su ser, tanto en su dimensión personal como social. En esta tensión, nuestro deber y desafío es defender y propender la verdad y la justicia. Defender y propender la razón y el derecho. O lo que es lo mismo, defender y propender la razón del derecho.

---

<sup>18</sup>Ratzinger, Joseph, “Las bases premorales del Estado Liberal”, diálogo con el filósofo Jürgen Habermas en la Academia de Baviera, enero 2004, La Nación, 28 de junio de 2005.

<sup>19</sup>Cfr. Guardini, Romano, *El Poder*. Ediciones Cristiandad. Madrid. 1981, 101.

## IUS NATURALE-IUS POSITIVUM: ¿DIVERGENCIA O CONVERGENCIA? A LA LUZ DE LA HISTORIA

Ángelo Abrunhosa\*

SUMARIO: 1. Razón de la elección del tema. 2. Estructura del trabajo. 3. De la Jurisprudencia Romana Clásica a la Jurisprudencia de la Baja Edad Media. 4. El *ius civile* y el *ius canonicum*. 5. De la Jurisprudencia Humanista a la Jurisprudencia Iluminista. 6. Hegemonía del *jusnaturalismo*, hasta el siglo XIX; hegemonía del *juspositivismo*, desde principios del siglo XIX. 7. Dialéctica *jusnaturalista* y *juspositivista* en los siglos XIX y XX. 8. ¿Y, cuál es la idea de Derecho en la actualidad? 9. Los dos grandes modelos de la Ciencia Jurídica en Occidente: La Jurisprudencia Romano-Germánica y la Jurisprudencia Anglosajona. Conclusión.

### 1. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

En Derecho es común decir *ubi societas ibi ius*, esto es, no hay, ni nunca hubo, sociedades o pueblos sin su derecho vivido.

Coinciden, los Profesores Puy y Otero en reflejar esta realidad en su obra *Una Concepción Prudencial del Derecho*<sup>1</sup>, en la que afirman que salta a la vista que el Derecho no es, ni fue nunca, una realidad abstracta fija, estática, inmóvil; sino, al contrario, siempre asumió y continúa asumiendo la experiencia, los fenómenos jurídicos, las personas, las cosas, los negocios, que constantemente evolucionan y cambian la realidad vivida. De modo que los derechos son cosas, son poderes, son facultades, son libertades y son intereses.

Como el fenómeno jurídico se produce siempre sobre cosas reales y concretas, y no sobre grandes teorías o conceptos abstractos, elegimos el tema *jus naturale / jus positivum: ¿divergencia o convergencia?* que nos permite mirar hacia el Derecho vivido, en consonancia o disonancia como el Derecho abstracto, concluido o construido.

---

\*Profesor Adjunto del Instituto Politécnico de Leiria. Portugal. Traducido por la Dra. Milagros Otero Parga, Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela (España).

<sup>1</sup>Editorial Tecnos. Madrid. 2012.

Es eso lo que vamos a ver, primero analizaremos la convergencia del Derecho Positivo con el Derecho Natural, sin *ismos* que dificulten nuestra labor, y después nos adentraremos en la acentuada divergencia de los *ismos*.

Lo haremos primero sin *ismos*, porque la *antítesis jus positivum-jus naturale* aparece hacia 1150; fue un descubrimiento de la *jurisprudencia escolástica románica*, al contraponer el *jus divinum naturale* al *jus divinum positivum*, esto es, el Derecho Divino natural al Derecho Divino revelado<sup>2</sup>.

Ya se ve que no podía el Creador divergir de la obra creada.

En el siglo XVI tenemos ya un “*ismo*”, como el “*humanismo*”; o el modelo de la jurisprudencia humanista en la naturaleza; el intelectual medieval, clérigo, normalmente fraile, desarrollaba su trabajo en la Orden o en la Universidad, de matriz *teocéntrica* y *teológica* –*parebat Deo*– se sometía a lo Divino.

Ya en el Renacimiento, el intelectual es un humanista, hombre de mundo, secular, que interpreta el mundo atendiendo el regreso al carácter ejemplar de la Antigüedad, a la teoría platónica del conocimiento y a los ideales de ahí surgidos; tenemos un nuevo modo de ver la naturaleza, como dice Julián Marías<sup>3</sup>, pero no sucede lo mismo con la respuesta a la pregunta siempre candente sobre un conocimiento libre de presupuestos ético-religiosos.

A través de la búsqueda del sentido original de las fuentes hebreas y griegas, sin la mediación de la *vulgata*<sup>4</sup> y de la enseñanza de la Iglesia, los humanistas provocarán la *Reforma*; igualmente, negarán el acceso al Derecho Romano, de la Antigüedad, a través de las autoridades medievales, cambiando la ignorancia filológica y antiquarista de Bartolo y Baldo.

Una cosa es cierta, como dice Cabral de Moncada<sup>5</sup>, la Historia Moderna comienza a mediados del siglo XV, con los llamados *Humanismo* y *Renacimiento*.

Mientras en la Edad Media se afirmaba la primacía de la ética cristiana sobre los impulsos y las necesidades particulares de los Estados, pues dentro de la *Respublica Christiana* se propendía hacia la subordinación ideológica del Estado al Derecho, de la inmanencia de la vida a la trascendencia de una idea, esta situación cambia ahora, destruida o fuertemente ligada al concepto político de la Cristiandad. De modo que la relación que tendía

---

<sup>2</sup>Puy Muñoz, Francisco; Otero Parga, Milagros, *Jurisprudencia Dialéctica*. Madrid. Editorial Tecnos. 2012, 57.

<sup>3</sup>Marías, Julián, *Historia da Filosofia*, 3ª Ed. Port. (trad. de la 13ª ed. Española). Porto, 1973, 272.

<sup>4</sup>Los humanistas apuntaban algunos errores en la traducción de San Jerónimo, conocida por *vulgata*; pero el Concilio de Trento (1545-1563) decidió que la *vulgata* era texto auténtico del Libro Sagrado. Vd. Almeida, Fortunato de, *História da Igreja em Portugal*, t. III, p. II. Coimbra, 1915, 65.

<sup>5</sup>Moncada, Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, 93 ss.

a prevalecer era la inversa asentándose el predominio del Estado sobre el Derecho.

En otras palabras, si en la Edad Media se empezaba, ideológicamente, por constituir y fundar el Derecho como emanación de una ley natural consustanciada, como una Inteligencia o una Bondad Divinas, ahora, por el contrario, se prima el Estado, la vida y sus exigencias. Más adelante se intentará construir un nuevo Derecho Natural, cuya idea central ya no es la de Dios, como en la escolástica, sino la del propio hombre.

Comienza con el *Humanismo*, un desenvolvimiento que conducirá a un nuevo Derecho Natural, cuya última expresión la encontraremos en las diferentes combinaciones del racionalismo de los siglos XVII y XVIII.

Fue la *Jurisprudencia Ilustrada*, como observan los Profesores Puy y Otero<sup>6</sup>, la que de manera sistemática desarrolló en la Historia del Derecho la contraposición dialéctica entre las dos concepciones del Derecho Natural: la *antigua*, que la tradición católica había desenvuelto sobre los textos paganos de Platón, Aristóteles, Cicerón, Séneca, Gayo y Ulpiano; y sobre los textos cristianos de San Pablo, San Agustín, San Isidoro y Santo Tomás; y la concepción *moderna* elaborada por los cristianos reformados Hugo Grocio (1583-1645) y Samuel Pufendorf (1632-1694).

Entre los representantes más notables del que se puede considerar un *historicismo jurídico* incipiente en el ámbito de la *Jurisprudencia Ilustrada*, conviene recordar, entre otros, a Christian Thomasius (1655-1728) y Gian Battista Vico (1668-1743).

No obstante la inclinación juspositivista, desde el siglo XVI se desarrolló a mediados del siglo XX en el binomio *jusnaturalismo-juspositivismo*, con tendencias extremistas, en las que unos niegan y otros afirman que no hay más ley que la ley del Estado.

Éste es el núcleo de la obra, de los referidos Profesores Puy y Otero, que vamos a comentar.

## 2. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

La Historia es un tópico fundamental para la comprensión prudencial del Derecho, porque la realidad jurídica es una realidad humana e histórica.

Como el Derecho no es una realidad inmóvil sino, por el contrario, constantemente evoluciona en consonancia como la experiencia vivida, vamos a acompañar, sumariamente, esa evolución, desde la jurisprudencia romana hasta la jurisprudencia modernista, hasta la primera mitad del siglo XX, anunciando incluso la evolución posterior, en la segunda mitad del siglo XX y ya entrado el siglo XXI.

---

<sup>6</sup>Puy Muñoz, Francisco; Otero Parga, Milagros, *Una Concepción Prudencial del Derecho*, cit. 108.

En nuestro estudio podremos observar que en la segunda mitad del siglo XX casi desaparece el historicismo jurídico<sup>7</sup>.

### 3. DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA CLÁSICA A LA JURISPRUDENCIA DE LA BAJA EDAD MEDIA

Comenzaremos por el análisis de nuestra Historia; sabemos que la conquista romana de los pueblos de la Península Ibérica no fue fácil ni rápida; iniciada en 219 a.C., solo puede considerarse concluida en 19 a.C. De modo que ocupó más de dos siglos, siendo más rápida en el Sur que en el Norte.

Durante el largo período de la presencia de los romanos en esta tierra, más o menos ochocientos años<sup>8</sup>, se produjo un intenso proceso dialéctico de aculturación, traducido en la adopción de la lengua, de las costumbres y de las instituciones de Roma por los pueblos indígenas y, recíprocamente, aunque con menor intensidad, en la adaptación de los romanos a los usos y costumbres locales.

No es poco importante el hecho de que en el siglo V, cuando comienza la Edad Media, con las invasiones germánicas y la caída del Imperio Romano de Occidente, todos los habitantes de la Península ya hablaban latín y tenían hábitos romanos<sup>9</sup>.

¿Cómo se produce esa romanización en el ámbito jurídico? En el campo del Derecho es diferente; inicialmente, solo se regían, totalmente, por el Derecho Romano los ciudadanos llegados de Italia y algunos elementos, socialmente más importantes, de las poblaciones indígenas, puesto que habían recibido la ciudadanía romana<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup>Puy-Otero, Milagros, *Una concepción*, 109.

<sup>8</sup>Este período se alarga si tenemos presente que las últimas autoridades romanas solo fueron expulsas del Algarve, por los visigodos, en 620 d.C., ya en tiempos del Imperio Romano de Oriente.

<sup>9</sup>El Imperio Romano estaba fragmentado en dos, en 395 d.C.: el Imperio Romano de Occidente y el Imperio Romano de Oriente. Como vimos, el Imperio Romano de Occidente cayó en 476 d.C., con las invasiones bárbaras, y el Imperio Romano de Oriente cayó en 1453, con la toma de Constantinopla por los turcos.

La religión cristiana en estos dos imperios y la Iglesia Oriental se separaron de Roma en 1054 surgiendo la *Ortodoxa*.

<sup>10</sup>El Estado Romano alargó su territorio al Sur, conquistando la primera provincia –Sicilia– en 242 a.C.

Inmediatamente surgió un orden jurídico –el *Ius Gentium*– que el Pretor Peregrino creó, de acuerdo con las exigencias naturales, inespaciales, atemporales de los extranjeros, los no ciudadanos.

De tal manera que, cuando el Edicto de Caracala, en 212 d.C., extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, *formalmente*, el *ius gentium* desapareció, pero apareció, *materialmente*, como *Derecho Natural*.

La romanización jurídica se verifica durante tres siglos; en 212 d.C. es cuando Caracalla concedió a todos los habitantes del Imperio la ciudadanía romana y, oficialmente, la Península comenzó a regirse por el *ius civile*.

Digo *oficialmente*, porque, *de facto*, esto no sucedía; las poblaciones rurales se mantenían cercanas a las tradiciones y solo superficialmente se romanizarían; de modo que continuaron defendiendo las tradiciones jurídicas que defendían sus derechos en términos de Justicia.

Los visigodos, aprovechando el caos creado por la caída del Imperio Romano de Occidente<sup>11</sup>, ocuparán, sistemáticamente, la Península, fijando la capital en Toledo, aunque nunca lograron una germanización, en el sentido en que se había producido antes la romanización.

Por el contrario, a partir de la conversión de los visigodos al catolicismo, en 589, y a través de la acción de San Isidoro, Obispo de Sevilla, la Iglesia intervino en la redacción de las leyes, sancionando las más importantes y los reyes promulgaron las leyes aprobadas en los Concilios.

El Derecho Canónico, en el aspecto fundamental, pasó a ser aplicado en toda la Península, con excepción de algunas regiones no sometidas por los visigodos al Norte y que todavía se regían por el Derecho propio.

El Código Visigótico, publicado cerca de 654 d.C., revela bien la influencia de los principales universos jurídicos que influyeron en él. Me refiero al Derecho Natural y a las Costumbres. Ordenados estos elementos son los siguientes:

- el *Derecho Romano*, o sea, el de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, junto con la obra de notables juristas romanos clásicos como Gaio, Pablo, Ulpiano y Modestino;
- el *Derecho Canónico*; y
- el *Derecho Germánico*, siempre vivido por los pueblos germánicos.

---

Más tarde, Constantino, en 313, por el Edicto de Milán, reconoció que la libertad era un derecho natural de los cristianos y les concedió la libertad religiosa.

Los sentimientos religiosos de Constantino llevaron a que Bizancio diese origen a la ciudad de Constantinopla, más tarde denominada Estambul, cuando cayó en poder de los turcos.

<sup>11</sup> San Agustín (354-430), con la *dialéctica de las dos ciudades*, para explicar el caos jurídico reinante en la etapa final de Roma, creó la *Teología de la Historia diciendo que: "fundarán dos ciudades sobre dos amores, la ciudad terrena sobre el amor a sí misma, que desprecia a Dios, y la ciudad celestial sobre el amor a Dios, que se desprecia a sí misma"*, en *Una Concepción Prudencial*, cit., p. 107.

Entretanto, en el Imperio Romano de Oriente<sup>12</sup> comienzan a ser aplicadas las compilaciones jurídicas promulgadas por el Emperador Justiniano (483-565): A saber el *Codex*, el *Digesto* y las *Instituta*<sup>13</sup>.

En el contexto de la ciencia jurídica del período visigótico, hay una figura cuya obra, muy estudiada en las escuelas medievales, importa destacar. Me refiero a San Isidoro de Sevilla (562-636), autor de *Las Etimologías*, en donde revela una extraordinaria cultura jurídica, especialmente en el Libro V (*De Legibus et Temporibus*); escribió también los *Libri Sententiarum*, en los que se ocupó de Ciencia Política.

Ente sus logros fue notable a mi juicio su clasificación del Derecho en *Derecho Natural*, *Derecho de las Gentes* y *Derecho Civil*.

Según su enseñanza, el *Derecho Natural* se funda en un instinto natural común a todos los pueblos; el *Derecho de las Gentes* sería una especie de Derecho Internacional practicado por todos los pueblos y el *Derecho Civil* se concretaría en el Derecho de cada Estado.

Inspirándose en San Agustín, San Isidoro definió las condiciones que debe cumplir la ley y que según él se identifican en los siguientes adjetivos: *honesta, justa, posible, conforme con la naturaleza y con las costumbres patrias, adecuada al lugar y al tiempo, necesaria, útil, clara, de común utilidad a los ciudadanos y no a uno en particular*<sup>14</sup>.

En pocas palabras, San Isidoro de Sevilla destacó las tres valencias de la ley: la valencia *descriptiva*, la valencia *valorativa*, hoy tan olvidada, y la valencia *normativa*. Y tuvo gran repercusión, sobre todo, en Santo Tomás de Aquino (1225-1274) y, más tarde, en Francisco Suárez (1548-1617), ya en el período barroco.

En el siglo XIII, el *Derecho Natural* fue uno de los tópicos más debatidos por los jurisperitos escolásticos; pero fue el papel que Santo Tomás de Aquino (1225-1274) el que dio, en su pensamiento, el impulso decisivo al Derecho Natural.

Su extraordinaria *Suma Teológica* (1226-1274), introducida en Salamanca por Francisco de Vitoria (1480-1546), fue texto universitario desde el siglo XIV, especialmente en lo que se refiere a dos fragmentos: *El tratado sobre la ley* (1270) y *El tratado sobre la justicia y el derecho* (1272).

---

<sup>12</sup>El ordenamiento jurídico del Imperio Bizantino fue cristianizado, oficialmente, en el siglo VI, por el Emperador Flavio Pedro Sabbatio Justiniano.

El *Corpus Iuris Civilis* promulgado por Justiniano fue, *in aeternum*, el Derecho Natural escrito, positivado con cinco tópicos afines: Justicia, Jurisprudencia, Derecho Civil, Derecho de Gentes y Ley.

<sup>13</sup>Es así como Justiniano justifica que haya comenzado el *Digesto* con la Historia del propio Derecho jurisprudencial: “*al tener que hacer la interpretación de las leyes antiguas, hallé necesario remontar primero los orígenes de Roma, no porque quisiera escribir extensos comentarios, sino porque estimo que en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus partes y, ciertamente, el principio es la parte más importante de cualquier cosa*”, en *Una concepción prudencial*, cit., 107.

<sup>14</sup>Puy-Otero, *Una concepción*, cit., 83.

Santo Tomás siguió el *método dialéctico*, centrando su reflexión en la tensión entre las *leyes y los derechos*, por un lado, y los *derechos y las justicias*, por el otro.

La doctrina *jusnaturalista* de Santo Tomás está articulada en *tres argumentos sucesivos*: Ley Eterna (*tesis*), Ley Natural (*antítesis*) y Ley Positiva (*síntesis*).

Santo Tomás no dedicó gran atención a la *Teoría de los Derechos Naturales*, pero la dejó implícita, enseñando que el Derecho Natural puede llamarse *natural*, de dos modos; por su *origen*, esto es, atendiendo al Creador, y por su *materia*, esto es, por la naturaleza material en la que está incorporado.

El jusnaturalismo *voluntarista y nominalista*, culminando en un sistema orgánico en la obra de Duns Escoto (1270-1308), se fue desarrollando en una viva confrontación dialéctica con el jusnaturalismo *intelectualista y realista*, preconizado por el Doctor Angélico.

En el siglo XIV, Guillermo de Ockam (1295-1350) convirtió las posturas voluntaristas y nominalistas en *juspositivismo*, mientras que los jusnaturalistas se gastaban en excesos de Retórica, Lógica, Tópica y Dialéctica, lo que no desvalorizó la institución jurídica *Derecho Natural*.

#### 4. EL IUS CIVILE Y EL IUS CANONICUM

Durante siglos, las ciencias jurídicas fueron dos: *ius civile* y *ius canonicum*; de modo que se podría decir que fue el modelo de la *jurisprudencia romano-canónica* el que lideró la *Ciencia Jurídica Occidental*, durante los siglos I a XIV<sup>15</sup>.

En el Derecho, en cuanto conocimiento, es más correcto hablar de *jurisprudencia* que de ciencia, analizando la realidad jurídica al mismo tiempo, como *prudencia*, como *intelecto*, como *imaginación*, como *arte*, como *técnica*, como *pericia* y como *ciencia*<sup>16</sup>.

Las luchas entre el Papado y el Imperio fueron un fuerte incentivo para que, cada vez más, el *Derecho Romano* fuese considerado como el Derecho del *Imperio medieval*, pues el contraste con la Iglesia, fuertemente defensora de su Derecho propio, el *Derecho Canónico*, llevó a la necesidad de fortalecimiento de las estructuras del Imperio y, consecuentemente, al perfeccionamiento de su orden jurídico.

Es, en este contexto, donde se integra el *renacimiento del Derecho Romano*; Bolonia fue el centro de estudio donde Irnerio inició entre 1111 e 1125, el trabajo de análisis del *Corpus Iuris Civilis*, o sea, de las compilaciones ya referidas, promulgadas por Justiniano.

---

<sup>15</sup>Puy-Otero, *ídem*, 136.

<sup>16</sup>Puy-Otero, *ídem*, Cap. VII "El Derecho concebido como teoría científica", 121-137.

El método usado por Irnerio y por sus continuadores para el estudio de estos textos, fue el de la *glosa*, por lo que comenzó a llamarse Escuela de Glosadores al movimiento iniciado por ellos.

El último glosador fue Acursio (1182-1260), que llenó de gloria la Universidad de Bolonia.

Simultáneamente, también en Bolonia, Graciano compiló, alrededor del 1140, su *Decretum*, para defender los derechos pontíficos; y de la misma forma, los textos canónicos fueron glosados. Entretanto, la *littera* de los tratados fue suficientemente exprimida, orientándose, entonces, a la investigación para la consideración de su espíritu; el intérprete dejó de *glosar* y pasó a *comentar*.

El *comentario* sucedió a la *glosa* y de ahí surgió un nuevo movimiento bautizado como la *Escuela de los Comentadores*.

Los jefes de la Escuela fueron Bartolo (1313-1357) y Baldo (1327-1400).

En el ámbito del Derecho Canónico es preciso resaltar que en 1234 se concluyeron las Decretales, de Gregorio IX; en el siglo XIII, el *Liber Sextus*, de Bonifacio VIII, después, ya en el siglo XIV, las *Constitutiones*, del Papa Clemente V, o *Clementinas*, quedando con esto completada la obra *codificadora*.

Entre tanto, aunque sin carácter oficial, surgirán dos nuevas complicaciones: *Las Extravagantes*, de Juan XXII, y las *Extravagantes Comunes*, donde se encuentran decretales de diversos Papas, desde Bonifacio VIII a Sixto IV (1484).

Al conjunto del *Decreto*, de Graciano, *Decretales*, de Gregorio IX, *Libro Sexto*, de Bonifacio VIII, *Clementinas*, *Extravagantes*, de Juan XXII, y *Extravagantes Comunes*, el francés Chappuis (edición de 1500), dio el nombre de *Corpus Iuris Canonici*, a semejanza del *Corpus Iuris Civilis*.

Eran estas compilaciones de Derecho Civil y del Derecho Canónico creadas en las Universidades, a partir del siglo XII, las que se estudiaban en las Facultades de Leyes y de Cánones. El *Corpus Iuris Canonici* fue un Derecho positivo Jurisprudencial preferido al Derecho Civil en toda la Cristiandad hasta el siglo XVI, y en la Iglesia Católica, hasta el siglo XX.

## 5. DE LA JURISPRUDENCIA HUMANISTA A LA JURISPRUDENCIA ILUMINISTA

En este período, que se prolonga del siglo XVI al siglo XVIII, el Derecho Natural tomó cuerpo en las siguientes Escuelas:

– *Escuela Realista de Derecho Natural*, con grandes nombres, como Vitoria (1480-1546) y Suárez (1548-1617), también conocida por *Escuela Hispánica del Derecho Natural*, porque floreció, sobre todo, en España, Portugal e Italia; surgió en el siglo XVI y se prolongó en los siguientes.

– *Escuela Racionalista de Derecho Natural*, inaugurada por Hugo Grocio (1583-1645), consolidada por Puffendorf (1632-1694) y desenvuelta por Hobbes (1598-1679) y Locke (1632-1704).

Grocio, un representante de esta última escuela, escribió en el *De Iure Belli ac Pacis*, que el Derecho Natural es dictado por la *recta razón* y que comporta una torpeza moral no advertir su conjugación con la naturaleza racional; si eso sucediera el derecho racional acabaría siendo prohibido por Dios, a la sazón autor de la naturaleza.

– *Escuela Naturalista del Derecho Natural*, desenvuelta, en el siglo XVIII, con visiones diferentes de Montesquieu (1689-1755) y de Rousseau (1712-1778).

Los *enciclopedistas* también fueron, en general, jusnaturalistas, substituyendo la Teoría del Derecho Natural por la *Ideología* del Derecho Natural, situándose, así, en la génesis de las primeras *Declaraciones de Derechos*. No obstante las reacciones de Leibniz (1646-1716), de Vico (1668-1744) y de Wolf (1679-1754).

El *estado de naturaleza* debía ser superado por el *estado de sociedad*, donde el Derecho Natural estaba reducido a los *Derechos naturales individuales*; el Derecho Positivo valdría, no por la naturaleza de las cosas, sino por la voluntad contractual, real o hipotética, que le da fuerza.

– *Escuela Criticista de Derecho Natural*, con Kant (1724-1804), que se situó entre *voluntarismo* y *racionalismo*, entre *empirismo* y *dogmatismo*, entre *objetivismo* y *subjetivismo*, entre *moralismo* y *materialismo*. Para este autor *el Derecho era el conjunto de condiciones sobre las cuales la voluntad de uno puede conciliarse con la voluntad de otro, según una ley general de libertad*.

Kant expresó su idea de Justicia comentando la definición clásica *suum cuique tribuere*, pero en su óptica el Derecho Natural era un Derecho *doctrinal*, sacado de las legislaciones positivas, constituido por los principios inmutables que las forman, por los derechos derivados de principios *a priori* y por las facultades que corresponden a alguien, por naturaleza, independientemente de todo acto jurídico.

La única idea válida de Kant es que el Derecho Natural contiene *facultades (morales) de obligar a otro con un fundamento legal que corresponde a alguien por naturaleza, independientemente de todo acto jurídico*.

Significa esto que de las legislaciones positivas no pueden quitar valor al Derecho Natural; por el contrario, aquéllas tienen o no valor en función de que sean conformes o no con el Derecho Natural.

De ahí que el Kant de la *Metafísica de las Costumbres* fue olvidado por la jurisprudencia positivista, prefiriendo al Kant formalista de *Crítica de la Razón Pura*.

A finales del siglo XVIII el Derecho Natural perdió su base, que es la *naturaleza humana plena*, metiéndose en el reinado de Ley Estatal y del Derecho Positivo, pero como el Derecho Positivo no puede vivir sin *alma*

y esta es el *Derecho Natural*, continuó proclamándose éste sobre la base de los *Derechos Naturales*.

Esta apelación al Derecho Natural, como *derechos naturales*, va a ser la característica del *jusnaturalismo romántico*, desenvuelto por los jurisprudentes del siglo XIX y primera mitad del siglo XX.

A pesar de que los Estados, con su inclinación juspositivista, proclamaron que el Derecho patrio era el Derecho principal y el Derecho Romano y el Derecho Canónico eran subsidiarios, la verdad es que este Derecho subsidiario era el único conocido por los jurisprudentes que frecuentaban la Universidad<sup>17</sup>, convirtiéndose, por eso, en el Derecho principal. Pues en los Tribunales locales apenas se aplicaba el Derecho patrio, porque los jueces, sin formación universitaria, no conocían otro que el derecho natural.

En Portugal, solo después de la Reforma Pombalina de la Universidad de Coimbra, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, se empezó a estudiar el Derecho patrio, por la *Historia Iuris Civilis Lusitani*, publicada por Pascoal José de Melo Freire, en 1778.

Cabe destacar que la sumisión al modelo de la *Naturaleza* despertó una atención cada vez más crítica de la realidad, lo que va a originar la aparición de *múltiples ciencias*<sup>18</sup>.

Hoy, ya no se tiene en cuenta, como refieren Puy Muñoz y Otero Parga<sup>19</sup>, estos extremos, pues como ellos dicen: “*En el inicio del siglo XXI, el número de ciencias que comenzarán a existir en los principios del siglo XIX es incalculable y continúa en expansión descontrolada. Casi todos los conocimientos humanos (y no pocos de forma fraudulenta o temeraria) aspiran a convertirse en ciencia*”.

Es curioso que Augusto Comte, al crear la *Sociología*, a mediados del siglo XIX, igualó los fenómenos sociales a los fenómenos físicos. Todavía en este momento era superior el peso del *determinismo de la naturaleza física*<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup>Verney, en *Verdadeiro Método de Estudar*, vol. IV, Ed. Sá da Costa, Carta XIII, 112 ss., escrito, en 1746:

“*Es digno de admiración que salgan los hombres de las Universidades, hablando las leyes de Justiniano, que solo sirven, faltando la ley municipal, y nada saiban de aquella ley porque se ha de gobernar*”.

<sup>18</sup>Vd. varias definiciones de *ciencia del derecho* en *Una Concepción Prudencial*, cit., 125 ss.

<sup>19</sup>Puy-Otero, *Jurisprudencia Dialéctica*, cit. 135.

<sup>20</sup>La palabra “sociología” fue creada en 1823 por Augusto Comte (1798 - 1857), que reconocía que antes de él había una colección de reflexiones sobre fenómenos sociales. Él mismo fue secretario de Saint-Simon (1760-1825), de quien aprovechó la ley de los tres estadios, desenvuelta en su *Cours de Philosophie Positive* (1839-1842): estadio teológico, estadio metafísico y, finalmente, estadio positivo. Pero no debe confundirse la Historia de la Sociología con la Historia de las Ideas Sociales, pues estas no consideraban la sociedad como un objeto específico de investigación, susceptible de un análisis metódico, cuyas uniformidades pudiesen ser investigadas, sistemáticamente. La sociología surgió, sobre el punto de vista teórico del

Los siglos XVII y XVIII son siglos de las Academias, primero, *Academias de Historia*, por la importancia dada al estudio de la Historia<sup>21</sup>; después, *Academias de Ciencias*, por la diversificación epistemológica de varios aspectos de la realidad.

De una *única ciencia*, de índole filosófica y teológica, vertida en *latín*<sup>22</sup>, se pasa cada vez más a *múltiples ciencias*, vertidas en las lenguas *vernáculos*.

## 6. HEGEMONÍA DEL *JUSNATURALISMO*, HASTA EL SIGLO XIX; HEGEMONÍA DEL *JUSPOSITIVISMO*, DESDE PRINCIPIOS DEL SIGLO XIX

Ojeando la Historia, como hemos estado haciendo hasta ahora, apreciamos que el *jusnaturalismo*, con varios matices, triunfó hasta el siglo XIX<sup>23</sup>. Notamos también que los juspositivistas más notables surgirán en los siglos XIX y XX<sup>24</sup>.

¿Qué pasó en la historia, para que se produjese un cambio tan grande?  
¿Son los hombres los que hacen la historia, o es ésta la que hace a los hombres?

---

conocimiento, como reacción empírica a las teorías individualistas del derecho natural y del contrato social; sobre el punto de vista sociológico, se configuró como ciencia de contestación de la burguesía ascendente. *Cfr.* Eisermann, Gottfried - *Sociología*. 2ª ed., Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1969, 3-20.

Hay dos nombres en el ámbito de la sociología en la transición del siglo XIX al XX que tienen que ser destacados: Emile Durkheim (1858-1917) y Max Weber (1864-1920). También ellos interactuaron como la comunidad cultural a la que pertenecían: Durkheim en Francia y Weber en Alemania. En Francia, en la estera de Comte, la sociología se afirmaba, oponiéndose y negando el estatuto de ciencias a la economía, la historia y la psicología; Durkheim continuó la preocupación de distanciar la sociología de la psicología, considerando que aquella debe tratar los *hechos sociales* como *cosas*, siendo el método tanto más científico cuanto más próximo al método de la física de la época. *Hecho social era toda la manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coerción del exterior*. Por el contrario, en Alemania, Weber fue confrontado con la polémica en curso, que defendía la especificidad de las ciencias del espíritu, en relación con las ciencias de la naturaleza. En este contexto, Weber optó por no tomar como método el modelo de las ciencias de la naturaleza y por no pretender construir una teoría completa de lo social. Para Weber, la sociología es la *ciencia que se propone comprender, por interpretación, la acción social, explicando causalmente su desenvolvimiento y sus efectos*. *Acción social* es toda aquella que se orienta para otros, o sea, cuando se procesa en el seno de sistemas de interacción o de interdependencia sociales. *Cfr.* Alves Pinto, Conceição - *Sociologia da Escola*. Alfragide: editora McGraw-Hill de Portugal Lda. 1995, 74-88.

<sup>21</sup>Verney era radical cuanto al estudio de la Historia, pues en la obra citada, *Verdadeiro Método de Estudar*, insiste, varias veces, que *quien no conoce la historia, no conoce nada*.

<sup>22</sup>Todos los libros con carácter científico se escribían en *latín*, aun en el siglo XVIII.

<sup>23</sup>Así lo realzan los Profesores Puy-Otero, en *Una concepción*, cit., 116 ss.

<sup>24</sup>*Idem*, 116 ss.

El cambio viene de lejos, del siglo XVI. El Renacimiento diseminó en la cultura occidental *principios de laicismo y de reformismo* también religioso, que vienen, principalmente, del Norte de Europa, y que acabarán por poner en crisis la supremacía católica y política de Roma.

El mapa religioso de Europa Occidental, en el siglo XVI, se alteró con las confesiones anglicana y protestante al Norte.

En el siglo XVIII se confrontaban dos concepciones de Estado; la *tradicional* según la cual la Soberanía radica en el Príncipe, en el *iure proprietatis et dominii*, en una perspectiva *patrimonial*; y la *moderna* que defiende que el Príncipe, en todas las cosas pertenecientes al Estado, opera *iure imperii*.

Siguiendo la primera concepción, las funciones públicas eran objeto de *compra y venta*, lo que las convertía en auténticos *oficios privados, irrevocables*, cuyos oficiales eran *inamovibles*.

De acuerdo con la segunda concepción, las funciones públicas deben ser promovidas por personas con mérito y experimentadas al servicio del bien común; estas personas con mérito eran los comisarios, revocables *ad nutum* del Príncipe.

Quiere decir, en nombre del interés público, esta técnica comisarial sirvió a un poder absolutista que absorbió, en su unidad, todas las parcelas de autoridad, hasta entonces dispersas en una multitud de poderes secundarios, esparcidos por todo el cuerpo social.

Fue esta "organización del poder, en régimen de monopolio, en un territorio determinado, siendo sus elementos más característicos la *soberanía*, en el ámbito ideal, la *burocracia*, en el organizativo, y el *territorio*, en el material" la que pasó al Estado Liberal.

El estado burgués, salido de la Revolución, continuó con un mandato supremo, unilateral y coactivo, *ad intra* e independiente *ad extra*; la gran novedad fue la consagración de poderes y la certeza de que la soberanía emana del pueblo, además de la afirmación dogmática de los Derechos Humanos, como verdades necesarias, eternas y permanentes.

De ahí el asombro de Alexis de Tocqueville cuando afirma que: "*No se había visto en el mundo un poder semejante desde la caída del Imperio Romano. La Revolución creó este poder nuevo, o mejor, este poder surgió, por sí mismo, de las ruinas de la Revolución*"<sup>25</sup>.

Comienza aquí un *juspositivismo*, dicho democráticamente porque, de acuerdo con la nueva concepción política, la soberanía nace en el pueblo; hasta el siglo XVIII nadie contestó que el Poder venía, indirecta o directamente, de Dios; o de Dios para el Pueblo y de este para el Rey o, directamente, de Dios para el Rey.

---

<sup>25</sup>Tocqueville, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Madrid. Alianza Editorial. 1982, Tomo I, 96.

En la transición del siglo XVIII al XIX existe una inadecuación de la formación de los jurisperitos, con la legislación liberal positiva incipiente; la jurisprudencia universitaria era la del *ius commune*, del Derecho Romano que había conquistado la cultura europea; el Derecho legislado se orientó ahora por criterios de la burguesía liberal dominante.

La *burguesía liberal*, en nombre del principio de la igualdad y de la operatividad del gobierno, con el argumento técnico del desdoblamiento y la especialización de funciones, *centralizó* y *uniformizó* el ejercicio del poder, compartiendo, la mayoría de veces, con el Monarca y tratando de eliminar las manifestaciones particularistas, que persistían de siglos anteriores.

Además de todo estaba la *unidad constitucional* de la Monarquía, asentada en la igualdad legislativa, lo que suscitó un amplio movimiento de constituciones y de codificación<sup>26</sup>.

Fue esta crisis, esta inadecuación, la que arrancó a Saint-Simon (1760-1825) el siguiente desahogo: “Suponiendo que una noche murieran todos los jueces de Francia, el país saldría ganando por haberse librado de una casta de parásitos”.

Y qué diría, hoy, Saint-Simon de la eficacia jurídica, cuando, como se registra en la p. 268 de *Una Concepción Prudencial del Derecho*, “es lamentable comprobar que vivimos en una época en que el Derecho es cada vez menos eficaz [...] llevamos más de treinta años viendo violar la Constitución a ciudadanos, gobernantes, legisladores y jueces, incluyendo el propio Tribunal Constitucional, justificando delitos como derechos; llamando víctimas a los asesinos y asesinos a las víctimas; aplaudiendo jueces estrellas; descapitalizando la banca; substituyendo los funcionarios de carrera por una legión de contratados [...] y el problema afecta todo el Occidente”.

## 7. DIALÉCTICA JUSNATURALISTA Y JUSPOSITIVISTA EN LOS SIGLOS XIX Y XX

Como dicen los Profesores Puy Muñoz y Otero Parga<sup>27</sup>, “el *jusnaturalista* siempre funcionará, mentalmente, dando prioridad a los actos y modificará, las veces que fuese necesario, la estructura conceptual con que los pueda describir, valorar y regular mentalmente. Su leitmotiv es el siguiente: ex

---

<sup>26</sup>Datan de la segunda mitad del siglo XVIII algunas experiencias codificadoras, entre las cuales se incluyen (se citan apenas las más importantes) el Código Civil Bávaro (1756), el Código Austríaco (1786) y el Código Prusiano (1794).

Pero la codificación, por antonomasia, fue la *napoleónica*, considerada modelo por la perfección técnico-jurídica y sistematización, expresadas en el *Código Civil de 1804*, en el *Código Procesal Civil de 1806* y en el *Código Procesal Penal de 1810*.

<sup>27</sup>Puy-Otero, *Jurisprudencia Dialéctica*, cit. 145.

*facto oritur ius. El juspositivista siempre funcionará, mentalmente, dando prioridad a la estructura conceptual, científica, sobre la estructura factual, natural. Su leitmotiv es éste: dura lex sed lex”.*

La verdad es que los jurisprudentes románticos, en el siglo XIX, no se veían a sí mismos ni como juspositivistas ni como jusnaturalistas; ya dijimos que, aunque la antítesis *ius positivum-ius naturale* haya surgido hacia el 1150, el binomio *jusnaturalismo-juspositivismo* surgió apenas alrededor del 1950.

De hecho, la antonimia *ius positivum-ius naturale* fue una invención de la *jurisprudencia escolástica*, en el siglo XII, al contraponer los *ius divinum naturale*, es decir, el Derecho que conocemos estudiando la naturaleza, al *ius divinum positivum*, o sea, el Derecho que conocemos estudiando la revelación<sup>28</sup>.

Este tópico dialéctico fue retomado por la *Jurisprudencia<sup>29</sup> Iluminista*, en el siglo XVIII, con el objetivo de eliminar el Derecho revelado como Derecho y expulsarlo de la temática jurisprudencial.

Y en el siglo XIX, la jurisprudencia intentó reducir todo el Derecho al *Derecho Positivo*, buscando eliminar el Derecho Natural como Derecho y expulsarlo de la temática jurisprudencial.

A pesar de todo, en el siglo XX, la jurisprudencia se esforzó por recuperar el Derecho Natural como Derecho y, de ahí, los *ismos* en la antítesis *juspositivismo-jusnaturalismo*.

Aunque el *juspositivismo romántico*, del siglo XIX, se haya dispersado por varias escuelas jurídicas, v. g., jurisprudencia *analítica*, escuela de *exégesis*, jurisprudencia de *conceptos*, jurisprudencia de *intereses* y *enciclopedia jurídica*, para abreviar, apenas prestamos atención a la Escuela Romántica, creada por Rudolf von Ihering (1818-1885), donde aparece la definición que hizo famosa su idea de Derecho: “*los derechos son intereses jurídicamente protegidos*”<sup>30</sup>.

Ya en las escuelas jurídicas románticas, con orientación *jusnaturalista*, también varias, v. g., escuela jurídica *idealista*, escuela *histórica* de Derecho, escuela *histórico-materialista* de Derecho, escuela *neo-escolástica de jurisprudencia* y escuela *institucionalista de Filosofía del Derecho*, también para abreviar damos apenas atención a la escuela creada por Carl von Savigny (1779-1861), que definió, así, la idea de Derecho: “*forman el Derecho las costumbres creadas por el pueblo e recreados por la jurisprudencia, en virtud de una fuerza intrínseca, tácitamente activa y no por el arbitraje de ningún legislador*”<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup>Puy-Otero, Milagros, *Jurisprudencia*, cit. 57.

<sup>29</sup>Vd. noción de *jurisprudencia* en *De la Jurisprudencia Dialéctica*, cit. 155 ss.

<sup>30</sup>Puy-Otero, *idem* 59.

<sup>31</sup>Puy-Otero, *idem* 61.

Después, en el siglo XX, tenemos, de hecho, jurisperitos eminentes, pero no escuelas jurídicas propiamente dichas.

Entre los diversos *juspositivistas*, como Rudolf Stammler (1856-1938), Hans Kelsen (1881-1973), Roscoe Pound (1870-1964) y Alf Ross (1899-1979), también para abreviar, nos inclinamos por el pensamiento de Kelsen, para quien “*el Derecho es un ordenamiento coactivo del comportamiento humano*”<sup>32</sup>, Como puede apreciarse en su pensamiento no hay cabida para el Derecho Natural.

Entre los diferentes *jusnaturalistas*, como Francois Gény (1861-1959), Gustav Radbruch (1878-1949), Alfred Verdross-Drossberg (1890-1980) y Giorgio del Vecchio (1870-1970), nos inclinamos también apenas sobre el pensamiento de Del Vecchio, que ofrece la siguiente definición de Derecho: “*Derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo cualquier impedimento*”<sup>33</sup>.

En el siglo XX, Kelsen y Del Vecchio quisieron construir dos visiones contrapuestas de jurisprudencia; ambos fueron contemporáneos, pertenecieron a la misma escuela romántica y fueron Profesores en dos Universidades vecinas: Viena y Roma<sup>34</sup>.

Kelsen denominó a su obra *Teoría Pura del Derecho*; Del Vecchio llamó a la suya *Filosofía del Derecho*.

Kelsen se interesó solo por un único fenómeno jurídico: el ordenamiento jurídico vigente, en un determinado tiempo y en un determinado territorio; reduciendo el fenómeno jurídico al conjunto de las normas positivas y sus implicaciones, creando así una *Ciencia Pura del Derecho*, es decir, un sistema jurídico lógico.

La *Filosofía del Derecho*, de Del Vecchio, por el contrario, es una filosofía práctica que se interesa por indagar el *fundamento natural* de los fenómenos jurídicos, principalmente por el fundamento de los *actos o cosas consideradas jurídicas en cada tiempo, lugar o cultura*.

## 8. ¿Y, CUÁL ES LA IDEA DE DERECHO EN LA ACTUALIDAD?

La actual literatura jurídica, como dicen los Profesores Francisco Puy Muñoz y Milagros Otero Parga<sup>35</sup>, es *inabarcable*; y es que, si en 1918 toda la literatura jurisprudencial importante se producía en una decena de Facultades de Derecho, en 1945, después de la Segunda Guerra Mundial, aquella decena se elevó a centenas.

---

<sup>32</sup>Puy-Otero, *ídem* 74.

<sup>33</sup>Puy-Otero, *ídem* 80.

<sup>34</sup>Puy-Otero, *ídem* 25.

<sup>35</sup>Puy-Otero, *ídem* 90.

Y en 2013 hay ya varios millares de Facultades de Derecho, o centros análogos, y en cada una de esas Facultades o centros se multiplican los profesores.

Todavía, en la estela del trabajo que hemos estado desarrollando, vamos a analizar el referido binomio *juspositivismo-jusnaturalismo*, a través de un juspositivista y de un jusnaturalista.

El autor *juspositivista* que elegimos en esta ocasión para ilustrar este período es John Rawls (1921-2002), cuyas ideas constan, sobre todo, de dos obras conocidas: *A Theory of Justice* y *Justice as Fairness. A Restatement*.

En su *Theory of Justice* (1971) John Rawls identifica el *Derecho*, simplemente, con las *leyes* y las *instituciones* ordenadas, *eficientes* y *no injustas* y, más tarde, en la segunda obra referida, en 2001, dice que *Derecho* es “*la idea que organiza una sociedad como un sistema equitativo, de cooperación, a lo largo del tiempo, de una generación para la siguiente o, que Derecho es la regulación efectiva de una sociedad, según una concepción pública de Justicia*”<sup>36</sup>.

Y aunque Rawls reconozca la existencia de un sentido, *normalmente efectivo, de Justicia que tienen los ciudadanos* y que los capacita para entender y aplicar los principios de la justicia públicamente reconocidos, contradiciéndose a sí mismo, definió que eso *no era Derecho Natural*.

El autor *jusnaturalista* que he elegido para ilustrar este período es Antonio Truyol (1913-2003), cuyas ideas constan, sobre todo, en la monografía *Derecho Natural*.

Para Truyol, *Derecho Natural* es “*el conjunto de principios de convivencia humana, fundados en la naturaleza del Hombre, en cuanto ser social*”<sup>37</sup>.

A pesar de que los juspositivistas insistían en que la ley positiva es lo que los jueces dicen en las sentencias, y eso es el único Derecho, no hay duda de que el *alma* de ese Derecho no puede dejar de ser el *ius naturale*.

Entre los trece aspectos característicos de las *leyes positivas* (certeza, legalidad, efectividad, legitimidad, coactividad, valor, existencia, exigibilidad, vigencia, eficacia, obligatoriedad, validez y *positividad*), Puy realza el último<sup>38</sup>, esto es, la propiedad de la norma jurídica de poder ser propuesta por un legislador, a título propio (*ley humana positiva*) o a título delegado (*ley divina positiva*), de un modo *racionalmente necesario* (ley que es positiva, porque es ley natural) o de un modo *racionalmente descriptivo* (ley que es positiva solo por haber sido puesta).

---

<sup>36</sup>Puy-Otero, *ídem* 94-98.

<sup>37</sup>Puy-Otero, *ídem* 94-98.

<sup>38</sup>Puy Muñoz, Francisco, *Teoria Dialética do Direito Natural*, Parte IV. Universidade do Sagrado Coração de Jesus, São Paulo. 2010.

Reside aquí la explicación de la *permanencia* y de la *variabilidad* de la ley positiva; es *auténtica* la ley positiva que expresa mandatos armonizados con la ley natural y es *falsa*, cuando contraría la ley natural.

En conclusión, el Derecho Natural es una exigencia de la *naturaleza* de la ley natural y sin preceptos *naturales* los preceptos de las leyes positivas sólo pueden ser conocidos por *sindéresis*, o sea, por *intuición*, sin anteriores comprobaciones; *sindéresis* es el entendimiento con el cual el ser humano conoce los primeros principios de la práctica de los preceptos; es el raciocinio práctico que juzga el caso concreto antes, durante y después de la acción que lo realiza.

De modo que los actuales legisladores pueden expulsar de las Universidades, incluso de las Universidades Católicas, el estudio de la *jurisprudencia natural*<sup>39</sup>, pero quedará para siempre una ávida codicia de conocer los *fundamentos* de la ley positiva y de las sentencias de los jueces, o sea, los *fundamentos de la Justicia*.

## 9. LOS DOS GRANDES MODELOS DE LA CIENCIA JURÍDICA EN OCCIDENTE: LA JURISPRUDENCIA ROMANO-GERMÁNICA Y LA JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA

Éstos son los dos modelos cuya Historia se remonta a la antigua *jurisprudencia romano-bizantina* y lo cierto es que evolucionaron de manera diferente, a partir del siglo XVIII<sup>40</sup>.

Las convulsiones sociales y políticas acabaron por hacer surgir en Inglaterra el reconocimiento de los derechos del Hombre, de acuerdo con los precedentes de la *Magna Carta*, de la *Petition of Rights* de 1628, del *Habeas Corpus Act* de 1679, de la *Declaration of Rights* de 1689 y con la lectura jurídico-política de los acontecimientos, hecha por Locke, junto con la Revolución de 1688.

John Locke (1632-1704) demostró la naturaleza *pre y supraprovincial* de los derechos fundamentales en la obra *Two Treatises of Government*. Según él los seres humanos vivían, inicialmente, en un *estado de naturaleza*, y en él de desenvolvían en libertad e igualdad plena; en este momento los hombres eran titulares de derechos innatos e inalienables, para cuya garantía constituirán el Estado; con su constitución, los individuos renuncian no sólo al *derecho de hacer justicia por sí mismos*, para garantizar y conservar todos los otros, sino también y mayormente, al derecho de propiedad<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup>Jiménez de Parga, Manuel, *Humillación del Derecho*, 2013.

<sup>40</sup>Puy-Otero, *Una concepción*, cit. 136.

<sup>41</sup>Cf. Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Alianza Editorial. Madrid. 1994, Caps. II, V, VII, VIII y IX.

Consecuentemente, a partir del inicio del siglo XVIII, en el espacio anglosajón, la *soberanía* se desarrolla, *secundum naturam*, en la esfera de la *ciencia jurídica*, donde tiene origen y a la cual, correctamente, pertenece; en Europa Continental creció la idea de que el *poder* es quien hace el soberano y de que el *derecho* es tan solo aquello que éste ordena; de manera que identificándose la soberanía con la fuerza, se trasladó la esfera de la *ciencia política*<sup>42</sup>.

Montesquieu (1689-1755) permaneció en Inglaterra de 1729 a 1732; influenciado por la realidad británica allí publicó *L'Esprit des Lois*, en 1748<sup>43</sup>.

Como estamos viendo, la *jurisprudencia romano-germánica* evolucionó hasta considerar la ciencia *normativa* del Derecho, o sea, el *estudio de las leyes del Estado*, el conocimiento superior del Derecho; la *jurisprudencia anglosajona* evolucionó hasta considerar la ciencia *decisoria* del Derecho, o sea, el *estudio de las sentencias*, el conocimiento superior del Derecho, el Derecho al que se debe subordinar el Estado.

La *jurisprudencia romano-germánica* tuvo más éxito hasta el siglo XVIII, en los Imperios Español, Portugués y Francés; la *jurisprudencia anglosajona* tuvo más éxito en los siglos XIX y XX en los Imperios Inglés y Norteamericano.

Tenemos que decir que la *hegemonía anglosajona* continúa en el Derecho Internacional, en el Derecho Comunitario y, sobre todo, en Canadá, los E.U.A. y en México. Pese a ellos nos preguntamos y dejamos ahí el interrogante, ¿no será el Derecho Natural también la fuerza de la hegemonía anglosajona?

Para terminar, recordamos la documentación pionera de los *derechos naturales*: *Magna Charta Libertatum* (12.6.1215); el *Privilegio General de Aragón* (1.10.1283); *Petition of Rights* (7.6.1628) y *Bill of Rights* (1689).

Me gustaría destacar que estos documentos normativos son elencos de *derechos pactados*, como limitaciones de la regia potestad, entre ésta y un grupo de sus súbditos, los cuales estaban protegidos como seres humanos.

Más tarde surgirán *Declaraciones* elaboradas en las colonias inglesas de América del Norte y en Francia: la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* (12.6.1776); la *Declaración de Independencia de Estados Unidos de América* (4.7.1776); la *Constitución de los Estados Unidos de*

---

<sup>42</sup>El propio vocablo *stato* surge con Maquiavelo, para transmitir un mensaje: la *seguridad del Príncipe*. El término latino *stare* significa seguridad.

<sup>43</sup>Aún está por resolver el *quid* de la influencia de Locke, con relación a Montesquieu, en cuanto al *principio de la separación de poderes*.

Hay quien considera a Locke el autor original del mismo; otros lo consideran un mero precursor de una teoría cuya verdadera paternidad pertenece a Montesquieu; finalmente, hay quien desvaloriza el problema, dada la ausencia en la obra de Locke de una exigencia de separación y equilibrio interorgánico entre los poderes. Cf. Piçarra, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra Editora. Coimbra. 1989, 63-64.

*América* (17.9.1787); y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, reunida en Versalles, entre el 20 y 26 de agosto de 1789. La proclamación de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* se mantuvo hasta la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en París el 10 de diciembre de 1948. A partir de 1948 se volvió más común la designación *derechos humanos*, que ha convivido con la designación *derechos fundamentales*. De modo que los derechos naturales son designados, en la actualidad, *derechos humanos*, por los teóricos del Derecho Internacional, y *derechos fundamentales*, por los teóricos de los Derechos Internos; los canonistas prefieren la designación tradicional *derechos naturales*.

La verdad es que la unidad conceptual de los *derechos humanos* se ha ido fragmentando; los pactos internacionales de 1966 los dividirán en *derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos o públicos*.

## CONCLUSIÓN

En conclusión, los Profesores Puy Muñoz y Otero Parga son los dos autores de la citada *Una Concepción Prudencial del Derecho*, que es el libro que he intentado glosar y comentar en el trabajo que ahora concluyo y que considero un libro único en su especie.

Su novedad no es su tema objeto de estudio (aunque no haya muchos manuales tan completos y que demuestren un conocimiento tan amplio sobre el tema) ni tampoco el título ni la materia que analiza.

Lo que aporta originalidad a este libro es su madurez intelectual; sus autores lo escribieron después de haber meditado mucho sobre su contenido, después de haber pensado y repensado, siempre con la idea de que un jurista debe tratar de llevar su propio esfuerzo personal al estudio del Derecho, no contentándose, en ningún caso, con repetir lo que los otros hayan dicho, aunque eso esté muy bien escrito.

*Una Concepción Prudencial del Derecho*, que tenemos entre las manos, expone el Derecho Natural, en diálogo abierto con otros pensadores y con otras corrientes de pensamiento, ajenas a los dos propios autores. Este diálogo es real, porque se preocupa de exponer y comprender las razones de los otros, entendiendo que ésta es la única forma de poder asimilarlas, para después poder mantener o rectificar su propia posición.

El libro se presenta en reflexión dialéctica, *ius naturale-ius positivum*, siguiendo el ejemplo de Santo Tomás pensador en el que los propios autores reconocen su gran inspiración como uno de los teólogos filósofos más grandes de la historia.

Fieles a su estilo, los Doctores Puy y Otero ofrecen el análisis de los *pros* y los *contras* del discurso, mediante la exposición de los argumentos

que lo sustentan, con la finalidad de extraer, después, una conclusión plausible.

Esta metodología de pensamiento es consecuente con la defensa que los autores hacen de que la experiencia jurídica es plural, nace de fuentes locales y se desenvuelve de forma diferente en cada momento, según la circunstancia, el auditorio, el momento histórico o el mensaje que quiere transmitir quien la relata. Ellos son conscientes de que no existe una *única* respuesta correcta en Derecho.

No obstante, su posicionamiento en relación con el Derecho, en general, y con el Derecho Natural, en particular, no es relativista, sino plenamente *jusnaturalista*.

Basado en profundas fuentes de conocimiento, escrito de forma amena, en estilo contradictorio, sitúan el Derecho Natural como un tema de candente actualidad, cuyo estudio debe merecer plena acogida en las Facultades de Derecho.

Diremos, en síntesis, que el conocimiento de la Historia *impone* una relación de *convergencia* entre el *ius naturale* y el *ius positivum*, porque un Derecho Positivo que no busca su *validez* en el Derecho Natural es como un *cuerpo sin alma*.

## ESTADO DE DERECHO Y RULE OF LAW, UNA VEZ MÁS

*Antonio-Carlos Pereira Menaut\**

*Al maestro Eduardo Soto Kloss, con motivo de su  
doctorado h. c. por la U. de los Andes*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las distintas visiones del Estado de Derecho y sus presupuestos. III. Tipos y fases del Estado de Derecho. IV. Diferencias entre *rule of law* y *Rechtsstaat*. V. *Finis*. Gran Bretaña. España. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN

El *rule of law* y el Estado de Derecho *sensu stricto* o *Rechtsstaat* no se suelen contraponer porque supuestamente no son sino versiones de lo mismo, entrando ambos dentro del genérico 'Estado de Derecho' *lato sensu*. Sin embargo, aquí sostenemos que no son idénticos, y que cabe hacer distinciones entre ellos, y precisamente el propósito de este artículo es volver sobre ello desde la perspectiva de 2014.

Para ampliar más nuestro campo de visión, notaremos que no faltan autorizadas opiniones (americanas, por ejemplo) que no prestan mucha atención a los términos de la distinción que es el nervio de este artículo. El muy difundido *Comparative Legal Traditions*, de Glendon, Carozza y Picker, aunque no carece de apartados sobre revisión judicial, tribunales de derecho público y temas similares con un enfoque comparatista, en ningún momento compara el *rule of law* con el *régime administratif* ni

---

\*Prof. de Derecho Constitucional Español y Derecho Constitucional de la UE, U. de Santiago de Compostela. En Chile ha publicado *Teoría Constitucional* (Conosur, 1998, y Lexis Nexis, 2006) y *Política y Derecho* (Legal Publishing, 2010), así como diversos artículos en *Ius Publicum* y otras revistas.

Este artículo reelabora mi "N. B.: Estado de Derecho y Rule of Law", *Nueva Revista* 147 (2014), 111-127 y también está basado en otras obras mías (ver bibliografía final).

Agradezco las diversas ayudas recibidas, y señaladamente las de mis colegas administrativistas los profesores González Mariñas (U. da Coruña), del Guayo (U. de Almería) y Míguez (U. de Santiago de Compostela).

con el *Rechtsstaat*. Aún más recientemente, el americano Mark Tushnet tampoco introduce esos términos en la comparación de constitucionalismos que es objeto de su librito *Comparative Constitutional Law*. Huelga decir que las expresiones *Rechtsstaat*, *régime administratif* y *rule of law* no están en sus respectivos índices tópicos. '*Rule of law*' tampoco aparece en el importante manual de derecho constitucional estadounidense de Stone *et alii*. Y así sucesivamente.

La distinción, que nosotros mantenemos, entre *rule of law* (versión inglesa de ese genérico 'Estado de Derecho') y *Rechtsstaat* (versión alemana, de la cual 'Estado de Derecho' es traducción) es, en realidad, sencilla. La han complicado diversas circunstancias, comenzando por el lenguaje, pues la denominación 'Estado de Derecho', si se toma en serio, o si simplemente no se cuestiona, implica tomar partido por el estado y su visión del derecho.

La idea de fondo del Estado de Derecho *lato sensu* (para no complicar las cosas y respetar los usos habituales, en este artículo usaremos como norma general 'Estado de Derecho', salvo cuando necesitemos mayores precisiones) es simple y típica de todo constitucionalismo genuino: someter el poder al derecho. Y la primera *conditio sine qua non* es que el poder no sea señor del derecho, o al menos no de todas sus fuentes, o no de todos los operadores jurídicos. Y aquí topamos con la primera dificultad, pues desde Hobbes pertenece al concepto 'estado' ser el señor –incluso absoluto– del derecho, idea que los totalitarismos del siglo XX llevaron al paroxismo (así, “el Führer es la más alta fuente del Derecho”).

Recordaremos, para empezar, que el Estado de Derecho es una parte de la constitución (máxima limitación del poder por medio del derecho; la constitución es ius-céntrica) y no del estado (máxima concentración del poder en un territorio determinado; el estado es crato-céntrico) y que su fin es apoderarnos y protegernos a nosotros, los ciudadanos; desapoderar y controlar al poder. Su fin es 'perseguir' (*sic*) al estado, y no a los delincuentes, los sancionados administrativamente, los deudores o los impagadores de tributos, ya bastante perseguidos por los códigos penales y tributarios. Por ser de genealogía constitucional, el Estado de Derecho no pertenece a la rama represiva del derecho (salvo que entendamos que reprime al poder); es una de las tres grandes partes de la constitución, junto con la división de poderes y los derechos y libertades; no es una parte del aparato del estado. Con el fragor del combate antiterrorista ha venido a tomar carta de naturaleza en España una visión no muy constitucionalista, la cual, tras otorgar al estado el plus de legitimidad de las palabras 'de Derecho', termina aumentando su control al permitirle esgrimir el derecho como un arma que él fabrica o deroga. De ahí frases como “el Estado de Derecho no puede tolerar que se incumpla la ley”, o “no puede tolerar que... (los delincuentes, o los terroristas, los fumadores, los impagadores de unos impuestos tal vez no justos, los que exceden la velocidad máxima en

carretera)...”<sup>1</sup> Ergo, más control estatal sobre los delincuentes, pero también sobre todos nosotros; y menos control del derecho sobre el estado. En mi humilde opinión, en materia de Estado de Derecho, las constituciones deberían tener eficacia sólo vertical y ascendente; no horizontal, entre particulares, ni, menos aun, descendente. Vemos, así, que la presencia de la palabra ‘Estado’ en la denominación ‘Estado de Derecho’ tiende a confundir, a legitimar al estado y a disminuir su control por el derecho.

‘Estado de Derecho’ es –decíamos– traducción del alemán. Si nosotros lo usamos para designar esa parte del constitucionalismo es porque pertenecemos al área jurídico-constitucional continental: si perteneciéramos a la inglesa hablaríamos, seguramente, de *rule of law*, y encontraríamos raro o sin sentido *state of law*, y, aun más, *social and democratic state of law*. *Rule of law* es una imprecisa denominación<sup>2</sup> consagrada en el siglo XIX tardío (Dicey) para designar una realidad muy anterior, y de la que ya habla Locke: la sumisión de todos los poderes públicos del reino a un mismo y único derecho: ‘un sólo juez, un sólo derecho, igual para el gobernante que para el último súbdito del rey’. Tomada literalmente, la expresión sería bien discutible, pues propiamente no es una regla (*rule*) ni una ley (*law*), pero ello no tiene mayor importancia. Lo que verdaderamente lo describe es el gobierno conforme al derecho como opuesto al *rule by fiat* (y aun más al *rule by fear*); la *supremacy of law*, el ‘imperio’ del derecho y no del poder.

## II. LAS DISTINTAS VISIONES DEL ESTADO DE DERECHO Y SUS PRESUPUESTOS

Como siempre en estos casos, las maneras de entender el genérico ‘Estado de Derecho’ dependen, primero, de nuestra visión del derecho y, segundo, de nuestras visiones del estado y de la constitución. No es casualidad que en el entorno del *common law* se generara el *rule of law* y no el *régime administratif* ni el *Rechtsstaat*<sup>3</sup>. No es lo mismo someterse al derecho como límite que someterse al derecho como organización social; no es lo mismo someterse al derecho natural que al positivo, al consuetudinario que al

---

<sup>1</sup>Esta deriva del Estado de Derecho es paralela a la deriva del Derecho Penal tradicional hacia el llamado ‘Derecho Penal del Enemigo’, que corre el riesgo de desmerecer de la palabra ‘Derecho’.

<sup>2</sup>Traducimos *rule of law* como masculino (“gobierno” del derecho, conforme al derecho o bajo el derecho, “imperio” del derecho sobre el poder), pero otros prefieren el femenino: “la regla” del derecho. La etimología (*regula*) pediría lo segundo, pero hoy en España, lo que se entendería por *regula iuris* sería un brocardo o principio romanístico.

<sup>3</sup>En los países de *common law* la idea de lo naturalmente justo estuvo muy viva en la jurisprudencia. Sobre el *rule of law* y lo justo natural, Soto Kloss, “La *Rule of Law*, una pervivencia de la idea clásica de lo justo natural”, en *Derecho Administrativo. Bases...*, 1996, t. I, 245-320.

escrito, al codificado que al no codificado, al jurisprudencial que al legal, a un principio que a un valor. No es lo mismo estar bajo una constitución como contrato que como mandato, suprema organización social, fuente de las fuentes del derecho o pacto de límites entre nosotros y el gobernante.

Imaginemos una cultura jurídica que tuviera los rasgos siguientes: primero, el derecho parte de la existencia de conflictos, injusticias e incumplimientos y trata de solucionarlos; no parte de la perfección lógica del ordenamiento jurídico –tal vez ni siquiera parte del ‘ordenamiento’ jurídico– ni da por supuesto que las leyes son perfectas, se cumplen, y carecen de consecuencias no buscadas. No diseña una organización institucional perfecta, suponiendo que se cumplirá toda ella, para en breve sorprenderse de que no se cumple todo y aparecen grietas y fisuras (ésta, más o menos, fue la actitud española en 1978). Nosotros no nos sorprenderemos de que no siempre se cumpla la ley (que, para empezar, tampoco es perfecta; tal vez claramente imperfecta); es más, si en un país avanzado contemporáneo se cumplieran todas las normas vigentes, no se podría vivir; entre otras razones, por las contradicciones entre ellas. Tampoco ignoramos que toda norma tendrá algunas (o muchas) consecuencias no buscadas, y ningún legislador responsable se negará a cargar con su parte de responsabilidad en ellas, por no buscadas que hayan sido.

Segundo rasgo. Y si el derecho es ante todo para resolver conflictos, no es para aplicar políticas<sup>4</sup>. No es un libro de instrucciones para el buen ciudadano ni para la sociedad civil. La constitución americana no es un manual de instrucciones para los estados, ni, menos aun, para los ciudadanos, pues, como ellos dicen, ‘nosotros no vivimos nuestras vidas leyendo primero la Constitución’. Contrástese esa frase con lo que criticaba Schmidt-Assmann de Alemania, al decir que su Constitución “marca direcciones y límites a la vida estatal y social, pero no cristaliza en un nuevo absolutismo de valores normativo. [E]s la fuente de Derecho intraestatal de rango más alto, pero la vida bajo ella no es ‘ejecución de la constitución’”<sup>5</sup>.

Tercero: pluralismo de fuentes (jurisprudencia, principios, *regulae iuris*, justicia natural, *soft law*, opiniones de autoridades); nadie monopoliza la producción e interpretación del derecho.

Cuarto, judicialismo más que legalismo.

Quinto, “*Inherent mistrust to authority*”, desconfianza del poder (de la que el *Staatsrecht* y el *régime administratif* no partieron).

De lo que acabamos de dibujar resultaría un retrato robot a caballo de un tipo de derecho que estaría entre el derecho romano y el *common law*. Y si ahora elaboráramos un listado con los presupuestos contrarios, lo que estaríamos dibujando sería un retrato robot de un ordenamiento

---

<sup>4</sup>Ver la aguda contraposición de Damaska, 22 y ss.

<sup>5</sup>Schmidt-Assmann, 1002.

jurídico europeo continental. Pero eso nos lleva a detenernos en las distintas formas y fases del genérico Estado de Derecho.

### III. TIPOS Y FASES DEL ESTADO DE DERECHO

A. Según culturas jurídicas, distinguiremos el *rule of law* y, antes que nada, el *Régime Administratif* execrado por Dicey. Durante decenios, nuestros libros distinguían estos dos modelos sin parar muchas mientes en que el francés, originalmente, no era una manera de someter el poder al derecho sino de eximirlo de esa sumisión, exención que no se limitó al Antiguo Régimen (Edicto de Saint Germain-en-Laye de 1641) sino que continuó con la Revolución Francesa. Bajo la etiqueta ‘Régimen Administrativo’ incluíamos en España todo lo continental, hasta que, tras la Segunda Guerra Mundial (en España más bien tras 1978), irrumpió con fuerza otro producto continental, que en su primera versión no era nuevo (era del primer tercio del siglo XIX), pero no estaba tan popularizado entre nosotros, el *Rechtsstaat* alemán, importado ahora en la exitosa versión posterior a la Segunda Guerra Mundial. Hoy, muy evolucionado respecto de sus orígenes, en España ha desplazado como modelo al francés, del que muchos, con toda injusticia, apenas hablan.

B. Por la fuente del derecho que somete al poder, cabe distinguir el Estado de Derecho legal (clásico europeo continental), el judicial (propio de países judicialistas) y, desde la germana *Grundgesetz*, el constitucional. En el primero, el poder se somete a la ley, de la que el juez es mero aplicador mecánico; en el segundo, al juez, y en el tercero, a la constitución. En realidad, todo Estado de Derecho o Imperio del Derecho es judicial, pues los jueces son clave del arco de todo litigio, por lo que sólo deberíamos distinguir entre los diversos grados de judicialismo: todos venimos a ser más o menos judicialistas. Las leyes no se aplican ni interpretan solas: incluso la decisión sobre qué ley es aplicable al caso “es competencia y deber del departamento judicial”<sup>6</sup>. En la más reciente de estas fases, el Estado Constitucional, se somete todo el estado, incluyendo su legislador, a la constitución (tal como la entienden los jueces constitucionales), siendo un ‘Estado de Constitución’ más que de ley, y por lo mismo también de jurisprudencia constitucional, de principios, de valores (los cuales, por cierto, podrían tener el efecto lateral de disminuir nuestro control del poder) y, según los casos, de una cierta dosis de *soft law*. Hay quien sostiene –pero es una *quaestio disputata*– que ya estamos en otra fase, aún más reciente, que sería el estado de derecho como control ‘de convencionalidad’, o sea, la sumisión a los tratados internacionales. Si el Estado de Derecho legal

---

<sup>6</sup>Juez Marshall, caso *Marbury v Madison*, 1803.

implicaba control de legalidad, y el Constitucional de constitucionalidad, el internacional lo implicaría de convencionalidad.

El Estado Constitucional revoluciona el ordenamiento jurídico en un grado sin precedentes, mucho más que lo que sugiere la simple idea de subir un peldaño en la pirámide normativa (de sumisión a la ley a sumisión a la ley suprema), porque aunque la constitución sea también una ley, es una ley suprema y especial, cargada de política, valores, proclamações y programas. Como muestran los hechos, el salto del principio de legalidad al principio de constitucionalidad ha producido un cambio no cuantitativo sino cualitativo, con variaciones según los países y sus respectivas magnas cartas, pero nunca baladí<sup>7</sup>. La rutina nos hace olvidar que el Estado Constitucional ha sido una gran novedad, pues durante el siglo XIX y parte del XX las constituciones europeas y latinoamericanas no eran directamente aplicables y los Estados de Derecho eran, abiertamente, Estados de Leyes, y en algunos casos podía tratarse de leyes in o anticonstitucionales.

*En passant*, y dentro del Estado de Derecho legal, mencionaremos el escalón mínimo de sumisión del poder al derecho, el modesto subtipo del Estado de Justicia Administrativa; escalón modesto y mínimo por tener poco *glamour* y estar en la frontera, casi en la marca exterior, del altisonante Imperio del Derecho. En él, no se somete ‘el poder’ a la Constitución –bien por no ser directamente aplicable, bien por no haber constitución, como en el franquismo– ni, tal vez, siquiera, a la ley formal emanada del legislativo. Sólo se somete la administración pública –esto es, sólo una rama de la rama ejecutiva; no el gobierno–, a las principales normas reguladoras de la administración, que quizá, como decimos, ni siquiera sean leyes formales dictadas por un legislador representativo y democrático. Hoy, nuestras democracias dan por supuesto que como en sus constituciones se proclama el Estado de Derecho legal (o el Constitucional, o ambos), consagrando solemnemente la sumisión a la ley y a la constitución, queda ya con ella automáticamente garantizado el Estado de Justicia Administrativa pues ‘el que puede lo más, puede lo menos’. Pero no debería darse por supuesto, como veremos. El modesto Estado de Justicia Administrativa es más importante de lo que parece porque para el ciudadano medio, en la vida práctica ordinaria, el altisonante Imperio del Derecho muchas veces se concreta en las posibilidades reales que tiene de derrotar a la Administración en un litigio común y corriente.

C. Por lo que se refiere a la dimensión libertad/igualdad y al grado de intervención estatal para lograr la segunda, distinguiremos el Estado de Derecho liberal (o ‘Estado de Derecho’ a secas, pues en el siglo XIX los

---

<sup>7</sup>Sobre el paso del Estado de Derecho legal al constitucional y del principio de legalidad al de constitucionalidad, Pereira Menaut, *Rule of Law...*, 70-95.

pocos que había eran liberales), el Estado Social de Derecho y el Estado Social. Estos dos últimos se distinguen porque el primero injerta ciertas políticas sociales en un Estado de Derecho cuya arquitectura básica sigue siendo la anterior, mientras que el Estado Social interviene en toda la vida social para reconfigurar la sociedad toda, a tal punto que con su activismo a veces puede arriesgar la dimensión de sumisión al derecho. Últimamente, los estados sociales europeos han dado un paso más: están legislando y gobernando mucho en materias no sólo públicas y sociales sino también personales y de escasa dimensión política, como si la persona humana, una vez politizada por las nuevas bioideologías postmodernas, se hubiera convertido en uno más de los campos de actividad estatal. Como el estado, por definición, tiene la competencia universal, al desaparecer la mentalidad anterior, ninguna barrera le impide irrumpir en ese terreno.

#### IV DIFERENCIAS ENTRE *RULE OF LAW* Y *RECHTSSTAAT*

Desde hace ya tiempo, ambos modelos se han venido aproximando notablemente, por diversas causas, de las que, con la perspectiva de hoy, destacaremos la judicialización, la apertura de más y más vías de recurso<sup>8</sup>, la pérdida formal (en la práctica, atenuación, y sólo moderada y con matices, como veremos) de la posición privilegiada de la administración pública y la eliminación (o más bien disminución, y sólo moderada) de las inmunidades y zonas exentas de control judicial. También la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como las respectivas jurisprudencias, han contribuido mucho al acercamiento, porque los ordenamientos jurídicos de todos los estados miembros han pasado a navegar en un mismo barco, al menos en cierto número (cada vez mayor) de terrenos. En conjunto, parece haberse acercado más el modelo continental al inglés que lo contrario. El *rule of law* ha tenido (y tiene) sus altibajos, como está sucediendo al constitucionalismo británico en general<sup>9</sup>, y hay aspectos en los que puede puntuar más bajo que el modelo alemán y aspectos en los que se ha aproximado a éste (aceptar los valores, o los derechos fundamentales<sup>10</sup>). Desde hace varios decenios, las libertades y la sumisión del poder al derecho en Inglaterra retroceden mientras que el control sobre los ciudadanos aumenta; así, hoy es uno de los países con más cámaras de videovigilancia.

---

<sup>8</sup>De Alemania se ha dicho, jugando con las palabras, que es más un *Rechtswegestaat* que un *Rechtsstaat*.

<sup>9</sup>Informe del Comité Franks, 1957; *Report on Remedies in Administrative Law*, 1976.

<sup>10</sup>En su dibujo del actual *rule of law* Bradley y Ewing incluyen ambos, pero de ahí no se puede deducir que lo que resulta sea idéntico a nuestro Estado de Derecho Constitucional (*op. cit.*, 95-99).

Aunque ambos compartan hoy cada vez más cosas, acercando la lupa todavía se aprecian diferencias, cuya raíz está en esas distintas visiones del estado, el derecho y la constitución a que nos hemos referido. No consideraremos ahora el *régime administratif*, antes principal antagonista del modelo inglés pero ahora en España relegado (quizá injustamente) por el espectacular desarrollo constitucional alemán. Aunque el modelo francés también ha experimentado similar convergencia y evolución, en sentido jurisprudencial, originalmente (Edicto de Saint Germain, ya citado), no era una forma de someter el poder al derecho sino su negación y la exención de la administración del control judicial; o sea, lo opuesto a la *Star Chamber Abolition Act* (más tarde *Habeas Corpus Act*) de 1640.

Para introducirnos en las diferencias comenzaremos con unas definiciones que se pueden considerar representativas. Hace unos años, al consolidarse y desarrollarse la Constitución actual, el profesor Pérez Luño escribió que

“el Estado de Derecho [español actual, germanizante] no es sólo un Estado de legalidad formal sino aquel Estado en el que la legalidad se funda en la soberanía popular y se dirige a la tutela de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho es, por tanto, una expresión de legitimidad política”<sup>11</sup>.

Contrástese con el *rule of law* dibujado *cum grano salis* por Sir Ivor Jennings en los años 50:

“Ningún hombre (ni mujer) puede ser arrestado por un policía a menos que haya infringido la ley, ni ser mantenido en prisión a menos que un magistrado o juez y un jurado lo hayan encontrado culpable de un delito; ni puede ser privado de su propiedad excepto por un procedimiento jurídico y, en ese caso, sólo pagándole una compensación; ni puede ningún funcionario público *push him around* a menos que la ley diga que puede, y en ese caso sólo si el funcionario obedece todas las formalidades legales y se asegura de que esa persona recibe un trato justo. Y si alguien rompe estas reglas, la persona afectada está plenamente legitimada para seguir adelante y quejarse a un juez de paz, o escribir a los periódicos y armar un jaleo, o pedir a su diputado que suscite la cuestión en el Parlamento”<sup>12</sup>.

En esta castiza descripción, que en el original es aun más larga (no falta en ella la locuacidad de la mujer del agraviado y la simpatía o antipatía

---

<sup>11</sup>Pérez Luño, 59, citado por Carreras como muestra de una concepción generalmente aceptada.

<sup>12</sup>Jennings, 9-11. Huelga decir que no todos los autores contemporáneos de Sir Ivor compartían esa visión tipo *merry old England*. Como muestra de planteamiento actual aquí tomamos a Bradley y Ewing, tanto por ser una opinión posterior y muy distinta, y distinta también de la de Dicey, como por ser un clásico (es la 15ª ed. de la famosa obra de Wade y Phillips de ese título, 1931, 1ª ed.).

del policía), el *rule of law* se sustenta en la *natural justice*, la judicatura, el sentido común de la gente, la prensa, el Parlamento y la policía; *ergo*, no es sólo legal, y no se apoya sólo en los jueces. Hoy, el Parlamento ya no cumple satisfactoriamente su misión, mientras que los otros apoyos tampoco atraviesan su *finest hour*.

Veamos el tema con un poco más detalle.

A. En primer lugar, el *rule of law*, al revés que el Estado de Derecho, supone la previa existencia del derecho (al menos, de una parte del derecho), bien por ser natural, como la *natural justice*<sup>13</sup>, bien por ser histórico. En el segundo caso sería algo así como el Fuero Juzgo en España, que estuvo en vigor desde Fernando III hasta el Código Civil y fue considerado por generaciones y generaciones como algo dado, como parte del paisaje jurídico. El derecho, en parte, viene dado y merece respeto, aunque pueda ser modificado por el Parlamento soberano. En España, durante siglos, nadie creía que el derecho contenido en el Fuero Juzgo dependiera sólo del capricho del legislador.

B. No presupone la existencia del estado, esto es, alguien con el monopolio de la producción, interpretación y aplicación del derecho. No es difícil imaginar al *rule of law* enfrentado al poder del estado, mientras que es más difícil imaginar al Estado de Derecho enfrentado al estado. Para funcionar, el modelo inglés no precisa soberanía; para que haya estado, tiene que haber soberanía. La *supremacy of law* de Dicey no es soberanía del estado, de la nación o del pueblo, sino 'imperio' del derecho, sumisión al derecho. Si la soberanía es *potestas legibus absoluta*, la idea del *rule of law* es justamente la contraria (incidentalmente: también los derechos, si son naturales o históricos, son una excepción a la soberanía).

En cuanto al tipo de constitución, el *rule of law* estará más cómodo con una que vaya a lo esencial y no pretenda regular todo. Puede ser la norma más alta —en muchos casos ha sido y será así—, pero no la cúspide de pirámide y fuente de toda posible juridicidad; será más un límite que una fuente de fuentes. Ejemplo: la norteamericana no dice nada sobre 'Fuentes del Derecho' y menos aun sobre los ordenamientos jurídicos de los estados miembros: simplemente, proclama la cláusula de supremacía y marca unos límites. No es una 'constitución dirigente' (Canotilho<sup>14</sup>), idea *prima facie* fascinante pero que podría generar, en la práctica, la intervención del estado en la vida social e incluso personal (según lo detallada y ambiciosa que sea cada magna carta, pero todas las 'dirigentes' suelen

---

<sup>13</sup>Soto Kloss, "Los principios de la *natural justice*, medios de control jurisdiccional de la actividad administrativa", *Derecho Administrativo*, t. I, 321-328.

<sup>14</sup>Ver Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador* y "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente?".

serlo). Es claro que el Estado de Derecho de una constitución dirigente no será como el de otra no dirigente, pues no es lo mismo someterse a una constitución que quiere configurar la sociedad que a una que pretende sólo sujetar el poder al derecho. Una sentencia norteamericana de 1983 dijo que la preocupación de los autores de su Bill of Rights no había sido que el gobierno hiciera poco por los ciudadanos sino que hiciera demasiado<sup>15</sup>.

C. En segundo lugar, en cuanto a fuentes, queda dicho que el *rule of law* es pluralista, judicialista y no tan legalista. Si consultamos un diccionario jurídico de un país de *common law* que tenga veinticinco años o más, puede ser que ‘principio de legalidad’ no aparezca, o sólo como un asunto de derecho penal (como otros aspectos del constitucionalismo inglés, esto está hoy cambiando<sup>16</sup>). Con todo, en España, y por mucho que hoy repitamos acríticamente ‘la ley es la ley y es para cumplirla’, tampoco es siempre cierto, siendo más importante para nuestro Estado de Derecho la jurisprudencia constitucional, las jurisprudencias de Estrasburgo y Luxemburgo, los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la joven Carta de la Unión Europea, la legislación de la Unión Europea y los valores. Poca sorpresa, si recordamos que el modelo actual de las constituciones continentales, la *Grundgesetz*, se presenta hoy como un conjunto de valores positivizado, y donde más se nota eso es, después de los derechos fundamentales, en el Estado de Derecho. Esta atenuación del legalismo mecanicista del siglo XIX aproxima el Estado de Derecho al *rule of law* por aumento del judicialismo, pero no tanto como parece, pues en principio el *common law* no gusta de valores, que son difíciles de concretar, difuminan los perfiles jurídicos y expanden indebidamente la competencia del intérprete (jueces, ejecutivo europeo, ejecutivo estatal). Añádase que –según sean la interpretación y la expansión– los valores podrían terminar aumentando nuestros deberes y generando mayor sumisión al intérprete de los mismos, usualmente, el estado por medio de alguno de sus órganos.

Todavía en relación con la dimensión judicialismo/legalismo, queda dicho que la sumisión del poder al derecho en el *rule of law* es judicialista, y por tanto más personal –el derecho es interpretado por seres humanos vivos que no se limitan a subsumir un hecho en una ley–, mientras que en el Estado de Derecho es legalista y por tanto más impersonal –según el decimonónico *da mihi factum, dabo tibi ius*, los jueces serían aplicadores mecánicos, casi como un buen computador– y se basa en la norma

---

<sup>15</sup>“El problema [...] es que la Constitución es una carta de libertades negativas, más que positivas [...] Los hombres que escribieron el *Bill of Rights* no estaban preocupados porque el gobierno pudiera hacer poco por ellos sino porque pudiera hacer demasiado [...]” (juez Posner en el caso *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d, 1200, núm. 8; Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito).

<sup>16</sup>*Cfr.* Bradley y Ewing, 95-97.

positiva, manifestación política de la voluntad general (o más bien de sus representantes, o de las jefaturas de los grandes partidos). En el *rule of law* original los jueces, seres humanos vivos, no eran *civil servants* (funcionarios del estado), y no sólo eran independientes, como en todos los países, sino que eran como una corporación en sentido estamental, que se trataban entre ellos a veces como *brethren*<sup>17</sup>; como una cofradía de cuidadores de un depósito jurídico confiado a su interpretación. Ni siquiera el *government of laws and not of men* americano era abstracto y despersonalizado<sup>18</sup>.

Hoy, la relación del Estado de Derecho continental con el judicialismo es contradictoria. Seguimos profesándonos legalistas ante nuestros alumnos, pero Alemania, el Conseil d'Etat francés, España o la Unión Europea se ha vuelto marcadamente judicialistas, incluso, a veces, con un positivismo de la sentencia que sustituye al positivismo de la ley (aunque no es igual). En realidad, y aunque parezca anti-intuitivo, cuantas más normas haya, más conflictos de normas habrá, más oportunidades para los litigantes y más protagonismo del intérprete.

D. Tercero, el *rule of law* parte (o partía originalmente) de la base de que el derecho ya existe y está *in the breasts of the judges* ("en el pecho de los jueces"), y también de unos *birthrights*, mientras que el Estado de Derecho concibe los derechos como posteriores al estado y a su legislación, o, al menos a la constitución. Para el *Rechtsstaat* del siglo XIX no hay sino autolimitaciones del estado; para el *rule of law* las limitaciones eran extrínsecas (derechos innatos, justicia natural, derecho histórico, que viene dado). En principio, la mecánica propia del Estado de Derecho consiste en crear un sistema lógico de normas jurídicas coherentes y derivadas unas de otras, y después permitirnos actuar dentro de él.

Con todo, los Estados de Derecho posteriores a 1945, como el alemán, y luego el español y otros, se autoproclaman Estados de Derecho de unos *Grundrechte* prelegales e incluso preconstitucionales, así como de la dignidad humana, como hace el radical artículo 10.1 de nuestra Constitución<sup>19</sup> –el más importante, al menos hasta la llegada del nuevo y dudosamente constitucional 135–. En su formulación literal, la *Grundgesetz* y la constitución española son marcadamente iusnaturalistas: admiten realidades anteriores a sí mismas, protegen el contenido *esencial* de los derechos y distinguen 'ley' y 'derecho' (cuánto se refleja eso después en nuestra vida jurídica práctica, es otra cuestión).

---

<sup>17</sup>"Hermanos" (arcaizante).

<sup>18</sup>*Concurring opinion* del juez F. Frankfurter, caso *United Mine Workers of America*, 1947.

<sup>19</sup>"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

E. Cuarto, el Estado de Derecho tiene más vocación de actuación positiva del estado; de ahí ‘Estado social y Democrático de Derecho’ y etiquetas parecidas. El *rule of law* subraya (o subrayaba) ante todo la sumisión del poder al derecho. Por eso tendría poco sentido decir que España es un *social and democratic rule of law*, mientras que tiene sentido decir que el gobierno, aparte de someterse al *rule of law*, pone en práctica el *welfare state*, pero como cosa diferente, con lo cual el *welfare* puede expandirse o retraerse sin afectar por ello necesariamente al *rule of law*<sup>20</sup>. En cambio, entre nosotros, como está mostrando la actual crisis, los recortes del Estado Social recortan también el Estado de Derecho (al menos en la práctica; en teoría, podría no ser así).

F. Otra interesante diferencia es que se puede hablar, con las debidas precauciones, de un *rule of law* internacional. No debe confundirse con los componentes jurídicos internacionales que pueda tener en un país el *rule of law*<sup>21</sup>. La idea, en su esencia, estaría lejos de ser nueva, pues ya en el Imperio Británico, y después en la Commonwealth, fue común que algunas partes del derecho aplicables en un país procediera de otro, generalmente de Inglaterra. Pero nunca se podrá hablar –esperemos– de un Estado de Derecho Internacional, que implicaría un estado de monstruosas dimensiones con una concentración del poder proporcional a ello y, por lo mismo, mucho más difícil de someter al Derecho: nos sometería a los demás, pero nosotros no tendríamos cómo someterlo a él porque las instituciones de contrapeso tendrían similares dimensiones, de modo que en ellas el individuo medio pesaría muy poco o nada. Como el primero no necesariamente implica ‘estado’ ni ‘soberanía’, no ve inconvenientes insuperables en trascender las fronteras y adaptarse a un mundo sin auténticos estados y con soberanías sólo originarias (aquí distinguimos entre soberanía originaria, que designa la legitimidad en última instancia –ejemplo: “la titularidad originaria de todos los poderes públicos ejercitables en España pertenece a los españoles”–, y soberanía actual, que designaría la *plenitudo potestatis legibus absoluta* –ejemplo: “los españoles tienen un poder omnímodo”–).

No insistiremos en que *rule of international law* –gobernar conforme al derecho internacional– e *international rule of law* –gobierno por un órgano internacional, tal vez un *rule of international judges*– pueden no coincidir. Lo segundo tendría que ver con el reciente ‘control de convencionalidad’, o sumisión de todo –actos administrativos, leyes, e incluso constituciones y jurisprudencias constitucionales– a las convenciones o tratados interna-

---

<sup>20</sup>También en eso las cosas están cambiando; ver, en Bradley y Ewing, 100, “Social and economic aspects of the rule of law”. Su postura es ecléctica: alejada de la tradicional inglesa pero sin defender lo que nosotros entenderíamos por ‘Estado de Derecho Social y Democrático’.

<sup>21</sup>A lo que se refieren Bradley y Ewing en “International aspects of the rule of law”, 99-100.

cionales firmados por el estado del que somos súbditos. Si el Estado de Derecho legal implicaba control de legalidad, el constitucional lo implicaría de constitucionalidad, y el internacional de convencionalidad. Con todo, hay mucho que discutir sobre el control de convencionalidad; para empezar, si es conceptualmente autónomo respecto del de constitucionalidad, o no, y, para continuar, si la cuestión es tan simple y mecánica como subir un peldaño por la escalera de las normas. ¿Son los tratados internacionales independientes de las constituciones? ¿Son más altos? (esto, sin duda). ¿Más legítimos? ¿Más democráticos? ¿Anteriores o posteriores a las constituciones? ¿Originarios o derivados de las mismas? ¿Son siempre más conformes a derecho? Y, ¿cuál valida a cuál: la constitución al tratado o viceversa? Al final, un Tribunal Constitucional nacional, ¿por qué norma estará más obligado: por su constitución o por un tratado firmado al amparo de ella? Y los interrogantes no se acaban ahí<sup>22</sup>.

En todo caso, el estado internacional de derecho nunca debería entenderse de una forma que los poderes constituyentes nacionales se desplacen y vengán a residenciarse en los guardianes o intérpretes de ese estado de derecho internacional, que ahora serán supranacionales o tal vez mundiales.

## V. FINIS

Las cosas no están como en tiempos de Dicey. Ahora, la sumisión del poder al derecho –como el constitucionalismo en general, del cual forma parte– hace frente a otros desafíos, como la globalización, que en parte es una cuestión de escala, y por tanto territorial, y en parte es una cuestión funcional, y por tanto de actividades (por ejemplo, las biotecnologías). Cabe pensar que el siguiente paso del constitucionalismo –si el anterior consistió en ir más allá del estado, éste consistiría en ir más allá del territorialismo– debe ser constitucionalizar actividades no territoriales (innecesario decir que muchos poderes y actividades seguirán siendo territoriales, a escalas diversas, pues lo funcional y lo territorial coexistirán). En ese caso, ¿a qué derecho y a qué jueces someteremos esos nuevos poderes y actividades? Otro aspecto no territorial en el que también se debe lograr que el derecho impere es el nuevo espacio público virtual de internet. ¿Cuál de las dos formas de imperio del derecho será la más adecuada, la inglesa o la continental? Los continentales tenemos la mente formateada estatalmente, como se puede ver, a veces, en la Unión Europea, y, en Iberoamérica, en

---

<sup>22</sup>La postura del TC alemán frente a la integración europea, expresada en sus famosas sentencias *Solange I* y *Solange II*, *Brunner* o de *Maastricht*, y de *Lisboa*, da muchas pistas para este problema. No ignoro que muchos autores más ilustres que yo aceptan el control de convencionalidad sin mayores matices.

el novedoso ‘control de convencionalidad’, que muchos tratan como si fuera un paso más en el control de legalidad intraestatal. Pero dejemos por ahora esos tan interesantes como problemáticos terrenos.

Las cosas no están como en tiempos de Dicey –decíamos– también en otro sentido: en Inglaterra ha retrocedido el control sobre el poder, al igual que en tantos otros países, y en algún aspecto, más. En cambio, en Alemania el gobierno está mucho más sometido al derecho hoy que en los tiempos de Bismarck, que fueron, en parte, los de Dicey. En realidad, ni en sus tiempos estuvieron las cosas exactamente como las pintaba Dicey<sup>23</sup> pero tuvo el mérito de crear un tipo ideal (en sentido weberiano), que fue básicamente aceptado incluso por relevantes autores franceses. En 1908 (fecha de la edición de *The Law of the Constitution* que Dicey consideró más acabada), en Inglaterra ya existía un derecho administrativo. Por lo que se refiere a Francia, ya quedó advertido que su *Conseil d’Etat* ha venido siendo jurisprudencial desde hace mucho tiempo.

Decíamos que en una valoración general, como todas las de este género, parece haberse aproximado más el modelo continental al inglés. Nada raro; lo mismo sucede con el ‘bloque de la constitucionalidad’, o, más aun, con la difusa y no codificada constitución europea. De donde resultaría que, curiosamente, la idea básica y originaria del pre-moderno *rule of law* podría sernos más útil hoy que la del moderno Estado de Derecho (o quizá no tan curiosamente, pues algo semejante está sucediendo con el estado y el derecho en general).

Pero esto nos lleva a una interesante cuestión. La Unión Europea, cada día más poderosa, debe también someterse al derecho. Pero al no ser un estado, no hay un ‘Estado de Derecho europeo’, por alambicadas denominaciones que se busquen, como ‘Comunidad de Derecho’. Por la experiencia de la Unión, de momento su tipo de sumisión a derecho parece también más próximo al *rule of law* por tres razones. Primera, porque al no ser un estado no es anterior al derecho ni lo pretende –gran parte del derecho le viene dado, como ella abiertamente reconoce: tradiciones jurídicas, principios, derechos fundamentales, y jurisprudencias anteriores o no producidas por ella sino por Estrasburgo o Karlsruhe–. Segunda, porque su derecho no está monopolizado por la ley sino que es bastante pluralista (con matices). Tercera, porque su imperio del derecho ha sido abiertamente judicialista desde el principio, sin excluir algún excesivo activismo judicial, hasta el punto de que los primeros pasos de la constitucionalización europea fueron dados por jueces ya en los años sesenta en las notadas sentencias *Van Gend* y *Costa*. No ignoramos que la gestión de la actual crisis financiera está produciendo una no pequeña

---

<sup>23</sup>Bradley y Ewing, 92-95; Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, I, 1996, 253-254.

mutación constitucional de la Unión<sup>24</sup> que apuntaría en unas direcciones más estatistas y desfavorables para el *rule of law*, pero no por ello más favorables a ninguna otra forma de sumisión del poder al derecho.

A nivel de la Unión Europea, la actual crisis también está impactando negativamente en la sumisión del poder al derecho –donde la Unión nunca ha brillado como debería–, en especial en la actuación de los poderes de la Unión respecto de los países que han sido objeto de rescate (*bail out*), tanto por lo que se refiere a la sumisión a las constituciones nacionales como a la cuasi constitución europea (los Tratados), como por lo que se refiere a la sumisión a la ley, tanto nacional como europea. El Tratado del Mecanismo Europeo de Estabilidad (2012) coloca oficialmente a ese nuevo organismo por encima y al margen del derecho<sup>25</sup>. El gobierno español –como otros gobiernos nacionales y el propio comunitario– agitan el fatalismo y el miedo a la ruina económica para justificar actuaciones contrarias o ajenas a derecho (en el miedo estaba una de las diferencias entre Hobbes y Locke; si el segundo insistía en el gobierno limitado, los derechos pre-legales y el *rule of law* era por no partir del miedo).

No podemos concluir sin referirnos a dos países, golpeados por esos dos factores de riesgo para la sumisión del poder al derecho que son el terrorismo y/o la crisis económica: el Reino Unido y España. Aunque muy distintos en casi todos los aspectos, ambos están tendiendo a legitimar el “todo vale”, sea contra el terrorismo, sea contra el excesivo déficit público, principio que se compagina muy mal con la sumisión del poder al derecho.

## GRAN BRETAÑA

La primera referencia es a la Gran Bretaña. Su modelo no atraviesa hoy su mejor momento, pero es que tampoco lo atraviesa el constitucionalismo británico en general. No ignoramos que el problema no es británico sino global, pero está agudizado en algunos países como el Reino Unido por la intensidad y duración del terrorismo allí<sup>26</sup>. Tampoco es un problema sólo constitucional-administrativo, sino también, como señalábamos, del derecho penal, que en diversos países, incluyendo España, está pasando

---

<sup>24</sup>Menéndez, “Mutación Constitucional de la UE”.

<sup>25</sup>Ese Tratado se aprobó por un procedimiento abreviado especial y con poca publicidad. El MEDE se gobierna por un Consejo, independiente del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales, con poder absoluto en los ámbitos de su competencia y notables privilegios. Sus bienes, archivos y documentos están exentos de todo embargo, control o registro, incluso judicial. Las operaciones del Consejo están exentas de impuestos directos, y los salarios de su personal no pagan los impuestos nacionales de la renta de las personas físicas. Recuerda al Edicto de Saint Germain: el detentador del poder se auto-exime de todo control, político o jurisdiccional. Ver Tratado del MEDE, arts. 32 (estatuto jurídico, privilegios e inmunidades), 34 (secreto profesional), 35 (inmunidad de las personas) y 36 (inmunidad fiscal).

<sup>26</sup>Frankenberg, *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law, passim*.

del hincapié en la justicia y legalidad de las penas a instrumento para la persecución del enemigo<sup>27</sup>. Ya en 1957 hizo falta el *Informe Franks* a causa de ciertos problemas de control de la Administración pública, pero entonces era un problema más jurídico-administrativo que jurídico-constitucional.

En el terreno de la práctica política y administrativa, hoy, la situación es otra. En 2008 la policía entró sin mandamiento judicial en la oficina del diputado Damian Green, lo retuvo varias horas y se apoderó del disco duro de su computadora, su teléfono celular y sus documentos, además de tomarle huellas dactilares y muestras del ADN; nadie fue castigado ni removido de su cargo. Una libertad inglesa de pura cepa como el *Habeas Corpus*, tras las últimas restricciones para combatir el terrorismo, está más protegida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos que por la legislación británica. En 2005 se produjo un sonado atentado terrorista en Londres; en 2008, a propuesta del primer ministro laborista Gordon Brown, una dócil Cámara de los Comunes extendió la detención sin juicio hasta 42 días. Y en cuanto a control, de los países occidentales importantes, el pueblo del Reino Unido es probablemente el más vigilado por cámaras de video. Otra novedad es el *nudging*<sup>28</sup>.

Siempre es arriesgado valorar algo que está sucediendo ahora mismo, porque carecemos de perspectiva, pero no será fácil que en este caso esa valoración resulte positiva. ¿Causas? El fallo del Parlamento, la pérdida del acuerdo fundamental y de las antiguas bases éticas, la disminuida calidad personal de los parlamentarios y políticos en general, la pérdida de vigencia de 'la casa de un inglés es su castillo', el insuficiente aprecio de las libertades por unos ciudadanos que fueron los más libres del Planeta<sup>29</sup>; la entronización de la seguridad y la eficiencia que acompañan a la *War on Terror*... Frankenberg habla de la normalización del estado de excepción<sup>30</sup>.

También en el terreno de la doctrina científica la situación es hoy otra. El *rule of law* que nos dibujan Bradley y Ewing no tiene mucho de isleño ni idiosincrático, aunque conserva lo esencial –la sumisión del gobierno al derecho–, pero sensiblemente alterado y más cercano al modelo continental (básicamente, al alemán y al que resulta de la jurisprudencia europea). En realidad, está dentro del torrente circulatorio del derecho europeo.

---

<sup>27</sup>Entre muchos, Frankenberg, *Political Technology*...

<sup>28</sup>Tampoco el malamente traducible *nudging* y la 'arquitectura de la elección' (*choice architecture*), que consisten en condicionar nuestra elección sin formalmente restarnos libertad, son problemas sólo británicos. Recuerdan al poder omnímodo pero suave y 'benefactor' que precedía Tocqueville. Quizá estén más cerca de la ingeniería social que del derecho constitucional.

<sup>29</sup>El serio recorte de libertades no parece molestar demasiado a la gran mayoría (*The Economist*, "Mary Poppins and Magna Carta", 21-VI-2008, 49-50).

<sup>30</sup>Frankenberg, *Political Technology*..., 185 ss. Uno de los países que estudia es precisamente el Reino Unido.

Consta de tres aspectos<sup>31</sup>: la ley y el orden son preferibles a la anarquía, el gobierno conforme a la ley, y la consideración del *rule of law* como una amplia doctrina que afecta a la producción de nuevas leyes. En cuanto al primer aspecto, cierto que ley y orden son preferibles a la anarquía, pero –advierten los autores– ello podría eventualmente ser compatible con una dictadura. En cuanto al segundo aspecto, conecta con el *principle of legality* en la actuación del gobierno, que estos autores admiten, e incluso con esa denominación; si bien advierten de su insuficiencia: “si todo lo que el *rule of law* significa es que los actos oficiales deben estar revestidos con la legalidad, esto no garantiza que no sean infringidos otros valores fundamentales”<sup>32</sup>. Además, es interesante que Bradley y Ewing no llaman la atención sobre ninguna particular crisis en la institución que estamos estudiando. El *rule of law* del siglo XXI, para ellos, se caracteriza también por algunos rasgos, ya aludidos, como el admitir una moderada dimensión de derechos sociales y económicos, una dimensión internacional (y, va de suyo, formar parte de un sistema europeo supranacional de control judicial<sup>33</sup>), además de la presencia en él de los valores –antes tan ajenos al sobrio razonamiento jurídico anglosajón– y los *fundamental rights*, que en el vocabulario de algunos autores británicos parecen haber desplazado a los *Englishman’s birthrights*.

## ESPAÑA

Segunda referencia: el Estado de Justicia Administrativa en España, hoy. Desde un punto de vista lógico y formal, probablemente el sistema británico sea menos perfecto que el español, que proclama con la Constitución en la mano el acceso universal a los tribunales de lo contencioso-administrativo, remedio que en la práctica no siempre sirve para proteger efectivamente al ciudadano. El sistema británico admite más flexibles, variados y eficaces mecanismos de control, matices todo éstos que no se aprecian si nos limitamos a traducir *Administrative Tribunals* (plural) por “jurisdicción contencioso-administrativa”<sup>34</sup>. Incluso a día de hoy, los ingleses siguen sin ser tan amigos de tener todo minuciosamente legislado.

Decíamos que el Estado de Justicia Administrativa no puede darse por supuesto por el hecho de que tengamos una constitución que consagra el Estado de Derecho y que, además, en el caso español, lo hace tan bien no se le podría pedir mucho más, al menos a la letra del texto constitucional. Recuérdense los artículos 9.3 (“La Constitución garantiza el principio de

---

<sup>31</sup>Bradley y Ewing, 95-99.

<sup>32</sup>Bradley y Ewing, 97.

<sup>33</sup>Bradley y Ewing, 101.

<sup>34</sup>Bradley y Ewing, “Administrative Justice”, en las 639-647. Son razonablemente imparciales e independientes. Han sido objeto de un importante rediseño por la *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*.

legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, 24.1 (“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales [...], sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”), 103.1 (“La Administración Pública [...] actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”) y 106: 1 (“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”). Con todo, el texto de la Constitución no toma precauciones contra ciertos posibles abusos, como el de la autotutela, y tiene otras carencias que acaban repercutiendo en el Derecho vivido, como la insuficiente separación de poderes y la insuficiente garantía de la independencia judicial.

En el terreno de la práctica, nuestra impresión –provisional, pues tienen que pasar los años e intervenir los historiadores– es que el Estado de Justicia Administrativa ha retrocedido hasta niveles quizá no muy superiores a los del final de la dictadura franquista, y lo que para una dictadura sería un progreso, para una democracia no lo es. Más que un Estado de Derecho, hoy parecemos tener un Estado de Seguridad, cumplimiento de la ley (más bien de las normas inferiores a ley), y de Eficiencia Fiscal. El hincapié en la seguridad, en particular, facilita la normalización del estado de excepción, y así explica las últimas reformas del código penal español. En materias tributarias, en vez de un *rule of law* tenemos (permitáseme una moderada exageración) un *rule of fear*; no un miedo radical, como el que menciona Frankenberg<sup>35</sup>, a perder la vida, ni siquiera a ir a prisión, sino a las descomedidas sanciones económicas y molestias, todo lo cual coloca al ciudadano en una situación de cautela y prevención impropias de un ciudadano a quien su constitución le dice que es libre y soberano. La lógica de los últimos gobiernos es que una multa impuesta tiene que ser una multa cobrada, y un impuesto reclamado tiene que ser un impuesto cobrado; y ya los agraviados recurrirán después. El principio *solve et repete*, formalmente expulsado por la puerta de la anticonstitucionalidad, reentra por la ventana de la práctica administrativa<sup>36</sup>. Vivimos bajo una ‘cuasi-dictadura’ fiscal que conserva uno

---

<sup>35</sup>*Political Technology*, 147 ss., 174 ss. En España, ridiculizar e incluso insultar a la policía, antes de rigor incluso bajo las dictaduras, ha dejado de ser lo habitual, y el ciudadano no le hace frente como antes, ni siquiera de palabra. También nos hemos vuelto más pesimistas a la hora de litigar contra la administración.

<sup>36</sup>Huelga decir que aquí no nos referimos al *solve et repete* de derecho privado (entre particulares, como en casos de representación o mandato). El de derecho público no tiene anclaje posible en la Constitución, pero la Administración exige consignaciones dinerarias previas u otras ‘garantías’, como avales bancarios, cuyo efecto es similar. La jurisprudencia, sin prohibirlo por completo, le es desfavorable; p. ej., sent. del TS de 25-IX-2000 (y sents. allí

de los no muchos atributos estatales que le quedan a España, la implacabilidad. Es capaz de controlar nuestras vidas hasta un grado odioso, sin precedentes ni siquiera bajo las dictaduras de Primo de Rivera y Franco, dudosamente constitucional, y que ha dejado abiertamente de buscar la justicia para buscar la eficiencia en la recaudación. Los impuestos no sólo son duros, como en tantos países, sino abiertamente injustos, y precisamente parte de su injusticia se debe a que los que más deberían pagar, los grandes defraudadores que se sirven de cuentas bancarias en Suiza o Luxemburgo, pagan menos, y además alcanzan luego el perdón de la administración tributaria. Lo más altruista y social que busca nuestro estado es cumplir los objetivos de déficit público impuestos por la Unión Europea, lo cual también es perturbador para la idea del estado de derecho porque la lógica de la economía (y ahora una economía no industrial sino de especulación financiera) ha sustituido a la lógica del derecho<sup>37</sup> y, por ende, de la justicia. El legislativo, atenazado por la disciplina de partido, no defiende al estado de derecho, y los jueces a menudo han sido tímidos o demasiado deferentes para con el gobierno, sus leyes y su Administración pública. Con motivo de la crisis financie-

---

citadas): “[...] la Constitución supuso [...] la necesidad de conciliar la regla */solve et repete/* con [...] la igualdad en el proceso, tutela judicial efectiva, reserva de ley y jerarquía normativa; [así] que si no se rechazó de manera absoluta [...], sí se condicionó su admisibilidad a [no infringir] tales derechos y principios constitucionales. [...] La regla *solve et repete* [...], puede resultar contraria a la Constitución si su formulación en términos absolutos [...] La exigencia del previo pago, consignación, aval o garantía no es otra cosa que facilidad recaudatoria, elemento disuasor del recurso que repercute en sentido impositivo en el acceso a la vía jurisdiccional con el derivado alcance de suprimir el control en Derecho y por los Tribunales de la actividad de la Administración [...]”. A día de hoy, técnicamente, el mayor problema no es el *solve et repete*, que formalmente no existe, sino la eficacia de los actos administrativos firmes, en virtud de la cual, aunque la admisión de los recursos no está condicionada al previo pago de la deuda (otra cosa son las nuevas tasas judiciales), al no suspenderse la ejecución, el efecto es el mismo. Y como la Administración puede obligarnos a pagar la deuda mientras se tramita la impugnación, la práctica habitual es pagar y luego, en caso de que uno triunfe, al cabo de unos años recuperará lo pagado con intereses.

<sup>37</sup>Ver esa nueva lógica en el nuevo artículo 135 de la Constitución (aprobado sorpresivamente y sin referendum en las vacaciones de agosto de 2011, supuestamente bajo presión europea): “1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria. 2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos [...] por la Unión Europea [...]. 3. [...] Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta [...]”. El cobro de la deuda queda garantizado por encima de todo. El ejercicio de gran parte de la Constitución y la labor de todas las administraciones y servicios públicos quedan condicionados por él. Hasta ahora, el artículo constitucional más importante era el mencionado 10.1 sobre la dignidad; quizá hoy haya venido a ser éste. Por ejemplo: una decisión administrativa del Ministro de Hacienda, cuya posición en la jerarquía normativa es muy baja, recorta sin ambages la autonomía de las universidades, sin importar el artículo 27.10 de la Constitución, que la consagra.

ra, no poco de la labor de gobierno se lleva a cabo por ley ordinaria y normas inferiores a la ley, ignorando o contrariando con frecuencia a la Constitución. Nadie se detiene mucho en eso, y el Gobierno pide tanto respeto por esas normas infra o anticonstitucionales como si fueran las Siete Partidas y hubieran sido aprobadas por el pueblo directamente.

En cuanto a las teorías, con la perspectiva de más de treinta años de cultura jurídica más bien positivista, comprobamos en nuestra propia carne que esa doctrina, a la postre, apodera al gobierno y desapodera al ciudadano. Lejos quedan “la lucha contra las inmunidades de la Administración”, la rica discusión doctrinal sobre ley y reglamento y aquellas grandes cuestiones de cuando se hizo nuestra constitución. Eran otros tiempos, hace treinta y cinco años<sup>38</sup>. Discutíamos ilusionadamente sobre todo eso, dando por supuesto que la Constitución iba a cumplirse razonablemente y que las leyes serían normas serias y estables; quizá positivistas, pero serias, estables y acordadas por unos diputados mínimamente independientes y comprometidos con el bien común.

El abuso de la autotutela<sup>39</sup>, el renacimiento práctico del *solve et repete* y el gobierno por normas del ejecutivo inferiores a la ley, son tres factores que deterioran nuestro estado de justicia administrativa. Añádase ese *nudging* español consistente en tener que pagar unas tasas<sup>40</sup> para poder litigar, lo cual desanima a quien reclame a la Administración una cantidad que no sea muy grande. Similarmente –otro ejemplo–, las multas de tráfico se reducen a la mitad si se pagan inmediatamente, con lo cual la cantidad de recursos presentados ha disminuido mucho.

\* \* \*

---

<sup>38</sup>Ver la brillante discusión sobre ley y reglamento por Santamaría Pastor, *Fundamentos*, 687 ss.

<sup>39</sup>En la autotutela la Administración “crea, modifica, extingue y realiza situaciones jurídicas unilateralmente, por su propia autoridad, sin necesidad de auxilio judicial”, así que el control jurisdiccional, si lo hay, se produce *a posteriori* (Míguez, “Autotutela administrativa...”). El TC español la admite con la condición, no muy dura, de no privarnos a los particulares del control jurisdiccional ulterior (sent. 199/1998, de 13-X-1998, fundamento jurídico 2º). La obligación de interponer recurso administrativo de alzada antes de acudir a la vía jurisdiccional es otro obstáculo práctico en el acceso a la justicia. Para Míguez, lo peor de la situación del Estado de Justicia Administrativa español actual es el abuso de la autotutela y la pobreza de las medidas cautelares, junto con la poco audaz actuación judicial (lo último, ya desde la legislación administrativa de 1956). En Chile, Soto Kloss critica la autotutela y el *solve et repete* en *Derecho Administrativo*, 2010, 405 ss., 561 ss.

<sup>40</sup>La Ley Nº 10/2012 y el real decreto-ley 3/2013 imponen, para poder litigar, el pago previo de unas tasas, de importe variable según la cuantía del pleito. Esto no puede ser muy constitucional, pues dificulta el acceso a la justicia, disminuye el control de la Administración por los jueces y perjudica a los más débiles económicamente.

Para volverse pesimista y conservador en sentido literal, como para tener colesterol y presión arterial altos, basta sentarse, mantenerse informado de todo lo que va mal, y dejar pasar el tiempo. ¿Incorre este artículo en ese defecto? El lector soberano juzgará.

Por un lado, las crisis nunca han sido lo mejor para someter el poder al derecho, como sabían ya los romanos. Nosotros esperamos que tras la tormenta, las aguas vuelvan a su cauce. Por otro lado, no faltan indicios de un cambio de época más profundo. Hace ya mucho que al constitucionalismo, que no es una planta sin tierra, se le está alterando la tierra bajo los pies, aunque las formas externas se mantengan. Al imperio del derecho le afectan mucho la cultura dominante sobre el poder, el derecho o la justicia, y esa cultura ya no es la del tiempo de Locke. En nuestra cultura tampoco faltan otros rasgos que son favorables al imperio del derecho, como el hincapié en la transparencia, pero en otros aspectos no se puede decir lo mismo: sustitución de la moral y el derecho por la economía (y, además, financiera) como lógica básica de la vida social<sup>41</sup>; preferencia por la seguridad, la eficacia y el positivismo jurídico; desconsideración por las fuentes del derecho que no son la ley, y pérdida de las visiones éticas básicas compartidas intersubjetivamente, o sea, el viejo *agreement on fundamentals* que, mírese como se mire, era cristiano (o judeo-cristiano-greco-romano, si se prefiere). Esto seca las raíces de las justas rebeldías<sup>42</sup> y al mismo conduce a un inmoderado relativismo. Se suponía que el efecto centrifugador del relativismo sería compensado por el positivismo legalista, pero más que compensación lo que ha habido es yuxtaposición: relativismo en lo personal y “la ley es la ley y hay que cumplirla” en lo público. Nuestros oráculos sociales insisten en que cada uno fabrique su personal verdad: uno se pregunta si así esperan que florezcan visiones interpersonales compartidas o ambiciosos proyectos comunes altruistas<sup>43</sup> a los que el poder haya de someterse.

Aquí no defendemos ninguna visión fatalista. Los últimos veinticinco años de nuestra historia han mostrado que el hombre es libre aunque esté condicionado, que no estamos sometidos a un destino ciego y fatal, y que las cosas pueden suceder de una forma que ni los *think tanks* más afamados predicen. Si hoy hemos perdido el antiguo acuerdo fundamental, en vez de lamentarnos deberíamos pensar en producir otro. Ahora bien, como eso no es fácil, ni rápido, ni se consigue a base de grabarlo con letras marmóreas en una constitución o tratado internacional, tal vez

---

<sup>41</sup>Denunciada por el Papa Francisco en *Evangelii Gaudium*, nn. 55-58.

<sup>42</sup>Rebeldía que aparece en la definición de *rule of law* de Jennings, *cit.*, y en el dicho ‘la casa del un inglés es su castillo’.

<sup>43</sup>Relativismo, centrifugación, “hiperpluralismo” (Gregory) y verdades a la carta, todas esas cosas son ciertas, pero no pueden hacernos olvidar que, en España, la sociedad es sumisa y crédula, y reserva sus rebeldías, si las tiene, para lo personal, lo familiar y lo moral en general.

podríamos comenzar por el más modesto pero no desdeñable objetivo de tomar en serio los acuerdos procedimentales. Seguro que por ese camino comenzaremos a transitar la vía hacia algún acuerdo fundamental.

Pero todo esto nos lleva más allá de las fronteras de este artículo. Sé que el Dr. Soto Kloss no se detendría ante ellas, como ha demostrado en obra escrita, pero para este artículo y por hoy, *satis est*.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bradley, Anthony, y Ewing, K., *Constitutional and Administrative Law*, Harlow, 2011; 15ª ed. del clásico de Wade y Phillips publicado por primera vez en 1931.
- Canotilho, José J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982.
- Canotilho, José J. Gomes, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente?”, *Rev. Esp. de Der. Constitucional* 43 (1995), 9-23.
- Carreras, Francesc de, *El Estado de Derecho como Sistema*, Madrid, 1996.
- Damaska, Mirjan, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven y Londres, 1986.
- Dicey, Albert V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1ª ed., 1885.
- Frankenberg, Günter, *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*, Cheltenham, 2014 (originalmente: *Staatstechnik: Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, Berlín, Suhrkamp, 2010).
- Glendon, Mary Ann, Carozza, Paolo, y Picker, Colin, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul (Minn.), 2007, 3ª ed.
- Jennings, Sir Ivor, *The Queen's Government*, Harmondsworth, 1954.
- Menéndez, Agustín J., “La Mutación Constitucional de la Unión Europea”, *Rev. Esp. de Der. Constitucional* 96 (2012), 41-98.
- Míguez Macho, Luis, “Autotutela Administrativa y Tutela Judicial Efectiva: Nuevas Perspectivas para el Proceso Contencioso-Administrativo”, 2014, *pro manuscripto*.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos, “A Constituição como Direito”, *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, 75 (1999), 219-277.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *El Ejemplo Constitucional de Inglaterra*, 2ª ed., México, 2010.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional y Otros Escritos*, 10ª ed., Madrid, 2010.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, 2003.
- Pérez Luño, Antonio, *La Seguridad Jurídica*, Barcelona, 1991.
- Report on Remedies in Administrative Law* preparado por la Law Commission, 1976, CMD 6407.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, varias ediciones (esta edición: CEURA, 1988).
- Schmidt-Assmann, Eberhard, “Der Rechtsstaat”, en Isensee, J., y Kirchhof, P., *Handbuch der Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, varias eds., 987-1043 en la de 1987.

- Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Santiago de Chile, 1996, 2 tomos.
- Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Santiago de Chile, 2010 (2ª ed.).
- Stone, Geoffrey, Seidman, Louis, Sunstein, Cass, y Tushnet, Mark, *Constitutional Law*, Boston, varias eds. (esta ed.: 1991, 2ª ed.)
- Tushnet, Mark, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2014.



## CARLOS ALBERTO SACHERI Y EL ORDEN SOCIAL-POLÍTICO. PRINCIPIOS BÁSICOS Y JERARQUÍA DE LAS FUNCIONES SOCIALES\*

*Germán Masserdotti*

SUMARIO: Introducción. I. El fundamento antropológico del orden social político. II. El orden social-político. Sus principios básicos y la jerarquía de las funciones sociales. 1. Los principios básicos. 2. La jerarquía de las funciones sociales. III. A modo de conclusión

### INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos ocuparemos, de manera sucinta, del estudio de Carlos Alberto Sacheri titulado *Santo Tomás y el orden social*<sup>1</sup>. En el mismo, nuestro autor nos dice que presentará *de modo sinóptico* los principios de la filosofía social de Tomás de Aquino<sup>2</sup>.

Nos dedicamos al estudio de esta obra de Sacheri *como intérprete del Aquinate*, no sólo por el aprecio que sentimos por su persona y su testimonio, sino también porque en la República Argentina nuestro autor ha sido uno de los seguidores más sinceros y fieles de Tomás, en su caso específico, en lo que se refiere al ámbito de la filosofía práctica, principalmente social-política<sup>3</sup>.

---

\*Trabajo presentado durante la XXXVI Semana Tomista: *Intérpretes del pensamiento de Tomás de Aquino*, Buenos Aires, septiembre de 2013. Esta versión tiene algunas modificaciones redaccionales.

<sup>1</sup>Sacheri, C. A., "Santo Tomás y el orden social", en *Mikael*, Año 2, N° 5, Segundo cuatrimestre de 1974, 85-97.

<sup>2</sup>Sacheri afirma: "[p]arece conveniente presentar en forma sinóptica algunos principios rectores de su filosofía social, cuya formulación e intrínseca armonía resultan sobremedida actuales en medio de la profunda crisis de la inteligencia política contemporánea, que se debate entre los errores del liberalismo y del socialismo, sin atinar a elaborar una recta concepción del hombre y de las relaciones sociales" (Sacheri, Carlos A., "Santo Tomás y el orden social", 85).

<sup>3</sup>Cfr. Von Büren, R., "Humanismo tomista y orden político en Carlos Alberto Sacheri", en *Gladius* N° 62, agosto de 2004, 143-162. Sostiene Von Büren: "3. Ahora bien; la fecundidad y vigencia del pensamiento de Santo Tomás puede constatarse estudiando directamente su magna obra, pero también, indirectamente, recorriendo el itinerario intelectual de aquellos que, inspirados en sus principios e intuiciones esenciales, las han acogido, profundizado, difundido y aplicado a múltiples y cambiantes desafíos que la historia ofrece cotidianamente a

Nuestro autor, en primer lugar, expone *los fundamentos antropológicos del orden social-político*; en segundo lugar enuncia y desarrolla sumariamente *los tres principios básicos del mismo* y, por último, se refiere a la *jerarquía de las funciones sociales*.

## I. EL FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO DEL ORDEN SOCIAL POLÍTICO

En cuanto a los *fundamentos antropológicos*, observa que “[l]a elaboración social y política de Santo Tomás se funda en una admirable y completa doctrina de la persona humana”<sup>4</sup> y advierte acerca de algunas *interpretaciones*<sup>5</sup> sobre esta cuestión que se apartan del auténtico pensamiento del Angélico. Destaca la afirmación tomasiana, en la misma línea de Aristóteles, de la unidad substancial del hombre a la vez que la natura-

---

la humanidad. Dos modos, pues, de asomarnos al manantial filosófico-teológico del Aquinate. Uno, por la consulta directa de sus escritos. Otro, indirecto, estudiándolo por transparencia, en la obra de los tomistas, conforme su mayor cercanía y contacto vivo con la fuente original del Doctor Común.

Un ilustre pensador Carlos Alberto Sacheri va a acompañarnos en estas reflexiones sobre «Humanismo y Orden Político», mostrándonos que sólo por el camino de la recuperación de la verdad del hombre y de sus proyecciones políticas será posible el nacimiento de un auténtico humanismo, promotor de un orden político al servicio de la persona” (Von Büren, R., 145-146).

Y más adelante agrega: “[Y] en efecto, Carlos Alberto Sacheri, a pesar de la corta edad con que diversos tópicos de la filosofía práctica, pasmando un *pensamiento* claro y riguroso de fuerte raigambre tomista, pero al mismo tiempo, expuso sus ideas de un modo pedagógico y sencillo, permitiendo que incluso personas ajenas a los tecnicismos de la escuela las entiendan. Tal su *maestría*” (*Idem*, 149). Casi inmediatamente continúa diciendo: “[S]u profundo conocimiento del pensamiento del Angélico, del que abrevara en sus fuentes directas, se aprecia en sus abundantes y precisas citas. Incluso cuando ellas se esconden en la exposición, *revelando una estructura mental tomista*” (*Idem*, 149; las *itálicas* son nuestras). El mismo Sacheri, de alguna manera, se describió a sí mismo, sin pretenderlo, en su *fisonomía tomista* viva, cuando afirmaba que resultaba imprescindible “[a]unar a una sólida formación doctrinal, un espíritu sobrenatural alimentado de oración y de vida sacramental profundas, junto con una actitud de abnegada entrega [...] con lo que el apóstol San Pablo nos describe como el espíritu de Caridad. *Firmeza en la doctrina pero gran amplitud y respeto por el otro*. De lo contrario nos encerraríamos en una prédica estéril, no ya por la verdad que pueda contener sino por nuestra actitud al enunciarla” (Sacheri, C. A., *La Iglesia Clandestina* (5ª edición). Ediciones del Cruzamante. Buenos Aires. 1977, 139).

<sup>4</sup>*Idem*, 85.

<sup>5</sup>En el sentido del *personalismo secularista*, Sacheri señala a M. B. Schwalm y a Jacques Maritain. Cfr. Schwalm, M. B, *La Société et l'Etat*. Flammarion. París. 1937 y, entre otras obras de Maritain, J., *Trois réformateurs: Luther, Descartes, Rousseau*. Plon. París. 1930; *Por una filosofía de la persona humana*. Cursos de Cultura Católica. Buenos Aires. 1937; *Humanismo integral: problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*. Ercilla. Santiago de Chile. 1941; *La personne et le bien commun*. Desclée de Brouwer. París. 1947. Sacheri también se refiere a la línea del *aperturismo marxista*.

leza destacada del alma humana en relación con el cuerpo. En Tomás de Aquino, afirma Sacheri,

“[e]l hombre es definido como animal racional, esto es, como ser a la vez corporal y espiritual, sensible y racional, afectivo y volitivo, verdadero microcosmos u horizonte ontológico, que resume en su totalidad psicosomática los confines del universo material con el linde sublime de las substancias separadas o inteligencias puras”<sup>6</sup>.

El hombre, ser personal, *uno en alma cuerpo*, es un ser *libre*. La condición de *libre* de la voluntad humana “[l]e permite obrar por sí misma, sin coacción exterior o necesidad interior, con relación a todos los bienes parciales que la razón le presenta como perfectivos para el sujeto y sin que constituyan su bien absoluto o bonum humanum perfectum. *Tal es el fundamento metafísico de la libertad humana*”<sup>7</sup>. Pero el ser *libre* implica que el hombre también es *responsable*:

“[P]ero dado que el hombre es libre, como consecuencia de su aptitud intelectual para alcanzar la verdad de las cosas, se sigue asimismo que el hombre es *responsable* de las consecuencias de sus actos voluntarios, según testimonia nuestra experiencia moral. *Racionalidad, libertad y responsabilidad* son, por consiguiente, tres propiedades esenciales del ser humano”<sup>8</sup>.

Esta condición de la naturaleza humana resulta fundamento de la dignidad excepcional del hombre como *persona* en su *dimensión natural* y como *imago Dei* en *la sobrenatural*<sup>9</sup>. Y siguiendo al mismo Tomás afirma

---

<sup>6</sup>Sacheri, C. A., “Santo Tomás y el orden social”, 86. A propósito, puede recordarse un texto de Tomás de Aquino que hace referencia al hombre como *horizonte* y *confín*: “[M]ontes enim supremi sunt nobilissimae creaturae, in quibus praedicta flumina aperiri dicuntur, quia in eis et copiosissime recipiuntur, et sine imperfectione ostenduntur. Sed locus unde ista flumina exeunt, est ipse Deus, de quo potest intelligi quod dicitur Isa. 53, 21: *locus fluviorum rivi latissimi et patentes*; ac si diceret: in loco ortus fluviorum rivi naturalium bonitatum eminenter inveniuntur; unde dicit: *latissimi*, quantum ad perfectionem divinae bonitatis, secundum omnia attributa; et *patentes*, quantum ad communicationem indeficientem; quia ejus bonitas, ex qua omnia fluunt, nec exauriri nec concludi potest. Ista flumina in aliis creaturis inveniuntur distincta; sed in homine inveniuntur quodammodo aggregata: homo enim est quasi orizon et confinium spiritualis et corporalis naturae, ut quasi medium inter utrasque, bonitates participet et corporales et spirituales” (Tomás de Aquino, *In III Sent*, Prol.).

<sup>7</sup>*Ibidem*, 87. Las *italicas* son del autor.

<sup>8</sup>*Ibidem*, 87. Las *italicas* son nuestras.

<sup>9</sup>Con todo, conviene observar que el hombre es *imago Dei* también en su dimensión natural. En este sentido, Tomás de Aquino afirma que el hombre es *imago Dei* en tres sentidos: “[U]nde *imago Dei* tripliciter potest considerari in homine. *Uno quidem modo, secundum quod homo habet aptitudinem naturalem ad intelligendum et amandum Deum, et haec aptitudo consistit in ipsa natura mentis, quae est communis omnibus hominibus*. Alio modo, secundum quod homo actu vel habitu Deum cognoscit et amat, sed tamen imperfecte, et haec est *imago* per conformitatem gratiae. Tertio modo, secundum quod homo Deum actu cognoscit et amat

que tanto más elevada es la persona cuanto más individual es. Por esto resulta falsa la antinomia *individuo-persona*.

Para coronar esta “visión panorámica” acerca del hombre, Sacheri destaca *la sociabilidad* como *una de las propiedades esenciales de su naturaleza*. “En ella encontramos el principio vinculador de la antropología con la filosofía social de Santo Tomás. El ser humano es *naturalmente social y político*”<sup>10</sup>, afirma Sacheri con contundencia. A la vez distingue *un doble fundamento* de la sociabilidad: uno como *ordo generationis* y otro como *ordo perfectionis*; el primero “atiende al inicio de la vida humana” y el segundo se orienta “hacia el pleno desarrollo de las aptitudes del sujeto”<sup>11</sup>. Y agrega:

“[E]n cuanto a su origen, la dependencia social del hombre se manifiesta en dos aspectos fundamentales: la misma relación generadora o procreadora y la radical indigencia en que se encuentra el recién nacido.

En cuanto a su perfección, podemos distinguir una triple dependencia social: en cuanto al bienestar material, a la plenitud intelectual y a la plenitud moral”<sup>12</sup>.

Destaquemos el argumento justificatorio de la sociabilidad humana natural *en relación con la plenitud moral*. Afirma nuestro autor en este sentido:

“[C]omo la perfección moral estriba en el *obrar según la razón*, es decir, en la posesión de las *virtudes morales* como hábitos operativos buenos (Cfr. *S. Th.* I-II, q. 50), o bien el individuo se rectifica a sí mismo en su obrar, o bien lo logra con la ayuda de otros. Pero la adquisición de la virtud moral, supone por parte del individuo la capacidad para determinar por sí mismo el *justo medio* en que radica el obrar virtuoso, o sea, con dominio de sí. [...]. De allí la tremenda importancia de la *primera educación* que el niño ha de recibir en el hogar. La misma consistiría en introducir en las actividades infantiles un *orden racional* (sueño, alimento, higiene, etc.) y en disponerlo favorablemente o *sensibilizarlo a los bienes connaturales perfectivos*, propios de cada virtud cardinal”<sup>13</sup>.

---

perfecte, et sic attenditur imago secundum similitudinem gloriae. Unde super illud Psalmi IV, *signatum est super nos lumen vultus tui, domine*, Glossa distinguit triplicem imaginem, scilicet creationis, recreationis et similitudinis. Prima ergo imago invenitur in omnibus hominibus; secunda in iustis tantum; tertia vero solum in beatis”.

<sup>10</sup>*Ídem*, p. 88. Las *itálicas* son propias del autor.

<sup>11</sup>Cfr. también Sacheri, C. A., *El orden natural*. Vórtice. Buenos Aires. 2007, capítulo 39. El hombre, ser social, 179-183.

<sup>12</sup>*Ídem*, 88-89.

<sup>13</sup>*Ídem*, 89. Las *itálicas* son del autor. A propósito de la importancia de la educación en la formación moral de la persona humana, cfr. Martínez García, E., *Persona y educación en Santo Tomás de Aquino*. Fundación Universitaria Española. Madrid. 2002.

Antes de considerar los “tres principios básicos del orden social” según Santo Tomás, Sacheri observa que estos supuestos antropológicos nos ubican “[e]n un punto absolutamente trascendente con relación sea al inmanentismo optimista del liberalismo individualista, sea al inmanentismo pesimista del materialismo socialista”<sup>14</sup>.

## II. EL ORDEN SOCIAL-POLÍTICO. SUS PRINCIPIOS BÁSICOS Y LA JERARQUÍA DE LAS FUNCIONES SOCIALES

Sacheri recuerda la doctrina de Tomás de Aquino acerca de la existencia del orden natural y consiguientemente la de un derecho natural con valor moral normativo.

“La perspectiva antropológica antes señalada nos permite considerar un tema fundamental: el *orden natural*. En efecto, el análisis de la persona humana y de sus cualidades o propiedades esenciales, nos lleva espontáneamente al reconocimiento de un ordenamiento natural, expresión de una sabiduría divina, que ha de servir de base al orden social, determinando las normas éticas básicas que lo expresan en el plano de la conducta humana. [...]. De allí surge el concepto clásico del derecho natural como *aquello que es debido al hombre en virtud de su esencia*, con sus tres notas de *universalidad*, pues rige para todos los hombres y todos los tiempos; de *inmutabilidad*, pues escapa en sus normas primeras a las contingencias geográficas, históricas y culturales, y de *cognoscibilidad*, en razón de ser captado espontáneamente por la conciencia moral de los individuos”<sup>15</sup>.

### 1. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS

Nuestro autor enuncia tres principios: 1) la primacía del bien común; 2) el principio de solidaridad y 3) el principio de subsidiariedad. “[D]e su respeto cabal depende la armoniosa estructuración de los vínculos de convivencia sociales, en cuanto la sociedad política es medio *necesario* para la obtención de nuestra realización humana plena”<sup>16</sup>.

Antes de señalar su *principalía*, Sacheri destaca el *carácter fundamental de la doctrina del bien común político* en Tomás de Aquino: “*La doctrina tomista del bien común de la sociedad política constituye la clave de*

---

<sup>14</sup>Sacheri, C. A., “Santo Tomás y el orden social”, 90. A propósito del *inmanentismo*, entre otras obras de su autoría, cfr. Caturelli, A., “Ateísmo inmanentista y vigencia del pensamiento católico”, en *Filosofar cristiano*, vol. 11-12, N°s. 21-24 (1987-1988), 367-379; *La Filosofía*. Gredos. Madrid. 1977; *La Patria y el orden temporal. El simbolismo de las Malvinas*. Gladius. Buenos Aires. 1992.

<sup>15</sup>*Idem*, 90. Sacheri remite al conocido texto de Tomás de Aquino, *S. Th.* I-II, q. 94: *de lege naturali*.

<sup>16</sup>*Ibid.*, 92. Las *itálicas* son del autor.

todo el pensamiento político del Santo; todos los demás conceptos serán elaborados en función de aquél”<sup>17</sup>. El término *bien común* reviste una *significación analógica*.

Señalemos lo que afirma Sacheri respecto de *la primacía del bien común político*. En su trabajo sostiene:

“Al implicar el bien común político los bienes más excelentes del hombre, o sea aquellos que son más indispensables para el logro de su felicidad, se sigue que el bien común tiene una primacía natural sobre los bienes particulares y que éstos estarán, por lo tanto, subordinados. En esto radica la primacía del bien común sobre el bien particular, presupuesto fundamental para el buen funcionamiento de la sociedad, negada por el liberalismo”<sup>18</sup>.

De esta manera, en el contexto del tratamiento de la primacía del bien común político, concluye nuestro autor *con relación a la autoridad política* que todo el esfuerzo de la misma política “[s]e define, consecuentemente, en la línea de la procuración del bien común, que constituye su razón de ser”<sup>19</sup>.

En cuanto al segundo principio, sostiene Sacheri que “[l]a idea de solidaridad encierra un valor substancial que merece ser destacado, como el *hacerse cargo los unos de los otros*”. Y destaca la triple raíz de la misma:

“En primer lugar, todos los hombres somos solidarios en virtud de poseer *una misma naturaleza*, naturaleza que incluye, según vimos, la tendencia a la vida social como a un medio indispensable para la perfección personal; en consecuencia, el hombre es solidario para con su *alter ego*, su otro sí o prójimo. Pero esta comunidad de naturaleza se funda, a su vez, en una *comunidad de origen*, ya que todos los hombres somos creaturas de un mismo Dios, el cual en su plan providencial nos vincula unos a otros. Por último, todos los hombres compartimos *un mismo destino común*, ya que hemos sido creados para participar de la visión divina por toda la eternidad, y en esta perspectiva todos debemos ayudarnos los unos a los otros”<sup>20</sup>.

Por último, el tercer principio es el de *subsidiariedad*. Como dice nuestro autor:

---

<sup>17</sup>*Ibidem*, 92. Las *itálicas* son nuestras.

<sup>18</sup>*Ibidem*, 92-93. Las *itálicas* son nuestras. En torno a la primacía del bien común político y la polémica que se estableció en el siglo XX pasado –la cual, todavía, de alguna manera reviste actualidad– Sacheri remite a Charles De Koninck, Louis Lachance y Julio Meinvielle. Cfr. De Koninck, Ch., *De la primacía del bien común contra los personalistas*. Cultura Hispánica. Madrid. 1952; Lachance, L., *Humanismo político. Individuo y Estado en Tomás de Aquino*. EUNSA. Pamplona. 2004; Meinvielle, J., *De Laménais a Maritain*. Theoria. Buenos Aires. 1967 y *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, Nuestro Tiempo. Buenos Aires. 1948.

<sup>19</sup>Sacheri, C. A., “Santo Tomás y el orden social”, 93.

<sup>20</sup>*Ibidem*, 93. Las *itálicas* son del autor.

“[L]a idea central de este principio radica en que debe dejarse a los particulares y a los grupos que integran la sociedad política la plenitud de la iniciativa, de creatividad, de responsabilidad, que ellos puedan asumir eficazmente por sí mismos. Complementariamente, la acción de las asociaciones más poderosas y del mismo Estado consiste en *suplir* lo que los miembros menos dotados no pueden realizar”<sup>21</sup>.

Y a modo de síntesis para asociar a estos “tres principios básicos”, afirma que la conjugación práctica de ellos

“[p]ermite establecer en cada caso particular las «reglas de juego» básicas que asegurarán una plena convivencia social, en el respeto de las eternas exigencias del orden natural. *¡Cuán parciales resultan a la luz de estas reflexiones la ideología contemporánea del liberalismo negador de la solidaridad, y del socialismo marxista, negador de la subsidiariedad!*”<sup>22</sup>.

## 2. LA JERARQUÍA DE LAS FUNCIONES SOCIALES

Por último, Sacheri se ocupa de tratar sobre *la jerarquía de las funciones sociales*.

“A la luz de lo expuesto, surge una jerarquización de las diversas funciones sociales de acuerdo con la medida en que aseguran bienes humanos más elevados y, en particular, la plena realización del bien común político. Una vez más, la reflexión del Doctor Angélico está presidida por las conclusiones de su antropología y de su ética, que operan a modo de *communia* o principios comunes, reguladores del quehacer político”<sup>23</sup>.

La doctrina de Santo Tomás<sup>24</sup> “[n]os permite establecer la subordinación intrínseca de lo económico a lo social y a lo político, y la de éste a lo cultural y sapiencial (tanto natural, cuanto sobrenatural)”<sup>25</sup>. Por lo que,

---

<sup>21</sup>*Ibidem*, 94. Las *itálicas* son del autor.

<sup>22</sup>*Ibidem*, 95. Las *itálicas* son nuestras.

<sup>23</sup>*Ibidem*, 95. Las *itálicas* son del autor.

<sup>24</sup>Tomás de Aquino, *Contra gentiles* III, 37: “Si igitur ultima felicitas hominis non consistit in exterioribus, quae dicuntur bona fortunae; neque in bonis corporis; neque in bonis animae quantum ad sensitivam partem; neque quantum ad intellectivam secundum actum moralium virtutum; neque secundum intellectuales quae ad actionem pertinent, scilicet artem et prudentiam; relinquitur quod ultima hominis felicitas sit in contemplatione veritatis. [...] Ad hanc etiam omnes aliae humanae operationes ordinari videntur sicut ad finem. Ad perfectionem enim contemplationis requiritur incolumitas corporis, ad quam ordinantur artificialia omnia quae sunt necessaria ad vitam. Requiritur etiam quies a perturbationibus passionum, ad quam pervenitur per virtutes morales et per prudentiam; et quies ab exterioribus perturbationibus, ad quam ordinatur totum regimen vitae civilis. Ut sic, si recte considerentur, omnia humana officia servare videantur contemplantibus veritatem”.

<sup>25</sup>Sacheri, C. A., “Santo Tomás y el orden social”, 96. Cfr. también, acerca de la jerarquía de las funciones sociales, Meinvielle, J., *El comunismo en la Revolución anticristiana* (4ª edición),

como sigue diciendo nuestro autor, “[q]ueda afirmada la primacía de la contemplación sobre la praxis”<sup>26</sup>.

En breve síntesis, destaquemos por último una observación de nuestro autor que en nuestros días también reviste actualidad:

“La doctrina así resumida configura *una refutación cabal del primado marxista de la praxis*, aun en el plano específico de lo económico, manteniendo plena vigencia en una economía substancialmente diferente a la medieval cual es la contemporánea”<sup>27</sup>.

Conviene agregar, en la misma línea del pensamiento de Sacheri, a partir de los principios doctrinales de Tomás de Aquino, que esta *primacía de la praxis* ya se constata en *la ideología liberal*. No podría explicarse la aparición de *la ideología marxista* sin el antecedente del liberalismo<sup>28</sup>.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. En primer lugar, señalemos que, como ya lo dijo Sacheri, la doctrina social y política de Tomás de Aquino “*se funda en una admirable y completa doctrina de la persona humana*”. En este sentido, nuestro autor se vuelve *intérprete* del Aquinate *en respuesta a otros intérpretes* del mismo Tomás en lo que se refiere a *la cuestión de la persona humana*, en sí misma considerada y *sobre todo en relación con el grupo social-político*<sup>29</sup>. Responde tanto al *personalismo secularista* como al *aperturismo marxista* antes aludidos. En Tomás de Aquino el hombre es *uno en alma y cuerpo*, destacándose la naturaleza peculiar del alma humana como espiritual,

---

Cruz y Fierro Editores. Buenos Aires. 1982. *Capítulo primero*: De la realeza de Cristo, en la historia, a la civilización cristiana.

<sup>26</sup>*Ibidem*, 96. En el contexto de la subordinación del trabajo manual y del orden económico a los bienes espirituales y de la refutación del primado de la praxis *in genere* y teniendo presente que, como sostiene el mismo Tomás de Aquino, en el ámbito económico hay labores que no implican la acción manual de modo necesario, afirma Sacheri que “[e]l régimen del salariado es de suyo legítimo, siempre que se vea justamente retribuido; también se sigue que otras actividades ajenas a lo manual, son tanto más legítimas que el trabajo manual mismo, y que las tareas económicas organizativas han de gobernar las de mera ejecución” (Sacheri, C. A., “Santo Tomás y el orden social”, 97).

<sup>27</sup>*Ibidem*, 12. Las *itálicas* son nuestras.

<sup>28</sup>Acerca del carácter ideológico en general y del liberalismo y del marxismo como ejemplos de *ideologías*, cfr. Widow, J. A., *El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías*. Ediciones Nueva Hispanidad. Buenos Aires. 2007, Cuarta parte: Los sistemas ideológicos, I. La ideología; II. El liberalismo; III. Génesis y desarrollo del liberalismo; VII. El marxismo-leninismo; VIII. La ideología después de la Unión Soviética.

<sup>29</sup>La expresión *grupo social* la tomamos de Guido Soaje Ramos. Cfr. Soaje Ramos, G., *El grupo social*, pro-manuscrito, Cátedra Filosofía Social, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires 1969. El agregado *político* es nuestro.

incorrupible e inmortal *por naturaleza*. Sacheri, en la misma línea de Tomás de Aquino, afirma que el hombre es *animal racional* y verdadero *microcosmos* u *horizonte* ontológico de la creación visible e invisible. A la vez el hombre es *libre* pero sin dejar de volverse *responsable*. En Tomás de Aquino, el hombre es un ser *personal* y también *imago Dei*. Conviene aquí agregar a la consideración de nuestro autor que el hombre es *imago Dei* no solamente en cuanto por la gracia cuenta con una vocación sobrenatural sino primariamente en cuanto posee una *naturaleza racional*, como hemos visto al citar al mismo Tomás. Como “coronamiento” de esta visión antropológica, junto con la moralidad de un orden social-político adecuadamente comprendido, destaca Sacheri *la sociabilidad natural* del hombre. *El hombre es por naturaleza social y político*. Esta sociabilidad tiene un *doble fundamento*: uno como *ordo generationis* y otro como *ordo perfectionis*. En relación con el *ordo perfectionis*, se destaca *la importancia de la educación en vistas a lograr la perfección moral del hombre*. Por último, en lo que se refiere a los presupuestos antropológicos señalados, conviene destacar que la doctrina de Tomás de Aquino, como afirma Sacheri, trasciende el immanentismo, ya sea en su vertiente *optimista* –la liberal– como en la *pesimista* –la marxista–.

2. Antes de tratar directamente sobre los principios básicos y las jerarquías social-políticas, Sacheri hace memoria de la existencia de *un orden y un derecho naturales*. El *derecho natural* no es sino *aquello que es debido al hombre en virtud de su esencia, con sus tres notas de universalidad, inmutabilidad y cognoscibilidad*.

3. En cuanto a *los tres principios básicos del orden social-político*, ellos son: 1. *la primacía del bien común político*; 2. *la solidaridad* y 3. *la subsidiariedad*. Destaca Sacheri: “*La doctrina tomista del bien común de la sociedad constituye la clave*” del pensamiento social-político del Angélico. En Tomás de Aquino el término *bien común* reviste un *sentido analógico*. La *primacía del bien común político* en relación con los bienes particulares se justifica dado que el primero *contiene los bienes más excelentes del hombre, los que son más indispensables para el logro de la felicidad*. Por esto también *la autoridad política* se justifica en virtud del bien común político como fin de la *civitas* o *polis* o *Estado como realidad permanente*<sup>30</sup>. En cuanto a *la solidaridad*, ella implica *hacerse cargo los unos de los otros* y ella tiene una *triple raíz*: a) *los hombres tienen una misma naturaleza*; b) *una misma comunidad de origen* y c) *un mismo destino común*. En cuanto a *la subsidiariedad*, ella implica dos ideas principales: *la promoción de los grupos sociales infrapolíticos en su propia acción por*

---

<sup>30</sup>La expresión *Estado como realidad permanente* pertenece a Sergio Castaño. Cfr. Castaño, S. R., *El Estado como realidad permanente*. La Ley. Buenos Aires. 2003.

parte de la sociedad política y, eventualmente, suplir bajo la modalidad de subsidio el cumplimiento de sus fines hasta que por sí mismos puedan volver a regirse, sin perder de vista la procuración del bien común político, tarea que corresponde a la autoridad política.

4. *La jerarquización de las funciones sociales*, en Tomás de Aquino, se nutre coherentemente de *los presupuestos antropológicos y morales de su doctrina*. En el *corpus thomisticum* encontramos una *refutación cabal del primado de la praxis* afirmado por el *marxismo* y, agregamos de nuestra parte, también del *exitismo* y *pseudo-práctica de las profesiones* sostenida por el *liberalismo* que, antes que en una inspiración realista, tienen su origen en el *voluntarismo* y la *cosmovisión calvinista de la vida humana*.

Por todo lo dicho, queremos concluir nuestro trabajo citando el pensamiento de uno de sus estudiosos:

“Pero Sacheri, más allá de su disponibilidad y docilidad a la Gracia, *no habría podido alcanzar la excelencia personal e intelectual si no hubiera estado provisto de la estructura filosófica y teológica de Santo Tomás de Aquino*. Discípulo fiel del maestro, *nos muestra irrecusablemente las enormes posibilidades que la política tomista ofrece para enfrentar y solucionar la crisis contemporánea: desde los principios del Doctor Angélico es posible iluminar la realidad actual y trazar caminos para la recuperación no sólo de una verdadera teoría política, sino también de una fecunda praxis política al servicio del hombre*”<sup>31</sup>.

#### BREVE BIOGRAFÍA SOBRE CARLOS ALBERTO SACHERI

Carlos Alberto Sacheri (22/10/1933-22/12/1974) fue un filósofo argentino que se formó bajo la guía doctrinal de Tomás de Aquino (Santo) y más inmediatamente bajo la dirección del P. Julio Meinvielle, a quien frecuentó principalmente en sus cursos de *Suma* –i.e., lectura y comentario de la *Suma de Teología* del Doctor Común de la Iglesia–. Desarrolló su labor académica en su patria Argentina y en el exterior (Universidad Nacional de Buenos Aires –UBA–; Universidad Católica Argentina (UCA); Instituto de Filosofía Comparada (París, Francia), Universidad de Laval (Quebec, Canadá) y Universidad Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Fue Secretario de la Sociedad Tomista Argentina, presidente de *La Ciudad Católica* en su patria y coordinador general del Instituto de Promoción Social Argentina –IPSA–. En 1970 logró el puesto de secretario científico del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Padre de familia y esposo ejemplar. Entre sus principales publicaciones se encuentran *Necessité et Nature de la délibération* (1968, tesis doctoral, inédita); *El orden natural* (Buenos Aires, 1975<sup>1</sup>; última edición: Buenos Aires, 2008<sup>6</sup>); *La Iglesia Clandestina* (Buenos Aires, 1969<sup>1</sup>; con cinco ediciones más; numerosos artículos científicos de su especialidad en su país y en el extranjero). Fue asesinado el 22 de diciembre de 1974 por miembros de un grupo subversivo marxista. Así lo relata José, su hijo mayor:

“Fue un domingo a la mañana temprano. Mi madre pasó a buscarnos a mi padre, a mí y a mis hermanos a la salida de misa (en la catedral de San Isidro) y nos dirigimos a casa, vivíamos

---

<sup>31</sup>Von Büren, R., “Humanismo tomista y orden político en Carlos Alberto Sacheri”, 162. Las *itálicas* son nuestras.

en la avenida del Libertador. Tuvo que detenerse para esperar a unos autos que venían por la contramano. Yo estaba distraído. Escuché un estampido muy fuerte y pensé, en esa décima de segundo, que había estallado un petardo, ya que era el 22 de diciembre y faltaban pocos días para Navidad. Miré hacia mi derecha y vi la cara de un hombre –el asesino– al que hoy, pese a que han pasado más de 20 años, tengo perfectamente grabado en mi mente. Iba en un Peugeot 504 celeste. Cuando de pronto escucho el grito de mi madre y veo a mi padre con la cabeza inclinada, sangrando y todos en derredor bañados en sangre. En el asiento de adelante íbamos mi madre con mi padre y Clara, la más pequeña de todos, que tenía entonces 2 años, en su falda y yo del lado de la puerta. En el asiento trasero venían mis otros hermanos con unos amigos. Enseguida llevaron a mi padre al Hospital de San Isidro y allí estuvo unas horas en terapia intensiva, al cabo de las cuales murió”.



## EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

*Miguel Ayuso\**

SUMARIO: 1. Del *human rights talk* a la *human rights ideology* y al “derecho de los derechos humanos”. 2. El cambio de signo de los derechos humanos: la concepción dual. 3. El problema de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

### 1. DEL *HUMAN RIGHTS TALK* A LA *HUMAN RIGHTS IDEOLOGY* Y AL “DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS”

Los derechos humanos exceden del ámbito del derecho constitucional, pues reciben fundamento en la filosofía jurídico-política, se despliegan en dirección a las distintas ramas del derecho –derecho civil, derecho administrativo, derecho procesal, etc.– e incluso entran de lleno en los dominios de la ideología o la simbología<sup>1</sup>.

Un profesor oxoniense, ya hace algunos años, acometió la reconstrucción plural de la ideología de los derechos humanos a través de su ubicación en cinco contextos diferentes, expresados por medio de cinco fábulas: utilitaria, proletaria, comunitaria, libertaria e igualitaria<sup>2</sup>. A mi juicio ninguna convincente, he ofrecido por mi parte en otra ocasión un retrato en el que los caracteres son una metafísica inmanentista bajo el disfraz de la dignidad humana; una antropología filosófica falaz y ahistórica; una filosofía social individualista y destructiva de la sociedad civil; una concepción existencial y psicológica generadora de conflictos y desagradecida, que ensoberbece al hombre haciéndole olvidar lo que debe; una filosofía política anegadora de los fundamentos de toda vida social ordenada, pues hace imposible la convivencia al destruir su base comunitaria; y una filosofía jurídica que

---

\*Profesor de derecho constitucional. Universidad de Comillas/Madrid.

<sup>1</sup>Gregorio Robles, “Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Roma), julio-septiembre de 1980, 480 ss.

<sup>2</sup>Cfr. Steven Lukes, “Cinco fábulas sobre los derechos humanos”, *Claves de Razón Práctica* (Madrid), núm. 41 (1994), 2 ss.

convierte el Derecho en una ideología estratégica y unilateral, olvidando el carácter objetivo y plural de su concepción clásica<sup>3</sup>.

El núcleo de ese complejo ideológico reside en la libertad que Danilo Castellano ha llamado “negativa”, esto es, sin otra regla que la misma libertad, o sea, sin regla<sup>4</sup>. Libertad negativa que engendra un “derecho fundante nuevo” que encontramos implícita o expresamente de todas las declaraciones y constituciones, a saber, el derecho a no reconocer o no someterse a autoridad alguna que no derive explícitamente de la voluntad del pueblo expresada a través del sufragio universal<sup>5</sup>. Cuando en la sociedad existe un abanico de autoridades, unas naturales y otras religiosas, que no tienen su origen en el sufragio, como son la de los padres sobre los hijos, de los maestros sobre los discípulos, del jefe de empresa sobre los trabajadores, de las autoridades eclesiásticas sobre los fieles, etc., que son por lo mismo cuestionadas en su fundamento.

Realidad que, si grave de suyo, resulta aún agravada por la observación de que, ante la publicación creciente de todo poder, ante la estatización de todas las relaciones humanas, son cada vez más los poderes, hasta ahora vistos siempre como privados, que hoy se consideran públicos. Y todo con independencia de que el sufragio universal no se identifique en exclusiva con la participación política –que, a diferencia de aquél, sí se asienta firmemente en el derecho natural–, y de que con el mismo se eleve al poder a una oligarquía que teje su programa con promesas –aconsejadas por la práctica del *marketing* y lanzadas por la propaganda– y que, luego, impone a todo el pueblo su propia voluntad<sup>6</sup>. La “praxis democrática” contemporánea, además, en casos como el español o el italiano, sólo recrudece los males que hemos avistado teóricamente, al exhibir una identificación abusiva entre pluralismo político y partidos políticos –privilegiándolos en su tratamiento aun a sabiendas de la apoyatura endeble que los sustenta–, al concretarse en un régimen electoral distorsionador –que lleva inexorablemente a la partitocracia, con todas sus consecuencias– y al relativizar el mecanismo de la división de poderes. Hoy, al panorama anterior, habría que añadir algunos matices derivados de la disolución de lo público y la apoteosis de lo privado, en la hegemonía liberal campante. Así pues, el estatismo no ha dejado de actuar en el seno de un Estado debilitado. Como el bien común, sustituido en un primer momento por el bien público, hoy lo es por el puro bien privado,

---

<sup>3</sup>Miguel Ayuso, *La cabeza de la Gorgona. De la hybris del poder al totalitarismo moderno*. Buenos Aires. Nueva Hispanidad. 2001, capítulo IV.

<sup>4</sup>Cfr, por todo, pues constituye un eje de su obra, Danilo Castellano, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporáneo*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane. 2007.

<sup>5</sup>Jean Madiran, *Les droits de l'homme sans Dieu*. París. NEL. 1988, 47 ss.

<sup>6</sup>Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, “El hombre, sujeto de liberación. Referencia a los denominados ‘derechos humanos’”, *Verbo* (Madrid), núm. 253-254 (1987), 352.

que en ocasiones podría ser el mismo bien público siempre que no se le considere sino como el bien privado más fuerte<sup>7</sup>.

Deriva de ahí también su unilateralidad, pues –pese a su denominación de universales– se aplican parcialmente, a favor de unos y en contra de otros<sup>8</sup>. Esto es, lo contrario del verdadero derecho, que implica una valoración “objetiva”, en relación con la protección de todos los afectados por su aplicación, que son también sujetos humanos, y no como derechos “subjetivos” unidireccionalmente contemplados. De este último modo –que es por lo demás el habitual– se protege, por poner un ejemplo suficientemente expresivo, a los terroristas, en perjuicio de sus víctimas inocentes, de los servidores del orden y la paz social. Esta aplicación, a favor de unos y en contra de otros, sin confrontación con los derechos de los demás, y esencialmente antijurídica, es la que se ha impuesto desde 1789 y la que permite afirmar que los derechos del hombre constituyen muchas veces una auténtica impostura. Aquí es donde la dimensión operativa o estratégica de los derechos humanos alcanza toda su significación y, sin su ropaje, muestra su desnudez<sup>9</sup>.

## 2. EL CAMBIO DE SIGNO DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA CONCEPCIÓN DUAL

Los derechos humanos, por un lado, están justo en el centro de la idea misma de Constitución, y no sólo en sus orígenes, sino a través de todas las transformaciones que han conducido a la incorporación de sucesivas “generaciones de derechos” y a la internacionalización de su contenido y garantías<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup>Remito aquí a mis libros *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*. Madrid. Speiro. 1996; *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*. Madrid. Marcial Pons. 2005, y *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*. Barcelona. Scire. 2011.

<sup>8</sup>Cfr. Álvaro D’Ors, “La guerra unilateral”, *La Ley* (Buenos Aires), núm. 217 (1979). Juan Vallet de Goytisolo lo tiene dicho específicamente de este tema, además de practicarlo siempre en el tratamiento jurídico de cualquier cuestión. Cfr., por ejemplo, *loc. cit.*, 335 ss.

<sup>9</sup>Michel Villey, por su parte, se ha referido en varias ocasiones a que la ideología de los derechos humanos suscita “vagas reivindicaciones sin salida”, que “no pueden ser satisfechas”. Calificando de “pura palabrería” las apelaciones al derecho al trabajo o a la salud. Palabrería que alcanza la indecencia si se piensa en la aplicación a Afganistán o el desierto del Sahel. Vid. *Le droit et les droits de l’homme*. París. 1983.

<sup>10</sup>Para el sentido originario de los derechos humanos en relación con la Constitución, y su evolución, cfr. C. J. Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia*. Madrid. IEP. 1975, 39. Véase también Juan Fernando Segovia, *Derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid. Marcial Pons. 2004, y Ricardo Marqués Dip, *Derecho natural y derechos humanos. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis*. Madrid. Marcial Pons. 2009.

Pero el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial, tras la senda abierta durante el período de entreguerras, ha alterado el valor de los derechos humanos en el seno de los ordenamientos jurídicos. El medio no ha sido otro que la llamada “concepción dual”, consistente en descubrir en ellos una doble naturaleza (subjetivo-objetiva) que excede de la dimensión puramente subjetiva que los caracterizó durante cierto tiempo. En efecto, es sabido que los derechos del hombre comenzaron siendo derechos subjetivos, esto es, facultades o poderes de la voluntad reconocidos a las personas por el derecho objetivo (las leyes o, más abstractamente, las normas jurídicas). Derechos subjetivos reconocidos además en las Constituciones, primero, y en los Tratados internacionales, después, de manera que su nombre más frecuente pasó a ser el de derechos fundamentales (sobre todo en las primeras) o derechos humanos (principalmente en los segundos), aunque a veces puedan ser intercambiables. Pues bien, sobre esa dimensión, que sigue presente, se ha añadido otra que hunde sus raíces en los “valores” esenciales de los ordenamientos.

El derecho positivo español, por ejemplo, declara que los derechos fundamentales –derivación de la libertad e igualdad como valores superiores del ordenamiento (artículo 1.1 de la Constitución española)– son “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1). Los poderes públicos, sujetos a la Constitución (artículo 9.1), lo están por tanto a los derechos fundamentales, debiendo respetar su contenido esencial (artículo 53.1). Pero, más aún, no sólo deben respetarlos, sino que han de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (artículo 9.2). Lo cual, fiel trasunto del artículo 3.2 de la Constitución italiana, conocida como “cláusula Lelio Basso” por el político que la inspiró, supone una obligación estatal de actuar positivamente –incluso con ayudas y subvenciones– para conseguir la plenitud de esos valores ordinamentales. Por tanto, todo esto significa que en España están constitucionalizados, tanto la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales –que se traduce en la posibilidad de un *agere licere* dentro de determinado ámbito–, como el contenido objetivo y todos los efectos que dimanen de ese reconocimiento de su carácter axiológico<sup>11</sup>.

Muchas son las consecuencias que derivan de ese giro conceptual y que convergen en el reforzamiento del peso de los derechos fundamentales en

---

<sup>11</sup>Es ejemplar la síntesis de Francisco Fernández Segado, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), núm. 39 (1993), 199 ss. El propio Tribunal Constitucional español, en diversos pronunciamientos, se ha hecho eco desde el inicio de tales concepciones. Cfr. sus sentencias de 14 de julio de 1981 (f.j. 5º) y de 9 de enero de 1985 (f.j. 1º).

el seno de los ordenamientos jurídicos. Es claro que si a un derecho subjetivo, por fundamental que sea, le sumamos la naturaleza de un valor objetivo, también fundamental, el resultado no puede ser otro que el de su mayor importancia, que –a su vez– se ha concretado en diversos niveles que resulta conveniente apuntar someramente.

### 3. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

1. Primeramente, toca a las relaciones entre el Estado y la sociedad, pues la Constitución comenzó contraída a la organización del Estado, mientras que las transformaciones hodiernas la han conducido al cambio de la sociedad. En lo que ahora nos interesa, se ha dicho que una de las características de los derechos humanos, tal y como aparecieron consagrados por la Revolución francesa, fue su enfrentamiento respecto de la sociedad política, del Estado, o cuando menos que generaron la polarización Estado-derechos humanos. Así nacieron en la Asamblea y así han llegado hasta nuestros días como un *desideratum* individualista en oposición a un Estado que es concebido como enemigo, y frente al cual se erigen los derechos del hombre como único baluarte defensivo. Sin embargo, tal aparente enfrentamiento –como he escrito en otras ocasiones– debe ser reconsiderado a la luz de algunos factores. Pues la ideología revolucionaria, lejos de limitar el ejercicio del poder, contribuyó a su acrecentamiento, lo que hace que se haya podido escribir cómo, ya desde sus orígenes, “aunque el valor que ostenta el *prius* ontológico sean los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, se piensa que *su efectiva realización depende de la previa intervención del poder*”<sup>12</sup>. Si la primera parte de esta afirmación es discutible, por la naturaleza de la “fundamentación” (o más bien de la “falta de fundamentación”) de los derechos apodados de “fundamentales”, la segunda resulta en cambio incontrovertible. Porque cabe preguntarse, en primer lugar, por el poder que la Asamblea quería limitar y que no es otro –la investigación más sumaria así lo exhibe– que el poder regio más que el poder político genéricamente considerado. Pero es que luego, además, la ley vino a prevalecer sobre el derecho previamente definido, por lo que a través de la “legislación”, o del legalismo, los derechos más que “reconocidos” pasaron a ser “conferidos”. Finalmente, en nuestros días, ha de tenerse en cuenta que, sin haber perdido su naturaleza de doctrina estatista y, por lo mismo, positivista, el permisivismo moral reinante –tolerado cuando no abiertamente fomentado por los Estados– lleva a la

---

<sup>12</sup>Juan de la Cruz Ferrer, “La concepción del poder y de la separación de poderes en la revolución francesa y en el sistema constitucional norteamericano”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), núm. 20 (1989), 258 ss.

reivindicación de unos falsos derechos respecto de los cuales el poder del Estado no se considera afectado, por lo que no existe ese enfrentamiento (por ejemplo, el derecho al aborto o al “matrimonio” homosexual)<sup>13</sup>. Lo mismo puede decirse de los corolarios de la “libertad de conciencia”, en los términos vistos, o en la dogmática de la “libertad de expresión”<sup>14</sup>.

2. En un segundo ámbito, se ha abierto la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, o –con locución procedente de la doctrina alemana– *drittwirkung der Grundrechte*. Sin embargo, y no obstante lo anterior, no se ha alcanzado una solución homogénea a propósito del asunto, ni siquiera en Alemania, mucho menos entre nosotros. Por ello, no estará de más dejar nota de algunas de las claves que permiten apuntar un inicio de solución. Tal efecto horizontal enlaza derechamente con la “autonomía de la voluntad”.

Ésta en verdad que nunca ha sido absoluta, pues, por contraernos al derecho español, y según el tenor del propio artículo 1255 del Código civil, “las leyes, la moral y el orden público” la condicionan. Pero conviene no olvidar que la misma se conecta con el principio general de libertad (negativa) que la Constitución tutela en el artículo 10.1 como derecho al “libre desarrollo de la personalidad”. De modo que una excesiva restricción de la autonomía de la voluntad por mor de una aplicación indiscriminada de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares probablemente puede conducir a resultados contrarios al deseado. A continuación, también en nuestro derecho, el asunto de la *drittwirkung* se ha vinculado con la primacía de la Constitución, el ámbito de los derechos fundamentales y la competencia del Tribunal Constitucional en la tutela del amparo<sup>15</sup>. Cosas de suyo diferentes que portan también problemas distintos en el contexto del “constitucionalismo”<sup>16</sup>. Así –respecto al primero–, si no hay duda de la primacía de la Constitución sobre las normas de derecho privado, en cambio –en el segundo–, la operatividad de los derechos fundamentales frente a particulares depende de una decisión de la propia Constitución –expresa o inducible por vía interpretativa–, y finalmente la competencia del Tribunal Constitucional para conocer en amparo vulneraciones de

---

<sup>13</sup>Estanislao Cantero, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*. Madrid. Speiro. 1990, 26 ss. Puede verse un desarrollo más amplio en el capítulo III de mi libro *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*. Madrid. Criterio Libros. 2000.

<sup>14</sup>Cfr. Miguel Ayuso (ed.), *Estado, ley y conciencia*. Madrid. Marcial Pons. 2010.

<sup>15</sup>Cfr. Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid. Civitas. 1986, 16 ss.

<sup>16</sup>Véase mi “La Costituzione fra neo-costituzionalismo e post-costituzionalismo”, en Danilo Castellano (ed.), *La Facoltà di Giurisprudenza. Dieci anni*. Udine. Forum, 2009. Y, últimamente, el excelente libro del profesor friulano *Constitución y constitucionalismo*. Madrid. Marcial Pons. 2013.

derechos por particulares que antes han sido residenciadas ante el juez civil o el laboral no se confunde con el ámbito y alcance de los derechos fundamentales. Finalmente, en la interpretación de éstos, cada uno tiene acotado un ámbito y alcance que no exigen un grado uniforme de *dritt-wirkung* y que obliga al examen particularizado del que se trate. En lo que ahora nos interesa, son muchos los problemas incoados en sede laboral (por ejemplo a propósito del descanso dominical), o en cuanto al derecho de asociación (quebrando el tradicional principio de autoorganización), o al de libertad ideológica y religiosa (piénsese en la práctica de la poligamia o en la polémica del “velo”) y de expresión (pues la “predicación” religiosa no siempre será coincidente con las exigencias del [pseud] “orden” democrático), etc.

3. A continuación, en tercer lugar, ligado al ya mencionado derecho a la autodeterminación, que la Corte constitucional italiana, por ejemplo, ha considerado uno de los “principios” (aunque no lo sean, sino más bien postulados) de su ordenamiento jurídico, precisamente junto con el de “laicidad”<sup>17</sup>, aparece el “efecto” o “fuerza” irradiante (*ausstrahlungswirkung*) de la “libertad de conciencia”. Pero este principio de autodeterminación, a partir de ese efecto irradiante de la libertad de conciencia, destruye lógicamente no ya el “ordenamiento” jurídico, que para ser tal debiera resultar funcional al orden jurídico, sino el mismo sistema jurídico. Si en ocasiones se detiene ante las conclusiones a que conducen sus premisas es precisamente por los restos del “orden jurídico” contenidos en la legislación, por los restos de “comunidad política” que custodia mal que bien el Estado moderno<sup>18</sup>. Una ejemplificación del argumento la encontramos en la objeción de conciencia al servicio militar. Que suele defenderse desde un agregado ideológico en el que destacan el personalismo, la concepción politológica del Estado –que a su vez lleva al entendimiento del derecho positivo como fuerza– y la libertad negativa. Y que pone en evidencia las irracionales consecuencias jurídico-políticas a que lleva, esto es, la consideración de que todas las concepciones éticas y religiosas tienen derecho de ciudadanía, con la única limitación de que no causen perjuicio a los demás, lo que significa afirmar que en la esfera privada cada uno puede hacer lo que le agrada. Ante lo cual podemos desgranar una serie de razones: que resulta dificultoso –desde esos presupuestos “negativos”– precisar un concepto justo de daño y de lo que causa daño a los demás, no pudiendo llegarse sino mediante convenciones; que sostener

---

<sup>17</sup>Cfr. Danilo Castellano, *Orden ético y derecho*. Madrid. Marcial Pons, capítulo II. Igualmente pueden verse las últimas páginas de mi libro *La constitución cristiana de los Estados*. Barcelona. Scire. 2008.

<sup>18</sup>Lo he explicado en mi “Codificazione e costituzionalismo tra geometría legale e natura delle cose”, en el volumen de Danilo Castellano (ed.), *Diritto, diritto naturale e ordinamento giuridico*. Padua, Cedam. 2002.

que el ciudadano goza de un derecho “a que no se viole su conciencia por las decisiones de mayorías contingentes que producen una ley ordinaria”, supone negar desde el principio el Estado y la comunidad política; que en tal concepción, el poder, lejos de ejercerse con vistas al bien común, se pone al servicio de los intereses de los grupos de presión que han apoyado a los detentadores del poder gubernamental del momento; que, finalmente, el Estado se somete, no al fin de la persona, sino a sus caprichos o deseos<sup>19</sup>. En España, el artículo 30.2 de la Constitución –tras estatuir en el número 1 que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”– señala que “la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”. Las dificultades que se han suscitado en la interpretación de este precepto, por su ambigüedad e indefinición, han obligado al Tribunal constitucional a pronunciarse en varias ocasiones sobre el tema. Así, en la sentencia de 23 de abril de 1982, anterior a la ley reguladora del instituto de 1984, afirmó que “puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español”. Pero como constituye una “excepción” a un deber general, “a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de la libertad de conciencia”, “no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta”, por lo que “no es el derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho a ser declarado exento del deber de prestarlo”. Doctrina también seguida en la sentencia de 11 de abril de 1985 –por la que se resolvió el recurso contra la ley de despenalización del aborto–, donde se sostiene que el derecho a la objeción de conciencia “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”, pues “forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa”. De esta consideración de la objeción de conciencia como derecho fundamental se ha pasado a entender, en las posteriores sentencias 160 y 161 de 27 de octubre de 1987 –que resolvieron el recurso y las cuestiones de inconstitucionalidad presentados contra la ley de 1984–, que aunque se trate “de un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica”, estamos simplemente ante “un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental”. Doctrina que ha sido combatida mayoritariamente, comenzando por algunos de los magistrados del Tribunal constitucional, que formularon voto particular. Y doctrina que, quizá inconsecuente desde la ideología constitucional, supone al menos un enfoque más realista y que pretende

---

<sup>19</sup>Cfr. Danilo Castellano, “Obiezione di coscienza e pensiero cattolico”, en el volumen *La razionalità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane. 1993, 40 ss.

huir de las consecuencias ineluctables que la admisión generalizada de un derecho fundamental a la objeción de conciencia –como auténtico derecho a la anarquía– llevaría consigo. En concreto, estos pronunciamientos permiten: excluir la llamada objeción de conciencia sobrevenida; exigir la indicación de los motivos en que se funda y la demostración de su veracidad; atribuir a un organismo administrativo, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, la declaración y atribución del estatuto de objetor; y fijar un servicio social sustitutorio de mayor duración que el servicio militar<sup>20</sup>. La legislación ordinaria y sobre todo la praxis a que dio lugar, se encargaron no obstante de limitar el alcance de buena parte de tales exigencias, hasta que la suspensión del servicio militar obligatorio hizo decaer –por el momento– el interés del asunto.

Desde el ángulo interpretativo, finalmente, y orillando las muchas polémicas conceptuales que se han producido en este sector, de modo especial en la doctrina alemana y estadounidense, es necesario en todo caso reseñar dos principios: el del “mayor valor” de los derechos y el de su interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos ratificados por España. Del primero, corolario del criterio hermenéutico *favor libertatis*, no sólo resulta la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, sino también la necesidad de interpretar la ley en la forma más favorable para su viabilidad y vigor<sup>21</sup>. El segundo, expresamente recogido en el artículo 10.2, y profusamente utilizado en la jurisprudencia constitucional, se concreta en una cláusula de garantía –pues las dificultades interpretativas de los derechos y libertades fundamentales deben salvarse en favor del sentido que aportan los referidos tratados o convenios– y en el aseguramiento de un *standard* mínimo de protección. En buena parte, de nuevo, las consecuencias más extremas implicadas en tales criterios hermenéuticos quedan limitadas por la introducción de cláusulas generales limitativas de los derechos por medio de intereses colectivos que no alcanzan la entidad de derechos individuales<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup>Para un análisis crítico, cfr. Estanislao Cantero, “La objeción de conciencia al servicio militar. Objeción de conciencia, dignidad personal y orden jurídico”, en AA.W., *Guerra, Moral y Derecho*. Madrid. Actas. 1994.

<sup>21</sup>Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1985 (f. j. 2º), 10 de marzo de 1987 (f. j. 3º) y 16 de enero de 1989 (f. j. 3º), entre muchas.

<sup>22</sup>Es el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, donde con frecuencia se leen cláusulas como ésta: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud” (artículo 9).



## EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL DERECHO CHILENO\*

*Juan Carlos Flores Rivas\*\**

SUMARIO: I. El contenido esencial del derecho a la educación. 1. Generalidades. 2. El educando. Titular del derecho a la educación. 3. Derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos. 4. Deber del Estado de proveer un régimen de educación escolar obligatoria. II. Derecho a elegir un establecimiento educacional distinto de los centros públicos de enseñanza. III. Conclusiones.

### I. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

#### 1. GENERALIDADES

Suele señalarse que el derecho a la educación se relaciona con la libertad de enseñanza sólo en forma complementaria, puesto que ambas son realidades humanas que jurídicamente son analizadas en forma aislada, con prescindencia una respecto de la otra<sup>1</sup>. No obstante, ambas realidades no pueden ser estudiadas sin atender en forma prioritaria a sus protagonistas, esto es, a los educandos, a quienes se dirige la educación, y a los educadores, quienes ejercen la enseñanza precisamente en función de los primeros.

Al respecto, De los Mozos señala que si bien la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, la enseñanza se dirige precisamente a producir el resultado de la educación. No obstante, cabe distinguir entre enseñanza y educación, en el sentido que la enseñanza puede ser entendida como instrucción y la educación como formación integral, pero sólo se trata de una distinción de aspectos diferentes de la

---

\*Este trabajo corresponde a un apartado de nuestra tesis doctoral inédita, titulada "La estabilidad de las subvenciones escolares en el Derecho Chileno", defendida el 25 de noviembre de 2013, en la Universidad de los Andes.

\*\*Abogado, Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile. Dirección Postal: Av. Bellavista N° 0121, Providencia, Santiago. [juan.flores@unab.cl](mailto:juan.flores@unab.cl)

<sup>1</sup>TC, Rol N° 1363-2009, 28 de julio de 2009.

misma realidad única, que se combina de distinta manera y con diferentes intensidades dependiendo de los niveles educativos<sup>2</sup>.

La misma autora continúa señalando que la distinción entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza es relativa en los primeros niveles educacionales, por cuanto los dos aspectos se entrelazan de tal modo que es prácticamente imposible enseñar sin transmitir una determinada visión del mundo y suscitar hábitos de conducta, actitudes y modos de comportamiento. La instrucción pura y simple –enseñanza– puede darse de una forma más prístina en los niveles educativos superiores<sup>3</sup>.

De este modo, la educación reviste un proceso constante, paulatino y sistemático, formal o informal, que experimenta la persona humana durante las diversas etapas de su vida, y que tiene por objeto infundir conocimientos, valores y habilidades al educando, en forma libre y reflexiva. Este proceso busca modelar la personalidad sobre la base de valores, perfeccionándola desde el ángulo espiritual, moral y también físico<sup>4</sup>.

Cabe señalar que el derecho a la educación es primeramente un derecho a acceder a los medios de educación, instrucción y formación, es decir, a la enseñanza que se traduce en alcanzar los medios intelectuales que permitan la obtención de las mayores y mejores potencialidades de la persona durante su vida<sup>5</sup>. En este sentido, el derecho a la educación comprende el derecho a recibir formación, el acceso al saber científico y profesional, en definitiva, al conocimiento que se considera necesario para el propio desarrollo de la personalidad<sup>6</sup>.

En este sentido, Martínez López-Muñiz señala que el derecho a la educación supone asumir una posición jurídica específica, de quien carece de formación o instrucción en una u otra medida, en cuanto que el ordenamiento jurídico le reconoce la titularidad de facultades de hacer o poder de exigir para lograr obtener ese bien que no posee, constituido por tal o cual grado o nivel de enseñanza<sup>7</sup>.

En el plano normativo, el artículo 2 del DFL N° 2, de 2 de julio de 2010, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordina-

---

<sup>2</sup>De los Mozos, Isabel, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo. Madrid. 1995. 32.

<sup>3</sup>*Ídem.*, 32.

<sup>4</sup>Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías*, 2ª edic. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago. 2012, t. II, 323.

<sup>5</sup>Vivanco Martínez, Ángela, "Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile", en *Temas de Agenda Pública*, Año 2 (2007), N° 8, 3.

<sup>6</sup>Martínez de Pisón, José, *El Derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, Madrid, 2003, 127.

<sup>7</sup>Martínez López-Muñiz, José Luis, "La educación en la Constitución Española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)", en *Persona y Derecho* N° 6, (1979), 234.

do y sistematizado de la Ley General de Educación N° 20.370, de 2010, ratifica lo antes expuesto al concebir la educación como:

*“(...) un proceso de aprendizaje permanente, que abarca las distintas etapas de la vida de una persona, cuya finalidad es alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas”.*

El mismo precepto reconoce la estrecha vinculación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, al establecer que la educación se manifiesta de distintas formas, a través de la enseñanza, formal o regular, no formal, o mediante la educación informal. En este sentido, la enseñanza formal o regular es aquella que se encuentra estructurada y que los educadores imparten de manera sistemática y secuencial, en distintos niveles y modalidades con la finalidad de asegurar la unidad del proceso educativo, y su continuidad en las distintas etapas de la vida de la persona. Por su parte, la enseñanza no formal incluye todo proceso formativo, realizado por medio de un programa sistemático, no necesariamente evaluado y que puede ser reconocido y verificado como un aprendizaje de valor, que conduce a una certificación.

Por último, la educación informal incluye todo proceso vinculado con el desarrollo de la persona en la sociedad, sin la tuición de un establecimiento educacional determinado. Por ende, puede ser obtenida en forma no estructurada y asistemática en el núcleo familiar, o a través de los medios de comunicación social, de la experiencia laboral o recogido del entorno que rodea a la persona.

## 2. EL EDUCANDO. TITULAR DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

No se puede hablar de educación en sentido propio, de educación real y auténtica, a menos que ésta cumpla con la condición de perfeccionar todas las manifestaciones de la naturaleza humana, reconociendo el sentido globalizante y plenario de la educación, pues conviene al hombre entero, y no a una parte o un aspecto aislado de él<sup>8</sup>. En efecto, mediante la educación se busca el acceso al saber, a la instrucción y a la formación necesaria de la persona en las distintas etapas de su vida, para que pueda lograr ser útil a la sociedad<sup>9</sup>.

En este contexto, queda en evidencia que los titulares del derecho a la educación no son el establecimiento educacional ni los profesores

---

<sup>8</sup>Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2006, t. II, 386-387.

<sup>9</sup>Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, “Proposiciones e ideas precisas”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 1-6 (1981), 190.

ni mucho menos los padres directamente ni el Estado, sino que el único titular del derecho a la educación, esto es, quien tiene el derecho a educarse y el deber de hacerlo es el educando<sup>10</sup>, quien dependiendo de su edad podrá ejercer este derecho directamente, o a través de sus padres o apoderados, tutores o curadores.

Lo anterior ha sido recogido por la legislación chilena, precisamente en el artículo 4° de la Ley General de Educación, N° 20.370, de 2010, que garantiza el derecho a la educación, pero no de cualquier educación, sino de una formación de calidad en todas las etapas de la vida, e impone al Estado la obligación de dar especial protección al ejercicio de ese derecho, y de propender a asegurar la calidad de la educación creando las condiciones necesarias para cumplir con aquéllas.

Sin embargo, el legislador ha ido más allá por cuanto ha exigido al Estado que junto con asegurar el acceso y la prestación efectiva de la educación, asimismo, asegure la calidad de la educación de todos los alumnos y alumnas, no obstante sus condiciones y circunstancias, con la finalidad que alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje previamente definidos por la ley, con independencia que la educación sea provista por establecimientos públicos o privados, de conformidad con los artículos 3° b) y 6° de la Ley General de Educación.

A mayor abundamiento, el legislador diseñó un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación, compuesto orgánicamente por el Consejo Nacional de Educación, la Agencia de Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación, cuyas competencias se extienden a definir, evaluar, fiscalizar y eventualmente, sancionar a los centros educativos públicos o privados que impartan educación escolar con la finalidad que éstos cumplan con los estándares de calidad, y los educandos adquieran las destrezas y habilidades que les permitan un desarrollo íntegro en las distintas etapas de su vida<sup>11</sup>.

Otro antecedente que confirma que el educando es el titular del derecho a la educación, dice relación con los mecanismos de financiamiento que regula el legislador para asegurar la gratuidad de la educación obligatoria, y para fomentar la educación en todos sus niveles incluidos los de carácter no obligatorios. De este modo, el legislador acude a la subvención como técnica administrativa específica de financiamiento de la educación escolar<sup>12</sup>, y como un instrumento financiero para fomentar

---

<sup>10</sup>TC, Rol N° 1361-2009, 13 de mayo de 2009.

<sup>11</sup>Cabe señalar que mediante la Ley N° 20.370, de 2010, Ley General de Educación, se modificó la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.962, de 1990. En este sentido, el año 2010 se dictó el DFL N° 2, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del DFL N° 1, de 2005, que contenía la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza.

<sup>12</sup>Vid., Fernández Farreres, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1983, 234. Para antecedentes históricos, ver: Soto Kloss, Eduardo,

la educación en general, tomando como parámetro la asistencia promedio de los alumnos a un determinado establecimiento educacional

No obstante, para los efectos de la administración de esos fondos públicos el legislador se sirve de un colaborador denominado “sostenedor educacional”, que es una persona jurídica de carácter público o privado, de giro único educacional, cuya función principal es percibir, gestionar y destinar la subvención a la finalidad establecida en la ley, debiendo restituir los fondos utilizados indebidamente.

Ahora bien, es menester distinguir entre el destinatario y el beneficiario de la subvención, pues si bien en muchas materias pueden ser la misma persona, en el ámbito educacional son diferentes. En este sentido, en materia educativa, el legislador desdobra el sujeto pasivo de la relación jurídica de subvenciones. En primer lugar, regula al sostenedor educacional en calidad de destinatario, esto es, en calidad de un mero recipiendario material de la ayuda estatal, que en principio no obtiene ventaja alguna de ella. Y en segundo lugar, reglamenta al beneficiario, quien recibe en definitiva la ayuda, en vista a la conexión o vinculación que tiene con la actividad ayudada<sup>13</sup>.

Asimismo, resulta importante determinar los requisitos y condiciones que establece el legislador para percibir, mantener o extinguir dicha ayuda, pues según se ha dicho, la subvención que percibe el sostenedor educativo no en su beneficio propio, sino que tiene por objeto hacer efectivo el derecho a la educación de los educandos, por cuanto, sólo el destinatario es quien asume frente al otorgante de la ayuda el deber de llevar a cabo la actividad a la que se afecta el bien concedido, mientras que el beneficiario, pese a ser quien realmente usufructúa la ventaja brindada, resulta un extraño a la relación subvencional considerada en sí misma<sup>14</sup>.

### 3. DERECHO Y DEBER PREFERENTE DE LOS PADRES DE EDUCAR A SUS HIJOS

Como hemos señalado, el titular primario del derecho a la educación es el educando, quien puede ejercer directamente este derecho, si tiene la edad y las condiciones físicas e intelectuales para ello. En caso contrario, son los padres en ejercicio de su derecho natural de progenitores quienes de conformidad con el artículo 19 N° 10 de la Carta Fundamental tienen el derecho y el deber preferente de educar a sus hijos.

---

*De la libertad de enseñanza y del estatuto jurídico de las subvenciones a la enseñanza privada*, memoria de licenciatura, Universidad de Chile. Santiago. 1963.

<sup>13</sup>Laguna de Paz, José Carlos, *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, Montecorvo, Madrid, 1991, 92.

<sup>14</sup>De La Riva, Ignacio, *Ayudas públicas. Incidencias de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Hammurabi. Buenos Aires. 2004, 160.

Lo anterior es una clara manifestación de la importancia que le asigna la Carta Fundamental a la familia como núcleo fundamental de la sociedad<sup>15</sup>, y el reconocimiento que los padres son los primeros educadores, y que ellos tienen la facultad de educar libremente a sus hijos, delegando esta tarea en otras personas como los maestros o profesores, que enseñan en escuelas públicas o privadas.

Bajo este entendido, se concibe el derecho a la educación como un derecho esencialmente personal, que emana de la naturaleza humana, propio y exclusivo de quien busca educarse y aprender. Sin embargo, en el caso de los menores de edad, por ser incapaces y no encontrándose plenamente desarrollada su capacidad volitiva, el Constituyente optó por conferir a los padres este derecho, imponiéndoles adicionalmente el deber preferente de educar a sus hijos, y de este modo, ejercer efectivamente el derecho a la educación de aquéllos<sup>16</sup>.

En consecuencia, aunque los padres deleguen el ejercicio de su derecho a enseñar a los hijos, no se entiende por esa sola circunstancia enajenado su derecho preferente, por cuanto es un derecho inalienable y los padres siguen siendo responsables que sus hijos se instruyan efectivamente. En este sentido, cabe señalar que se trata de un derecho preferente, que tiene *primacía* sobre el derecho del Estado de educar a los ciudadanos en orden al bien común y, por ende, es superior al derecho de los ciudadanos emanado de la libertad de enseñanza. En efecto, es una preferencia de la cual gozan los padres en relación con toda la comunidad nacional, incluyendo a los grupos intermedios y el Estado<sup>17</sup>.

Materialmente, los padres cumplen con este derecho-deber, principalmente en la primera etapa de la vida de sus hijos, dentro del seno de la familia, mediante la educación doméstica, la cual es anterior a la educación preescolar, es decir, previa a todo tipo de educación institucionalizada u oficial. La educación doméstica comprende todo el cúmulo de enseñanzas teóricas y prácticas que la persona adquiere en el seno de la familia<sup>18</sup>, que no tiene un carácter obligatorio, pero se encuentra dentro del derecho-deber de los padres de educar a sus hijos, derecho que

---

<sup>15</sup>De este modo, el derecho asegurado a todas las personas se hace más sagrado, por cierto, a favor de quienes por mandato de la naturaleza tienen no sólo la facultad o atribución de educar, sino que el deber imperativo de hacerlo, como son los padres en cuanto les reconoce el derecho preferente y el deber de educarlos. Silva Bascañán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales* (2ª edic.), Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008, t. XII, 176-177.

<sup>16</sup>Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, cit. t. II, 388.

<sup>17</sup>Orrego Sánchez, Cristóbal, "El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980 desde una perspectiva filosófico-jurídica", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.13, (1986) 3, 479-480.

<sup>18</sup>Martínez López-Muñiz, José Luis, "La educación en la Constitución Española", cit. 244.

constituye una manifestación del derecho de asistencia que los menores pueden exigir de sus padres, y especialmente de sus familias<sup>19</sup>.

El derecho-deber de los padres de educar a sus hijos no se agota en la educación doméstica impartida en el seno de la familia, por cuanto también comprende la facultad que tienen los padres de elegir el establecimiento educativo que ha de complementar la educación recibida en el núcleo familiar<sup>20</sup>.

Esta facultad de elección educativa el Constituyente la asocia a la libertad de enseñanza regulada en el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental. No obstante, es preciso tener presente que esta facultad de elección es una manifestación del deber de los padres de educar a sus hijos, lo que a su vez es correlato del derecho de los hijos a ser educados<sup>21</sup>.

La importancia de la preponderancia del derecho y el deber de los padres a educar a sus hijos queda reflejada en el énfasis dispuesto por el Constituyente al señalar que el Estado debe dar especial protección al ejercicio de este derecho, por ser especialmente valioso y digno de ser protegido. Por eso, se ha señalado que esta obligación es especial entre todas las obligaciones del Estado, es decir, que debe cumplirse en forma cuidada y estricta para que el ejercicio del derecho sea eficaz. Sin embargo, ello no quiere decir que entre los llamados a preservar el derecho el lugar primordial le corresponda al Estado, pues no existe un monopolio estatal para la apertura de establecimientos educacionales<sup>22</sup>.

Esta especial protección implica la obligación del Estado de establecer las condiciones materiales que permitan el acceso de los educandos, o en su caso, de sus padres, a los establecimientos educativos que libremente hayan elegido, así como el derecho a mantenerse en el centro educativo, en la medida que los educandos cumplan con los preceptos y las obligaciones del ordenamiento educacional<sup>23</sup>.

En el plano normativo, lo anterior es recogido por el legislador en el artículo 4° de la Ley General de Educación, que reconoce el derecho y el

---

<sup>19</sup>En este sentido se señala que los padres gozan de una especie de derecho fundamental a la enseñanza doméstica derivado del derecho a dirigir la educación de sus hijos, que constituye un derecho con fundamentos constitucionales efectivamente tutelado. Vid., Polo Sabau, José Ramón, *La libertad de enseñanza en el derecho norteamericano*, Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1999, 50-51. Martínez López-Muñiz, José Luis, "El Derecho a la educación en los Estados Unidos de América", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 93 (2011), 72-73.

<sup>20</sup>Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional* (2ª edic.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1997, t. I, 284.

<sup>21</sup>Cfr., Orrego Sánchez, Cristóbal, "El derecho a la educación y la libertad de enseñanza", cit. 480.

<sup>22</sup>Bernaschina González, Mario, *Manual de Derecho Constitucional* (3ª edic.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1958, 217.

<sup>23</sup>Cfr., Embid Irujo, Antonio, *Las libertades en la enseñanza*. Tecnos. Madrid. 1983, 183.

deber preferente de los padres de educar a sus hijos, e impone al Estado el deber de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. El mismo precepto establece un deber correlativo del Estado de promover y garantizar el ejercicio de este derecho a los padres, tutores, hijos y pupilos, cualquiera sea el establecimiento educacional elegido.

De este modo, el derecho de educación preferente de los padres, en cuanto derecho, es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la educación formal y en las acciones educativas que se realicen en el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes<sup>24</sup>.

#### 4. *DEBER DEL ESTADO DE PROVEER UN RÉGIMEN DE EDUCACIÓN ESCOLAR OBLIGATORIA*

La Carta Fundamental en el artículo 19 N° 10 consigna que la educación básica y media es obligatoria, estableciendo que el Estado debe confeccionar, diseñar o proveer un sistema gratuito de financiamiento destinado a asegurar el acceso a esos niveles de enseñanza a toda la población.

Dicha obligación es complementada, en materia de tratados internacionales, por el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y por el artículo 13 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen que la educación básica o elemental debe ser obligatoria y gratuita, y la enseñanza secundaria en sus diversas formas, incluyendo la técnica y profesional, debe ser generalizada y progresivamente gratuita. En el plano normativo, el artículo 4° de la Ley General de Educación estipula que el financiamiento de la educación obligatoria no sólo tiene por objeto permitir el acceso a estos niveles de enseñanza, sino también permitir la mantención o permanencia en un establecimiento educacional de conformidad con la ley.

Cabe hacer presente que la obligatoriedad de la educación escolar, específicamente de la educación primaria, fue establecida por la Ley N° 3.654 del 26 de agosto de 1920, cuyo texto definitivo fue fijado por el D.F.L N° 5.291, del Ministerio de Educación, de 22 del noviembre de 1929, modificado por el D.F.L N° 6.265 del 31 de diciembre de 1929, precepto legal que quedó ratificado por lo dispuesto en el artículo 10 N° 7 de la Constitución Política de 1925, que disponía la obligatoriedad de la educación primaria.

En términos generales, la Ley N° 3.654 de 1920 establecía que la educación prestada bajo la dirección del Estado y de las municipalidades era gratuita, que la educación primaria era obligatoria, y que para hacer

---

<sup>24</sup>TC, Rol N° 740-2007, 18 de abril de 2008.

efectiva dicha obligatoriedad los padres o guardadores estaban obligados a hacer que sus hijos o pupilos frecuentasen un establecimiento de educación primaria fiscal, municipal o particular, llegando a establecer penas privativas de libertad para los padres frente a los incumplimientos de los preceptos de esta ley<sup>25</sup>.

Para hacer efectiva la obligatoriedad de la educación primaria, dicha ley disponía la creación de escuelas fiscales, para proveer educación primaria a los niños, y educación complementaria a los adultos. Adicionalmente, imponía a las municipalidades la creación de escuelas primarias elementales. Y por último, establecía la obligación para todos los dueños de una propiedad agrícola de más de dos mil hectáreas, o empresas industriales que contaren con una población escolar mayor a veinte alumnos, de crear y mantener una escuela elemental.

Mediante, la Ley N° 17.398 de 1971 se reformó el N° 7 del artículo 10 de la Constitución Política de 1925, sustituyéndose la expresión “educación primaria” por “educación básica”, con el propósito de poner de relieve que no era esencial para todas las personas continuar un proceso educativo en que lo primario era el primer escalafón, que debía conducir siempre a su coronación en lo superior o universitario<sup>26</sup>.

Por su parte, en el texto original de la Carta Fundamental de 1980, así como en la historia fidedigna de su establecimiento, quedó consignado que la educación básica es obligatoria, centrando la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución la discusión sobre la gratuidad de la misma, concluyendo que si se estableció la obligatoriedad de la educación básica gratuita, el Texto Constitucional no debía consignar tal obligación, sin consagrar, a su vez, el deber del Estado de asumir su cumplimiento, por ello es indispensable que correlativamente a la existencia de la obligación hayan también escuelas básicas gratuitas<sup>27</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el texto original de la Carta Fundamental de 1980 no regulaba la educación media como un nivel educacional obligatorio, por ende, no existía una obligación estatal de financiación pública integral sobre dicha educación, sino tan sólo un deber de fomento general<sup>28</sup>. Para regularizar esta falencia, el 22 de mayo de 2003 se dictó la

---

<sup>25</sup>González Tuga, Juan Andrés, “Breve análisis sobre la evolución jurídico-constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 1 (2012). 85-124.

<sup>26</sup>Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales* (2ª edic.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008, t. XII, 207-208.

<sup>27</sup>Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 142, (1975), 16-19.

<sup>28</sup>El texto original de la Carta Fundamental de 1980, no regulaba la educación preescolar, fue mediante la Ley N° 19.634 de 2 de octubre de 1999, que se incorporó la obligación estatal, de carácter general, de promover la educación parvularia. Dicha obligación fue complementada por la Ley N° 20.162 de 16 de febrero de 2007, que estableció el deber estatal de garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal del segundo nivel de transición de la educación preescolar, dejándose expresa constancia que dichos niveles educativos no constituyen un

Ley Nº 19.876 que extendió la obligatoriedad, y por ende, el financiamiento estatal gratuito a la educación media con un límite de edad de 21 años.

Cabe señalar que la obligatoriedad de la educación escolar tiene su fundamento en el propio derecho a la educación reconocido constitucionalmente, que establece el derecho a educarse –libertad de aprendizaje– de todas las personas para alcanzar su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida. En otras palabras, todos tienen el deber de educarse, al menos en los aspectos mínimos, y por lo tanto todos tienen también el derecho a ser educados en ese mínimo, por cuanto sin esa base educativa esencial la participación en la vida nacional en igualdad de oportunidades se vuelve impracticable.

De este modo, la obligatoriedad de la educación escolar implica una garantía para el pleno desarrollo de la personalidad del educando, y un beneficio para toda la comunidad. Por su parte, el Estado como gestor del bien común tiene el deber específico de adoptar las medidas necesarias, en un marco de subsidiaridad, para que este derecho-deber pueda ser ejercido por sus titulares.

En efecto, el significado concreto de la obligatoriedad de la educación escolar se traduce en el imperativo que todas las personas, nacionales o extranjeras, tengan el derecho y el deber de estar escolarizados en algún establecimiento educacional que imparta legalmente los niveles educativos obligatorios, independiente de su naturaleza jurídica, pública o privada<sup>29</sup>. En otras palabras, se trata de *un poder para exigir* una prestación determinada, en cuanto al objeto –educación obligatoria– aunque inicialmente indeterminada en cuanto al sujeto obligado, siendo *prima facie*, los padres y apoderados los obligados, y en forma subsidiaria, los poderes públicos, el Gobierno y la Administración<sup>30</sup>.

A mayor abundamiento, el objetivo es que se imparta educación obligatoria, básica y media, con independencia de la naturaleza del centro educacional en que se materialice. Bajo este entendido, la titularidad del sujeto pasivo de la educación obligatoria se relaciona, por una parte, con aquellos particulares que ejercen la actividad educativa, mediante el ejercicio de una de las facultades de la libertad de enseñanza, esto es, mediante la creación, organización y mantención de centros educacionales.

---

requisito para el ingreso a la educación básica. Sin embargo, mediante la Ley Nº 20.710, de 11 de diciembre de 2013, que establece la obligación del Estado de financiar un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, se impuso la obligatoriedad del segundo nivel transición configurando como un requisito para el ingreso a la educación básica.

<sup>29</sup>Vid., Cotino Hueso, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2012, 58-60.

<sup>30</sup>Martínez López-Muñiz, José Luis, “La educación en la Constitución Española, cit. 242.

Por otra parte, siendo la educación un elemento esencial para la obtención y mantención del bien común, la titularidad pasiva de la educación obligatoria no queda entregada íntegramente a la autonomía de la voluntad, sino que el Estado debe asegurar la creación y la existencia de centros docentes que permitan a cada persona la obtención de los niveles de escolaridad establecidos como obligatorios por la Carta Fundamental<sup>31</sup>.

Lo anterior queda de manifiesto en el artículo 4° de la Ley General de Educación, que dispone que el sistema de educación en nuestro ordenamiento jurídico es de naturaleza mixta, incluyendo la existencia de establecimientos educacionales de propiedad y administrados por el Estado o sus órganos, y otros establecimientos de propiedad y administrados por particulares, sean subvencionados por el Estado o pagados<sup>32</sup>.

En el caso de los establecimientos públicos, el Estado tiene el deber de recibir a los educandos que no puedan o no quieran educarse en el sistema particular de enseñanza. En otras palabras, existe un derecho fundamental de acceso a la educación, lo cual implica la incorporación de los titulares del derecho a la educación a las escuelas o establecimientos educativos, por ende, el Estado no podría establecer la obligatoriedad de la enseñanza en la educación formal si no garantiza efectivamente las condiciones materiales mínimas y necesarias para el cumplimiento de tal obligación<sup>33</sup>.

Por su parte, en el caso de los establecimientos privados, financiados íntegra o parcialmente por el Estado con fondos públicos, el legislador debe establecer las condiciones de acceso para que los educandos o los padres ejerzan adecuadamente el derecho a elegir un establecimiento educacional distinto de los centros estatales, imponiendo al Estado la obligación que exista la mayor extensión de establecimientos educacionales tanto públicos como privados. En efecto, la obligación del Estado es la entregar la mayor gama o variedad de opciones de establecimientos educacionales a los padres para que éstos puedan escoger con plena

---

<sup>31</sup>Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Los derechos sociales fundamentales*. Librotecnia. Santiago. 2009, t. III, 312-313.

<sup>32</sup>Sobre la titularidad de la libertad de enseñanza por parte de los poderes públicos, la doctrina ha señalado que únicamente cuando el establecimiento educativo sea una persona jurídica dotada de autonomía, sea cual sea la fuente de esta, o bien cuando su dueño o sostenedor sea un órgano del Estado, corporación o institución autónoma, el establecimiento o quien lo administre puede legítimamente invocar la libertad de enseñanza, pues ésta es una manifestación de su autonomía. Pero no si el establecimiento está inserto en un servicio público centralizado, de aquellos que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco. Cfr., Bertelsen Repetto, Raúl, "Libertad de enseñanza: dos sentencias del Tribunal Constitucional", *Sentencias Destacadas* (2004), 166. Vid., TC, Rol N° 423-2004, de 18 de octubre de 2004.

<sup>33</sup>Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, cit. 313.

libertad el más acorde con sus concepciones intelectuales y espirituales que deseen para el desarrollo de sus hijos<sup>34</sup>.

Cabe señalar que la financiación pública de los establecimientos privados eventualmente puede implicar la imposición de determinadas exigencias para que el particular pueda optar a la ayuda estatal respectiva, por cuanto el otorgamiento de ayudas estatales no es una decisión discrecional del Estado, sino un deber ya que el Estado tiene la obligación de asegurar la educación gratuita en los niveles básicos y medios<sup>35</sup>. Sin embargo, ello no puede ser sinónimo que por la vía del financiamiento público el ejercicio de una libertad constitucional sea limitado o restringido. En efecto, toda limitación o restricción debe ser adecuada y proporcionada, por lo tanto no debe superar los límites impuestos por la ponderación y la razonabilidad<sup>36</sup>.

Por último, como señala De Los Mozos, la gratuidad acompaña la obligatoriedad, por cuanto la enseñanza escolar no puede ser un deber efectivo si no es gratuita, configurándose como un derecho de prestación. En este sentido, la obligatoriedad supone que el derecho a la gratuidad de la enseñanza escolar responde a una compensación económica pública, derivada del cumplimiento del deber de educarse<sup>37</sup>.

## II. DERECHO A ELEGIR UN ESTABLECIMIENTO EDUCACIONAL DISTINTO DE LOS CENTROS PÚBLICOS DE ENSEÑANZA

El derecho de elegir un establecimiento educacional guarda una estrecha relación con la libertad de aprendizaje del educando y con el derecho-deber preferente de los padres de educar a sus hijos, extendiéndose a las distintas etapas de la vida de los hijos, y se materializa cuando por circunstancias de edad los hijos dejan de recibir la educación en el seno familiar, y deben necesariamente asistir a un establecimiento educacional libremente elegido por los padres, para recibir la educación correspondiente. En este sentido, el Estado debe asegurar unos contenidos comunes, de carácter mínimo en los distintos niveles de enseñanza, y bajo este entendido, los poderes públicos deben garantizar que cada persona pueda recibir la educación correspondiente a cada uno de esos niveles con sus posibles especializaciones, en el establecimiento que mayor confianza le merezca<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup>Cfr., Romero Labra, Alfredo y Zárate Carrazana, Miguel, *Introducción al derecho educacional chileno*. Legal Publishing. Santiago. 2013, 53-54.

<sup>35</sup>TC, Rol N° 410-2004, 14 de junio de 2004.

<sup>36</sup>Vid., Soto Velasco, Sebastián, "Requerimiento en proyecto de ley sobre jornada escolar completa", en *Ius Publicum*, 15 (2005), 276.

<sup>37</sup>De los Mozos, Isabel, *Educación en libertad y concierto escolar*, cit. 154.

<sup>38</sup>Cfr., Martínez López-Muñiz, José Luis, "La educación en la Constitución Española", cit. 246.

Cabe hacer presente, en este sentido, que en la libertad de enseñanza aquél que aprovecha sus beneficios no es quien ejercita dicha libertad, sino el educando que recibe la enseñanza. De este modo, el derecho a elegir un maestro o profesor reside en el padre de familia, pues es una emanación del conjunto de facultades y obligaciones que nuestra legislación denomina patria potestad. En efecto, no hay libertad de enseñanza si no se respeta el derecho del padre para escoger el maestro que ha de enseñar a sus hijos<sup>39</sup>.

Se trata de una dimensión esencial del derecho a la educación, estrechamente relacionada con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en suma, con la libertad ideológica<sup>40</sup>. En este sentido, los padres al escoger un determinado establecimiento educacional, matriculando a sus hijos en él, manifiestan su confianza en los principios y criterios pedagógicos que el centro escolar adopte, de conformidad con los planteamientos y orientaciones consignadas en su proyecto educativo o ideario de carácter propio<sup>41</sup>.

En el plano normativo, este derecho emana del artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental confiriéndoles a los padres el derecho para elegir el establecimiento educacional para sus hijos. Por su parte, a nivel legislativo, el artículo 4° de la Ley General de Educación establece que el Estado debe asegurar a los padres y apoderados la libertad de elegir el establecimiento educativo para sus hijos. En este contexto, como hemos expuesto, el mismo precepto dispone que el sistema educacional será de naturaleza mixta, incluyendo establecimientos de propiedad y administración del Estado o sus órganos, y otros establecimientos particulares, subvencionados o pagados, con la finalidad que el derecho de los padres a elegir el establecimiento educacional sea efectivo.

Este derecho busca evitar que se imponga al educando, o en su caso, a los padres, necesariamente, un determinado tipo de enseñanza, impartida por un establecimiento único. Por lo tanto, deben existir varios establecimientos educacionales inspirados en distintos proyectos educativos entre los cuales puedan los padres libremente optar<sup>42</sup>. De este modo se pretende evitar que la educación estatal constituya la única opción educativa en el sistema nacional de educación<sup>43</sup>. En este sentido, los particulares pueden

---

<sup>39</sup>Estévez Gazmuri, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1949, 125-126.

<sup>40</sup>Cfr., De los Mozos, Isabel, *Educación en libertad y concierto escolar*, cit. 158.

<sup>41</sup>Vid., Martínez López-Muñiz, José Luis, "Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos", en *Ius Canonicum*, 34 (1999) 77, 15-25.

<sup>42</sup>Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales*, Editorial Jurídica, 2ª edic., cit., t. XII, 254.

<sup>43</sup>Cfr., Varas Contreras, Guillermo, *La Enseñanza particular ante el Derecho*. Editorial Pacífico. Santiago. 1956, 42-43.

crear y desarrollar las propuestas educativas que permitan el desarrollo de la persona en las diversas etapas de su vida, respetando las normas legales y administrativas respectivas.

Bajo este entendido, los poderes públicos deben garantizar el derecho al tipo de educación que los educandos o los padres libremente elijan, promoviendo y garantizando las condiciones necesarias para que dicha elección pueda ser ejercida por todos, asegurando de este modo la igualdad de oportunidades y de participación de todas las personas en la vida nacional<sup>44</sup>. Por lo tanto, para que el derecho de los educandos, o de los padres a elegir un establecimiento educacional de su agrado, pueda ser ejercido libremente, debe necesariamente existir una oferta educativa distinta de aquella propuesta educacional impartida por los centros educacionales públicos, conjuntamente con una serie de garantías jurídico-constitucionales complementarias con la finalidad de garantizar una oferta escolar plural. En consecuencia, la libertad de elección del educando o de los padres se refiere a la ausencia de un monopolio estatal en la enseñanza, lo que se traduce en la aceptación estatal de renunciar a imponer en los diferentes niveles educativos una doctrina oficial<sup>45</sup>.

Un factor determinante para hacer realidad la oferta educativa, que les permita a los padres elegir, libremente, un centro educacional distinto de los establecimientos estatales, se vincula con la existencia de financiamiento público para los centros educacionales privados que impartan educación obligatoria en forma gratuita, con la finalidad que dichos establecimientos se mantengan y puedan competir con los centros estatales financiados íntegramente por el Estado. En este sentido, no pueden existir propuestas educativas pluralistas, si el Estado no dispone las condiciones de financiamiento que permitan la creación de centros docentes distintos de los centros públicos, o de aquellos que se financian íntegramente con aportes de los padres y apoderados<sup>46</sup>.

Al respecto, señala Martínez López-Muñiz que el derecho a la educación con su contenido constitutivo primario e impostergable de libertad tiene a la vez otra dimensión esencial, que le dota de una especial naturaleza prestacional o social, que se traduce en el derecho a acceder a una escolarización efectiva y a recibir las prestaciones educativas correspondientes. Por lo tanto, las propuestas educativas habrán de adecuarse a lo deseado o preferido por el educando, o en su favor, por parte de quienes respon-

---

<sup>44</sup>Ortiz Díaz, José, *La libertad de enseñanza*. Universidad de Málaga. Málaga. 1980, 90-94.

<sup>45</sup>Cfr., Rodríguez Coarasa, Cristina, *La libertad de enseñanza en España*. Tecnos. Madrid. 1998, 93.

<sup>46</sup>TC, Rol N° 1361-2009, 13 de mayo de 2009.

dan jurídicamente de él<sup>47</sup>. El mismo autor señala que en el ámbito de la educación básica el derecho fundamental a la educación en libertad es a la vez un deber público y por ello mismo se declara simultáneamente de satisfacción gratuita, es decir, la Constitución otorga el derecho a la plena financiación pública de lo que impone como deber general para cuantos se encuentren en la edad correspondiente<sup>48</sup>.

En este sentido, se señala que no es el Estado quien debe educar a los ciudadanos, sino que –con criterios de justicia distributiva– debe ayudar a financiar la enseñanza de todos ellos bajo condiciones de gratuidad. Y el Estado puede cumplir dicha obligación tanto a través de establecimientos educativos no estatales como estableciendo escuelas que junto con aquéllas aseguren la escolarización total de los educandos. Para ello se precisa que en los casos de gratuidad obligatoria esa enseñanza la financie el Estado<sup>49</sup>.

Por ende, una vez establecido el principio de pluralismo de los centros educativos, y de la función del Estado de potenciarlos y fomentarlos, es precisa la necesidad de ayuda económica y subvenciones públicas a la enseñanza privada. En efecto, los poderes públicos no pueden limitarse sólo a la creación de centros oficiales o públicos de enseñanza, sino que han de potenciar, financiar y fomentar las propuestas educativas que nazcan o que respondan a demandas sociales incuestionables.

Ratifica lo antes expuesto, la normativa específica de educación, que en primer lugar reconoce la existencia de un sistema educacional de carácter mixto que permite a los padres o apoderados elegir el establecimiento educacional –público o privado– para la formación de sus hijos. En segundo lugar, el artículo 1° de la Ley de Subvenciones, contenida en el DFL N° 2 de 1998, del Ministerio de Educación, regula específicamente la financiación pública de raigambre constitucional, mediante la utilización de la subvención, para la educación gratuita, sin distinguir entre establecimientos públicos o privados que la ofrezcan.

Por último, el financiamiento público de la educación escolar, de conformidad con el artículo 4° de la Ley de Subvenciones, se extiende también a los establecimientos educacionales públicos administrados directamente por las municipalidades a través de los Departamentos de Administración de Educacional Municipal (DAEM) o indirectamente por las corporaciones municipales, que la ley les permite crear<sup>50</sup>. De este modo, los establecimientos públicos, una vez cumplidos los requisitos

---

<sup>47</sup>Cfr., Martínez López-Muñiz, José Luis, "La educación escolar, servicio esencial: implicancias jurídico-públicas", en Requero Ibáñez, José Luis y Martínez López-Muñiz, José Luis (Dir.), *Los derechos fundamentales en la educación*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2008, Vol. 11, 35.

<sup>48</sup>*Ibidem*, 39.

<sup>49</sup>Cfr., Ortiz Díaz, José, *La libertad de enseñanza*, cit. 117.

<sup>50</sup>Vid., Soto Kloss, Eduardo, "Las Corporaciones Privadas de Desarrollo Social y su Régimen de Fiscalización", en *Revista de Derecho Público*, 31-32 (1982), 133-175.

legales, pueden optar a percibir el beneficio de la subvención de la misma forma que los establecimientos educacionales creados a instancia de los particulares.

### III. CONCLUSIONES

De lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El ejercicio de la actividad educativa con independencia de la estructura organizativa que se adopte, así como la forma de financiamiento estatal que se provea, tienen por finalidad beneficiar el proceso educativo del educando, sea que éste ejerza sus derechos en forma directa, sea que lo haga a través de sus padres o apoderados ante determinadas situaciones de incapacidad.

2. Los padres tienen el derecho y deber preferente de educar a sus hijos, lo cual se manifiesta en la educación doméstica, y en el derecho de elegir el establecimiento educacional que estimen conveniente, a la luz de un régimen mixto de educación que considera establecimientos estatales y establecimientos particulares, con o sin financiamiento estatal.

3. El Constituyente impuso al Estado la obligación de diseñar un régimen de financiamiento de la educación obligatoria, que permita a toda la población acceder a los niveles obligatorios en condiciones de gratuidad, entregando al legislador la elección del mecanismo jurídico-financiero para cumplir dicho imperativo constitucional, optando el legislador por un régimen jurídico de subvenciones.

4. El régimen jurídico de financiamiento a la educación escolar creado por el legislador encuentra su fundamento último en la obligatoriedad constitucional de dicho nivel educativo, por cuanto el Estado debe financiar la educación considerada o definida como obligatoria o imprescindible, con independencia de quien la suministre o provea, subvencionando tanto a los establecimientos públicos como privados. En efecto, no se pueden establecer determinados niveles educacionales como obligatorios, sino existen adecuadas condiciones financieras de acceso a dichos niveles.

5. El derecho a la educación en su dimensión de libertad, como una manifestación de la libertad de pensamiento, supone el derecho de los padres de poder elegir un establecimiento educativo distinto de los centros educacionales públicos. De este modo, el Estado tiene tanto el deber de permitir la existencia de establecimientos particulares como el deber de ir en su auxilio, mediante las ayudas públicas que permitan la provisión de alternativas educativas pluralistas.

6. Para que el derecho de los educandos, o de los padres, a elegir un establecimiento educacional de su agrado pueda ser ejercido libremente, debe necesariamente existir una oferta educativa distinta de aquellas propuestas educacionales impartidas por los centros educacionales públicos. En consecuencia, la libertad de elección del educando o de los padres se refiere a la ausencia de un monopolio estatal en la enseñanza, lo que se traduce en la aceptación estatal de renunciar a imponer en los diferentes niveles educativos una doctrina oficial.



## ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “LITIGIOS CON EL ESTADO”?

*Eduardo Soto Kloss\**

SUMARIO: I. ¿Qué se entiende por “Estado” en el Derecho chileno? II. ¿Qué ha de entenderse por “litigios con el Estado”? III. ¿Qué sentido puede tener una cláusula de bases administrativas de una licitación de una concesión de bienes que exija como requisito para ser oferente en dicho procedimiento “no tener litigios con el Estado”? IV. Conclusiones.

### I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ESTADO EN EL DERECHO CHILENO?

No suele ser muy simple el responder a esta pregunta, aunque a primera vista pudiera parecer un tanto paradójico ello, dado que parece como un concepto primordial.

1. No cabe olvidar aquí que nuestra tradición castellano-indiana no conoció este término, pues el Imperio que forjaron “las Españas” de fines del siglo XV y durante el siglo XVI se construyó sobre la base de la llamada “Corona de Castilla” y luego los territorios indianos (las Indias occidentales) se anexaron a esa Corona, los cuales propiamente eran dominios de ella y no de España.

2. Cuando comienza nuestra llamado “derecho patrio”, a partir especialmente de la Constitución de 1833, cuando se asienta la República bajo los gobiernos de Prieto, Bulnes y Montt (1831-1861) se advierte que se habla de “República de Chile” (art. 3º) y que “la soberanía reside esencialmente en la Nación” (art. 4º). En su artículo 12 sobre “Derecho público chileno” (derechos de las personas) se habla del derecho de petición de los individuos “ya sea por motivos de interés general del Estado...”, y en el capítulo sobre el Presidente de la República se habla que él “administra el Estado i es el jefe supremo de la nación” (art. 59). Se consagra un Consejo de Estado (arts. 84ss.) y de consejeros del Estado.

---

\*Doctor en Derecho, Universidad de París (Panthéon/Sorbonne). Profesor titular de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile.

Como se advierte, son muy escasas las disposiciones que utilizan el término Estado, puesto que no era de uso en aquel tiempo.

3. Cuando se elabora por don Andrés Bello el código civil y se pone en vigencia (1857) aparece en su texto que ya se habla de “Constitución del Estado” (art. 6°) y en lo que interesa para este estudio, aparece el artículo 547, inciso 2°, que resulta fundamental aquí, al referirse precisamente a “personas jurídicas de derecho público” que él denomina “corporaciones de derecho público”, las cuales, dice, “se rigen por leyes y reglamentos especiales”.

Pues bien, en esta disposición Bello se refiere a estas personas jurídicas de derecho público “como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias...”<sup>1</sup>.

Aparece fundamental este artículo porque entiende Bello muy bien que hay distintas “personas jurídicas” que intervienen en la satisfacción del bien de la República, como son el “fisco”, las “municipalidades”, entre otros y al decir “nación” es sintomático que lo hace sinónimo de “Estado”, como lo expresa textualmente en la introducción de sus *Principios de derecho internacional*<sup>2</sup>. De allí que el artículo 547 inciso 2° enumera, ejemplificando, tres personas jurídicas distintas, a saber “estado”, “fisco” y “municipalidades”, cada una diferente y con estatutos jurídicos propios y distintos. Valga señalar que Bello entiende que el “Estado” como persona jurídica específica (distinta de “fisco” y de “municipalidades”) posee “bienes” y ejerce “dominio” sobre ellos (v. gr. arts. 589 a 591). Y distingue claramente entre bienes nacionales, bienes nacionales de uso público (o bienes públicos, en sinonimia) bienes del “Estado” y bienes “fiscales” (art. 589). Por último, el artículo 2497 en el párrafo sobre la prescripción de bienes y de acciones señala que sus reglas “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades”, no incluyéndose al “fisco” en esa disposición, mientras que su artículo 2511, inciso 1°, concerniente a las acciones que prescriben en corto tiempo dispone que se aplican “a favor o en contra del fisco y las municipalidades” provenientes de toda clase de impuestos, omitiéndose aquí la referencia al “Estado”.

Si se analiza lo expuesto, resulta claro que el código civil entiende y consagra una nítida diferencia entre “estado”, “fisco” y “municipalidades”, además de lo que llama “establecimientos que se costean con fondos del erario” (art. 547 inciso 2°) y “corporaciones nacionales” (art. 2497).

---

<sup>1</sup>Debe advertirse la genialidad de Bello de consagrar en su época la existencia de “personas jurídicas de derecho público”, en circunstancias que a la época no solía admitirse ello, como es el caso de Savigny, que negaba tal posibilidad. Sobre este art. 547 y especialmente su inciso 2° puede ser útil nuestras *Bases constitucionales de la Administración del Estado*, en G. Reyes Román-Eduardo Soto Kloss, “Régimen jurídico de la Administración del Estado”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1980, 9-47, especialmente nota 14, pp. 38-40.

<sup>2</sup>Vid. su *Principios de derecho internacional*; tengo a mi vista la 4ª edición. Garnier Hnos. París. 1882, 24.

En otros términos, existen distintas “personas jurídicas de derecho público” entre las cuales el código civil distingue claramente el “estado”, el “fisco”, y las “municipalidades” (de lado quedan las iglesias, los establecimientos que se costean con fondos del erario y las llamadas por Bello corporaciones nacionales, las cuales no vienen aquí al caso).

4. Cuando pasamos a la Constitución de 1925, reforma de la del 33, ya en su artículo 1° habla del “Estado de Chile” (que es unitario, dice) y en varios preceptos se refiere al “Estado” como en las garantías constitucionales, art. 10 N°s 4 incisos 2° y 4°; 9, inciso 2°; 10 inciso 3°; 16 incisos 4° y 5°; también en el art. 21, referido a las Tesorerías del Estado; 31 en que habla de contratos con el Estado; 43 N° 3 sobre enajenación de bienes del Estado; 44 referido a materias de ley, v. gr. responsabilidad financiera del Estado, N° 3, bienes del Estado; 60, el Presidente de la República administra el Estado; 88 sobre gobierno interior del Estado; y algunas disposiciones transitorias como la Primera, inciso 2°, y la Decimoséptima concerniente a la nacionalización de la llamada gran minería del cobre, en donde hay varias alusiones al Estado.

5. La Constitución de 1980, vigente ya 33 años, utiliza con mayor profusión el término “Estado” e introduce la expresión “órganos del Estado” (arts. 6° y 7°), lo que indica desde ya que se le concibe como “persona jurídica”, desde que sólo ellas, se dice, tienen “órganos”. Así encontramos en ella los artículos 1° incisos 4° y 5° (fin y deberes del Estado); en los derechos y deberes constitucionales hay variadas alusiones al término como en el art. 19 N°s 8,9,10,11,12,15,16,18,21,22 ,24 incisos 2° y 10°; asimismo en los artículos 32 N° 20, 33, 38 inc. 2°, 52 N°s 1 y 2, 53, 57, 58, 59, 63, 100, 106,110, y disposiciones transitorias 11 y 24, sin que la enumeración pretenda ser exhaustiva.

Hay, sí, una novedad que para nosotros adquiere importancia, como es que un párrafo especial, el tercero del Título IV Gobierno, establece lo que llama su epígrafe “Administración del Estado” (art. 38 y su inciso 2°), “sus organismos” o las municipalidades”. Reiterando lo que la Constitución de 1925 disponía en sus artículos 29 inc. 1° y 31 inc. 2°, el art. 58 de la Constitución de 1980 establece la incompatibilidad de los cargos de diputados y senadores no sólo entre sí sino también “con todo empleo o comisión retribuido con fondos del fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el fisco tenga intervención por aportes de capital” (inc. 1°) y su inc. 2° declara igual incompatibilidad “con las funciones de director o consejero, aun cuando sean ad honorem, en las entidades fiscales autónomas, semifiscales o en las empresas estatales o en las que el Estado tenga participación por aportes de capital”.

Por su parte, el art. 60, a propósito de la cesación en el cargo de diputado o senador, se señala como una de las causales de ella el “celebrar o caucionar contratos con el Estado” (inc. 2°). El art. 63 al hablar de las materias de ley señala “las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las municipalidades para contratar empréstitos...” (N° 7), su N° 8 habla de “responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades...”, el N° 9 se refiere a que son materias de ley “las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas”; de igual modo el N° 10 dispone que son materias de ley “las que fijen las normas sobre enajenaciones de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión”.

También el art. 98 sobre la Contraloría General de la República se refiere a que “fiscalizará el ingreso e inversión de los fondos del fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes” (inc. 1°). El art. 100 habla de las “Tesorerías del Estado”, el 110 de “gobierno y administración interior del Estado”, el 111 estatuye la persona jurídica de derecho público denominada “gobierno regional” encargada “de la administración superior de cada región” (inc. 2°). Por último, la Disposición transitoria vigésimo cuarta se refiere a que “el Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional...).

6. De todo este cúmulo de disposiciones referidas tanto en la Constitución como en el Código Civil ¿es posible extraer algunas conclusiones?<sup>3</sup>.

6.1. La primera conclusión que resulta forzoso afirmar es que el “Estado” es una “persona jurídica”, esto es un sujeto de Derecho, diferente de todo otro sujeto, que posee una existencia propia y que está regido por el derecho público.

6.2. Una segunda conclusión es aquella que resulta de la propia Constitución según la cual este sujeto “Estado” se encuentra sometido a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella (art. 6°), sujeción que es total e integral (art. 7°).

6.3. Una tercera conclusión es la afirmación en cuya virtud siendo el “Estado” una persona jurídica está conformado por distintas personas jurídicas, o sea, distintos sujetos de Derecho, a saber “fisco”, “municipalidades”, “empresas

---

<sup>3</sup>Dejamos de lado toda esa legislación orgánica constitucional que trata sobre la “organización de la Administración del Estado”/Ley N° 18.575, de 1986; sobre las “Municipalidades”/Ley N° 18.695, de 1989; sobre “Gobierno y Administración Regional”/Ley N° 19.175, de 1991; sobre la “Contraloría General de la República”/Ley N° 10.336, de 1964, o legislación ordinaria como, por ejemplo, sobre la “Administración Financiera del Estado”/D.L. N° 1263, de 1975, sobre “Bienes Nacionales”/D.L. N° 1939, de 1977, etc.

del estado”, “gobierno regional” y numerosas entidades personificadas que desarrollan la función administrativa estatal en pro del bien común (que he llamado “instituciones”, para englobarlas en un solo término).

Estas conclusiones que están fuera de discusión, puesto que resultan directamente de la Constitución y son bases del derecho público administrativo chileno, pudiera –tal vez– causar sorpresa pero es así; cada una de las personas jurídicas señaladas son cada una de ellas sujetos de Derecho, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio, estatuto propio, régimen jurídico propio (ciertamente de derecho público) y, por tanto, son cada uno de ellos distintos de la persona jurídica “Estado” y jurídicamente hablando “no son” la persona jurídica “Estado”, ni éste es aquéllas.

Tan es así lo dicho que sus bienes son propios, la responsabilidad en que incurrir es propia si cometen daños que afecte los derechos de los particulares y ha de demandarse su responsabilidad a ellos, y no a la persona jurídica “Estado”, tienen un régimen jurídico de control sobre sus actos u omisiones, sus actos son imputados directamente a ellos, cada uno de ellos tiene la posibilidad jurídica de contratar y los efectos de estos contratos se radican en ellos mismos, etc.

## II. ¿QUÉ HA DE ENTENDERSE POR “LITIGIOS CON EL ESTADO”?

Cuando se habla de “litigios con el Estado” ha de entenderse –por sentido común y razón natural– que no se trata de litigios en lo que v. gr. un particular, sea una persona natural o una persona jurídica, junto *con* el Estado, ambos como demandantes y con pretensiones procesales concurrentes (como si fuera “por una sola cuerda”) enfrentan judicialmente a terceros, como si fueran una sola “parte” (propia mente hablando). Una cláusula de bases de licitación que estableciera una tal exigencia de “no tener litigios con el Estado” y entendida en el sentido antes señalado, carecería de toda lógica si se tiene presente que un litigio como el referido no “opone” al particular “frente” al Estado, no es una contraparte suya, ni se sostienen pretensiones contrapuestas, contrarias o incompatibles con las del Estado. Y no siendo contrarias o contrapuestas no se divisa razón, fundamento ni justificación para pretender tal exigencia de exclusión.

Así, cuando se habla de “litigios con el Estado” ha de entenderse forzosamente que esa cláusula mencionada concierne, obviamente, a “litigios en *contra* del Estado”, en que un particular sostiene, actualmente, pretensiones jurisdiccionales contrarias, opuestas, a las del Estado, en asuntos determinados y, por tanto, existiendo una tal situación se le excluiría como oferente en un procedimiento administrativo de licitación.

Es aquí en donde suele producirse cierta confusión entre quienes no manejan con mucha destreza el derecho público chileno porque cuando

se habla v. gr. de “litigios contra el Estado” pareciera creerse que procesalmente (que es lo involucrado en la expresión) es lo mismo “litigios contra el Estado” que litigios contra una Municipalidad, o contra el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio Agrícola y Ganadero o la Empresa de Correos de Chile, para ejemplificar.

1. Cuando una persona, sea jurídica o natural, es fiscalizada en su actividad por la Dirección del Trabajo o algunos de sus órganos (v. gr. Inspección Comunal) en cuanto a la relación jurídica con sus trabajadores y entiende que ha habido alguna infracción a la legislación laboral y aplica, por ejemplo, una medida sancionadora de multa, la afectada (es decir, el empleador) no interpone una acción de protección (art. 20 de la Constitución) en contra del “Estado”, ni se origina “un litigio contra el Estado”, sino que impugna el acto administrativo sanción y se dirige en contra del órgano ofensor, y el expediente a que da origen el proceso o litigio proteccional ni siquiera se caratula “contra el Estado” sino contra el órgano de la entidad que emite el acto impugnado.

2. De igual modo sucede si se deduce una acción de responsabilidad por el actuar dañoso de un Servicio de Salud (persona jurídica administrativa) por algún “desaguisado” producido en la atención respecto de un paciente que queda, por ejemplo, parapléjico, inválido, amputado de un órgano, etc., para recordar alguno de los numerosos casos que depara, por desgracia, la jurisprudencia judicial en la materia. La acción indemnizatoria de perjuicios se dirige en contra del “Servicio de Salud” respectivo (cada uno de ellos es un organismo con competencia regional/se dicen “descentralizados funcional y territorialmente”), que es una persona jurídica, con plena capacidad procesal para ser llevada a juicio. Tal litigio no es “litigio contra el Estado”, siendo ésta una persona jurídica enteramente ajena al proceso, sino la relación procesal se traba con dicho “Servicio de Salud”, jamás contra el “Estado”.

3. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la Dirección General de Aguas cuando se le solicita la dictación de una resolución, conforme lo dispone el Código de Aguas y ella la deniega; el afectado por esa denegatoria puede reclamar ante la Justicia Ordinaria y la acción que se deduce no va dirigida en contra del “Estado” sino en contra de aquella Dirección (o de una de sus Direcciones Regionales si fuera ésta el órgano competente), que es la contraparte en el litigio. No hay, pues, aquí, relación procesal alguna con la persona jurídica “Estado” sino con la “Dirección” referida, la cual es plenamente capaz procesalmente para ser llevada a juicio y en este caso bajo su legitimación pasiva.

4. Igual sucede –muy a menudo– con el Servicio de Impuestos Internos cuando efectúa una liquidación de impuestos, o simplemente observa/

representa un error en una declaración de impuestos que haga una persona, natural o jurídica, y la afectada no está de acuerdo con ello. Sin perjuicio del procedimiento administrativo de reclamación tributaria, es posible acudir a la justicia ordinaria (o al tribunal tributario, en las regiones que hoy existen) y, en tal caso, el litigio se traba no con el “Estado” sino con el “Servicio de Impuestos Internos”, cuya personería jurídica (y procesal) es completamente distinta de la del “Estado”. Tal proceso es una relación jurídico-procesal entre el reclamante afectado y el “Servicio de Impuestos Internos”, siendo ajena a ella la persona jurídica del “Estado”.

5. Qué decir si es un acto administrativo de un órgano municipal quien afecta o agravia a una persona natural o jurídica. Imagínese un oficio de la Dirección de Administración y Finanzas de una determinada Municipalidad que se dirige a aquélla cobrándole derechos de publicidad, los que son impugnados por entenderlos contrarios a Derecho. El afectado puede deducir, entonces, entre otras acciones, el denominado “reclamo de ilegalidad municipal”, y si es rechazado por el Alcalde en su etapa de recurso administrativo, se acudirá luego por medio de la acción procesal prevista al afecto ante la Corte de Apelaciones competente y ella se dirige en contra de la “Municipalidad” involucrada y jamás en contra del “Estado”. Es decir, la relación procesal se traba entre la persona jurídica “Municipalidad” y la persona (natural o jurídica) agraviada, y en esto sin que la persona jurídica “Estado” tenga intervención alguna en el tema, siendo entera y completamente ajena a ello. El litigio es, pues, entre el afectado y la “Municipalidad”, jamás podrá considerarse un “litigio en contra del “Estado”, del mismo modo que *jamás* podrán considerarse “litigios contra el Estado” el que un afectado impugna actos, hechos e incluso omisiones agraviantes, de la Dirección del Trabajo o sus órganos, de la Dirección General de Aguas (o sus órganos regionales), de un Servicio de Salud, del Servicio de Impuestos Internos, o de una Municipalidad.

6. Más aún: cuando alguien, sea persona natural o jurídica, sufre un daño producido por un organismo de la Administración Pública que carezca de personificación, o sea de aquellos que son denominados “servicios dependientes” (como, por ejemplo, Servicio Médico Legal, o Fuerzas Armadas, entre otros) es la persona jurídica de derecho público “Fisco” (recuérdese art. 547 inciso 2° del Código Civil) la que recubre con su personalidad a todos aquellos organismos de la Administración que carecen de personificación (v. gr. Oficina Nacional de Emergencia/Onemi, Instituto Antártico Chileno, Servicio Nacional de Pesca, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos/Dibam, Gendarmería de Chile, Junta de Aeronáutica Civil, Ejército de Chile, especialmente por daños producidos

en la conscripción militar, Carabineros de Chile, etc.), se demanda la pertinente indemnización de perjuicios al “Fisco”.

7. Pero también la Constitución ha previsto que quien se vea agraviado por un error judicial en lo penal, v. gr. por una sentencia que lo ha condenado o que lo ha sometido a proceso, demande al “Fisco” la correspondiente indemnización de perjuicios, si bien debe intervenir previamente una resolución judicial de la Corte Suprema que considere “injustificadamente errónea o arbitraria”, esa condena o el haber sido sometido a proceso (art. 19 N° 7 letra i). Se demanda al “Fisco” que en este caso es el sujeto de Derecho, persona jurídica de derecho público que cubre con su personalidad a todos los órganos del llamado Poder Judicial (entendido lato sensu), o sea a los tribunales de justicia (sean ordinarios o especiales).

Del mismo modo, el “Fisco” como persona jurídica que es, recubre con su personalidad a los órganos del Congreso Nacional, cuando, por ejemplo, alguien sufre un agravio, o daño, según el caso, por una decisión de sus órganos administrativos y demanda por indemnización de perjuicios, o por nulidad de algún acto administrativo que emita, v. gr. del Secretario del Senado respecto de un funcionario de esa corporación.

En estos casos no se da un “litigio contra el Estado” sino contra el “Fisco” y es éste el legitimado pasivo en la relación procesal que se incoe. No puede olvidarse que el “Fisco” es una persona jurídica diferente de la persona jurídica “Estado” (recuérdese nuevamente el art. 547, inc. 2° del Código Civil). Así se ha entendido desde 1857 dada la claridad de esta disposición y otras semejantes empleadas por dicho ordenamiento<sup>4</sup>.

### III. ¿QUÉ SENTIDO PUEDE TENER UNA CLÁUSULA DE BASES ADMINISTRATIVAS DE UNA LICITACIÓN DE UNA CONCESIÓN DE BIENES QUE EXIJA COMO REQUISITO PARA SER OFERENTE EN DICHO PROCEDIMIENTO “NO TENER LITIGIOS CON EL ESTADO”?

1. En una primera aproximación –bastante rudimentaria y sin ninguna finura, es cierto– alguien podría sostener que allí el término “Estado” se encuentra tomado en su significación de que nadie podrá presentar ofertas en dicha licitación si tiene algún litigio con alguna autoridad, entidad u órgano estatal, sea si reclama un derecho ante esa autoridad, sea que demande una indemnización por error judicial en lo penal, sea que impugne una multa en un sumario sanitario, sea que pretenda la nulidad de derecho público de una autorización ambiental.

---

<sup>4</sup>Vid. nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3ª edición). LegalPublishing-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2012, 255-257.

De admitirse este planteamiento resultaría que muy difícilmente en Chile una persona natural o jurídica (empresa, sociedad, consorcio, o como se llame) podría presentarse a una tal licitación porque cual más cual menos tiene o alguna reclamación tributaria o alguna controversia aduanera pendiente y si se trata de una sociedad o empresa dedicada a la actividad minera sin duda ha de tener litigios o con la Dirección General del Aguas (o un órgano regional de ella), o con el “Fisco” por asuntos mineros, o con el Servicio de Impuestos Internos por asuntos tributarios, con lo cual sólo quedarían habilitadas entidades extranjeras que no desarrollan actividades en el país o son de muy reciente incorporación en las actividades nacionales y aún no han tenido disputas jurídicas con algún servicio de la Administración Pública.

Tal cláusula sería, pues, un *subterfugio* muy grosero para favorecer intereses de entidades extranjeras o de quien recién inicia actividades en el país y eliminar, así, a todas las entidades chilenas o extranjeras que desarrollan actividades empresariales desde hace tiempo en Chile; se trataría propiamente de una *cláusula viciada* imponiendo una exigencia carente de justificación jurídica y racional y, por ende, *inconstitucional* por vulnerar la igualdad ante la ley y en el Derecho, derecho fundamental que la Constitución no sólo reconoce a toda persona (sea natural o jurídica) sino que además garantiza y ampara (art. 19 N° 2), tanto más que ella dispone tajantemente que “Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias”, esto es contrarias a la razón y a la justicia.

2. Pero no aparece tal visión ni racional ni jurídicamente aceptable puesto que si ella fuera la interpretación exacta se caería –como decíamos– en un resultado *inconstitucional*, en una notoria arbitrariedad e incluso violaría hasta la “buena fe” con que debe actuar toda autoridad pública, cayéndose, además, en una “desviación de fin” de la potestad administrativa por cuanto estaría dirigida tal cláusula a eliminar directamente determinados oferentes, para favorecer a otro u otros bien conocidos.

Otro debe ser, en consecuencia, el sentido de dicha cláusula, ya que, además, debe suponerse que su inclusión en unas bases de licitación ha sido hecha de “buena fe” por la autoridad estatal y no con una intención torcida, fraudulenta o perversa. Un elemental principio de interpretación es entender que una disposición tiene por finalidad ser aplicada y no que carezca de aplicación por una interpretación que la despoje de juridicidad y de conformidad con la Constitución. Es este principio el que conduce a entender que cuando se dice “Estado” en la referida cláusula se alude a la persona jurídica “Estado”, sujeto de Derecho, y derecho público, distinto de toda otra persona jurídica de derecho público, como “fisco”, “municipalidad”, “empresas del Estado”, “gobierno regional”, y esa variada y numerosa cantidad de “organismos personificados”/organismos autónomos, de que habla la Ley N° 18.575, arts. 1° y 21).

*“Litigio con el Estado”* será, entonces, aquel en el cual se demanda al “Estado” como sujeto jurídico, v. gr. en el plano internacional, como el caso de la demanda del Estado del Perú en contra del Estado de Chile por delimitaciones marítimas ante la Corte de La Haya; aquí no está implicado ni el “fisco”, ni una “municipalidad”, ni una “empresa del Estado” o un “gobierno regional”, ni ninguna otra persona jurídica de derecho público, sino sólo y propiamente el sujeto jurídico “Estado”, como entidad territorial independiente y distinto de todo otro sujeto de Derecho.

Del mismo modo si una empresa extranjera demanda al “Estado” de Chile por indemnizaciones originadas en la incautación de sus instalaciones en el país o por nacionalización de la actividad que realiza, o por expropiaciones de sus bienes, sin que mediara el pago correspondiente; en tales casos se demanda al “Estado” como persona jurídica, sin que tenga algo que ver ninguna de las personas jurídicas de derecho público que son enteramente distintas del “Estado”, como las que hemos indicado. Igualmente sucede de acuerdo con el Estatuto de la Inversión Extranjera (DL N° 600, de 1974) si es agraviado el inversionista, el cual ha de litigar con el “Estado”. Igualmente se demanda al “Estado” para perseguir las indemnizaciones de perjuicios por daños producidos por sus agentes a raíz de los llamados delitos de “lesa humanidad”.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El “Estado” es una persona jurídica, es decir, un sujeto de Derecho, con personalidad propia, específica, distinta de todo otro sujeto de Derecho, con patrimonio propio, capacidad propia para adquirir bienes, contraer obligaciones y concurrir tanto activa como pasivamente ante los tribunales de justicia, sean nacionales o internacionales, regido por el derecho público y sujeto enteramente y sin excepción a la Constitución Política de la República.

2. El “Estado”, en Chile, está conformado para actuar en el Derecho por distintas personas jurídicas, esto es, por distintos sujetos de Derecho, en que cada uno de ellos posee personalidad jurídica propia, específica, distinta de todo otro sujeto de Derecho; poseen patrimonio propio y capacidad propia para adquirir bienes y contraer obligaciones; tienen plena capacidad procesal tanto activa como pasiva para concurrir ante los tribunales de justicia; sus estatutos jurídicos, que son propios de cada uno de ellos, son de derecho público y se encuentran, cada uno de ellos, enteramente y sin excepción, sujetos a la Constitución Política de la República.

3. Estas personas jurídicas estatales, distintas de la persona jurídica “Estado”, son en el ordenamiento chileno tanto el “Fisco” como las “Municipalidades”,

los “Gobiernos Regionales” como las llamadas “Empresas del Estado” y los numerosos organismos personificados/que llamo “Instituciones” para englobarlos bajo un solo vocablo.

4. Todas ellas tienen y pueden tener relaciones jurídicas entre ellas, como personas jurídicas/sujetos de Derecho, que son y también con la persona jurídica “Estado”, persona que es distinta y diferente de cada una de ellas.

5. Las relaciones jurídicas que una entidad privada, como por ejemplo una empresa comercial, tenga con una de estas personas jurídicas distintas de la persona jurídica “Estado”, sean de tipo sustancial o de tipo procesal, no es una relación con la persona jurídica “Estado”, sino v. gr. con la persona jurídica “Municipalidad” de tal comuna, o con la persona jurídica “Gobierno Regional” de una Región determinada, con el “Fisco”, o con una “Empresa del Estado” o con una de las llamadas “Instituciones”, que todas ellas son sujetos de Derecho y derecho público, sujetos de Derecho distintos de la persona jurídica “Estado”. Los efectos de derecho de esas relaciones jurídicas se radican en estos sujetos de Derecho y no en la persona jurídica “Estado”, lo que demuestra muy claramente y hasta la saciedad que son sujetos de Derecho diferentes.

6. Los litigios que una entidad privada tenga con estas personas jurídicas distintas de la persona jurídica “Estado” *no son* “litigios con el Estado” sino en contra de dichos sujetos de Derecho, o sea será un litigio en contra de una “Municipalidad”, de un “Gobierno Regional”, del “Fisco”, de una específica “Empresa del Estado” o de una determinada “Institución”. En estos litigios la contraparte procesal no es el “Estado”, sino una “Municipalidad”, etc., y los efectos de las resoluciones judiciales que en dicho litigio recaigan se radican en la persona jurídica “Municipalidad”, etc., que es la parte de la relación procesal y con quien se halla trabada la litis. La persona jurídica “Estado” es enteramente ajena a estos litigios que, como se advierte, *no son* “litigios con el Estado”.



## ELEMENTOS IDEOLÓGICOS AUTORITARIOS EN LA REFORMA PROCESAL CIVIL EN CHILE

*Francisco José Pinochet Cantwell\**

SUMARIO: Introducción. 1. La Ordenanza Austriaca de Klein de 1895. 2. La Ordenanza Alemana de 1937. 3. El Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940. 4. Código Procesal Civil de la República Democrática de Alemania. 5. La Ley de Procedimiento Civil Soviética. 6. El juez representando al Estado. 7. La recepción de los códigos autoritarios en América Latina. 8. ¿Resulta posible alcanzar la verdad en el proceso? 9. Descubrimiento de la verdad en el proceso y método.

### INTRODUCCIÓN

Lo primero que debe decirse del Proyecto de Ley de nuevo Código Procesal Civil –en adelante Proyecto de nuevo Código– que modifica nuestra justicia civil y comercial es que debiera seguir la correcta inspiración de la Reforma Procesal Penal.

Dicha reforma estableció, por primera vez en Chile, un genuino proceso jurisdiccional de carácter acusatorio –es decir, no inquisitivo– oral, transparente y público, el cual ha privilegiado el respeto de la garantía del debido proceso, y mejorando el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

La introducción de la “oralidad” en los procedimientos –que en estricto rigor es una regla procesal–, con la consiguiente “inmediación” –es decir, el contacto directo del juez con las partes y con el material probatorio– sin

---

\*Abogado. Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Ha sido Profesor de Derecho del Instituto de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de esta misma Universidad. En la actualidad es Profesor de Derecho Procesal Civil de ésta. Ha sido profesor de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Tributario y Derecho de Internet en la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Es miembro del Instituto Chileno de Derecho Procesal y miembro del Colegio de Abogados de Chile. En la actualidad es Presidente del Capítulo Chile del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Ha escrito artículos de Derecho publicados en Argentina, Chile, Perú y México. Es autor del libro *El Derecho de Internet*. Editorial de Derecho de Chile. Santiago de Chile. 2006.

la interferencia de otros funcionarios en este contacto –como lo son un actuario del tribunal o un receptor judicial–, además de la “publicidad” y la “concentración” de etapas procesales disminuyendo los tiempos de respuesta, se consideran cuatro principios esenciales que deben estar presentes en cualquier sistema procesal. Esto se ha acendrado de manera tan profunda en nuestra comunidad, que resulta posible poder afirmar que nadie estaría dispuesto a un nuevo sistema de justicia si no se encuentran presentes tales principios.

A esto se debe añadir la valoración de la prueba conforme a las normas de la sana crítica, la modernización y la digitalización del proceso.

Sólo la simplificación del régimen recursivo, en materia laboral donde se suprimió el recurso de apelación, y se introdujo un insuficiente recurso de nulidad en contra de las sentencias definitivas, ha sido objeto de polémica, al punto que podemos afirmar que su eliminación vulnera el debido proceso.

Ante estos importantes avances del Estado de Derecho, con la única excepción indicada, llama entonces poderosamente la atención que el Proyecto de nuevo Código pretenda otorgarle facultades probatorias de propia iniciativa –u oficiosas– a los jueces, rompiendo bruscamente con el sistema actualmente imperante en la justicia penal, en el cual ni los jueces de garantía ni los jueces de tribunal oral en lo penal pueden decretar diligencias de prueba en favor de las partes, siendo esta una labor reservada exclusivamente al Fiscal (Ministerio Público) o a los abogados de las partes querellantes (a través del Fiscal). De esta forma se garantiza plenamente que el juez sea completamente imparcial e independiente de las partes. Esto ha significado el máximo respeto del principio del debido proceso en materia procesal penal.

A tal punto se separa la labor de los jueces de las de los fiscales, en la aportación de las pruebas, que si un fiscal se equivoca o actúa en forma negligente, y no aporta la cantidad necesaria de antecedentes probatorios para condenar al imputado de un grave delito, aunque pueda ser culpable, deberá ser absuelto. Pues bien, si ocurre un caso extremo como este, a nadie se le ocurriría pedir que se cambie el sistema y que los jueces comenzaran a intervenir en el proceso decretando pruebas en favor de alguna de las partes. Simplemente se sanciona al fiscal que fuere negligente o al abogado que no ha defendido adecuadamente los intereses de su representado.

No resulta lógico, entonces, que el Proyecto de nuevo Código otorgue amplias facultades probatorias a los jueces, cuya importante labor en la administración de la justicia civil y comercial, siendo la más importante la dictación de la sentencia en forma imparcial, no puede contaminarse decretando medidas probatorias, que siempre terminan beneficiando a alguna de las partes.

Este grave problema se producirá porque el artículo 288 del Proyecto faculta a juez, de propia iniciativa, para ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias –en favor de cualquiera de las partes–.

La norma es amplia, ya que el tribunal podrá de oficio, y hasta antes del término de la audiencia preliminar, ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos.

La norma señala textualmente que, en estos casos, se debe respetar siempre el derecho de defensa de las partes, para lo cual puede solicitar contraprueba, pero tal derecho queda inmediatamente conculcado, en el mismo momento en que el juez pierde su imparcialidad decretando una diligencia de prueba a favor de una de las partes.

Es decir, desde que el juez lea la demanda, lo cual debe hacer para preparar la audiencia preparatoria, se obliga a ser una especie de “juez instructor”, que en nuestro país equivale al antiguo juez inquisidor, eliminado a través de la reforma procesal penal, que hoy genera amplio consenso a nivel nacional e internacional.

El Proyecto empeora esta situación porque hasta ahora los jueces sólo podían decretar prueba de oficio como medidas para mejor resolver, es decir, una vez terminado el término probatorio. Ahora lo podrán hacer desde el inicio del juicio.

A esto cabe añadir que en nuestro país los jueces en general son reacios a decretar prueba de oficio. Esto significa, además, que el Proyecto obliga a nuestros jueces a convertirse en jueces autoritarios.

Como si toda esto fuera poco, el Mensaje del Proyecto hace énfasis además en que “la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez”.

Pues bien, estos dos elementos, “búsqueda de la verdad” e “intervención del juez en dicha búsqueda sin escatimar límites”, constituyen lo que la ciencia del Derecho Procesal ha identificado desde hace larga data como manifestaciones de instituciones originadas en legislaciones y códigos provenientes de regímenes, no sólo autoritarios, sino incluso totalitarios.

Revisemos, entonces, tales cuerpos normativos, con el fin de fundar nuestro aserto.

## 1. LA ORDENANZA AUSTRIACA DE KLEIN DE 1895

Se debe mencionar, en primer lugar, por el gran efecto que produjo en otros países de Europa, la Ordenanza Austriaca de Klein de 1895. En ese año, en Viena, Franz Klein fue nombrado Ministro Guardasellos del Emperador Francisco José y logra la dictación del Reglamento que él había redactado

para el proceso civil del Imperio Austro-Húngaro. Este Reglamento respondía a la concepción autoritaria, reaccionaria del contexto del Imperio Austro-Húngaro.

Franz Klein, célebre procesalista, era además un político para quien se debía proteger al Imperio, contra los húngaros y la ciudades de los Balcanes considerados como focos de revolución. Evidentemente el proceso civil no es el elemento determinante de la revolución, pero este es el contexto. La base ideológica es autoritaria.

Había transcurrido ya más de un siglo de vigencia del Reglamento y para el Emperador –con el afirmado objeto de lograr una férrea unidad nacional– se hizo imperioso enfrentar a las minorías del país y a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial. Para eso decidió endurecer aún más el control sobre las masas, primero con el ejército y, luego, con los jueces.

El insigne profesor italiano Franco Cipriani es uno de quienes más ha examinado de cerca el pensamiento y el proceso de Klein. A su juicio, debe decirse que éstos están basados en dos grandes postulados:

- a) Las controversias entre los particulares son “males sociales (soziale Übel) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad”<sup>1</sup>.
- b) El proceso, “en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo”<sup>2</sup>.

Para Franco Cipriani, “de estos postulados el gran procesalista y guardasellos austríaco extraía con toda coherencia algunos corolarios: el interés del legislador a que aquellos ‘males sociales’ que son los procesos tengan una ‘definición rápida, poco costosa y simple’, ‘posiblemente en una única audiencia’(); la necesidad de que ‘el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas’(); y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral() y que el Estado, a través del juez, asuma ‘desde el principio la responsabilidad del

---

<sup>1</sup>Cipriani, Franco, En el Centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad), Bari, Italia, 1995, *Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales*, Biblioteca Derecho Procesal Garantista, 5. Disponible en línea en <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprosesal/Cipriani.htm>, Citado 15 de junio de 2012.

<sup>2</sup>Cipriani, Franco, En el Centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad), *op. cit.*, 5.

funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones’(): ‘el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado sólo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso’<sup>3</sup>.

Por lo tanto, “en el proceso de Klein, el juez no se limita a juzgar: antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final. Él, a tal fin, ‘cuenta con amplios poderes discrecionales’, con la obvia consecuencia de que no es más, como en los ordenamientos liberales, una ‘marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran de los hilos’ sino el ‘director’, el ‘timonel, el representante profesional del bien común’, aquél a quien el legislador asigna la delicadísima tarea de asegurar que en el proceso, ‘instituto de derecho público sean también satisfechos, junto con los intereses de las partes, también ‘los más altos valores sociales’<sup>4</sup>.”

En consecuencia con esta lógica, “es bastante posible que ‘a veces, a la libertad del particular se le pongan limitaciones en beneficio del todo y del Estado’, atendiendo a que ‘jueces, abogados y partes deben colaborar en la formación de una decisión justa’<sup>5</sup>.”

De esta forma se comenzó a quitar a los interesados –las partes– la responsabilidad de que el método funcionara y, así, el propio Estado comenzó a ser el único o principal encargado del impulso procesal.

Así, “el juez dejó de juzgar el litigio y comenzó a dirigir el proceso como capitán de barco o director del debate en su calidad de representante profesional del bien común”<sup>6</sup>.

En rigor de verdad, no se trataba entonces de erigir al juez en el director del proceso con los pocos poderes necesarios al efecto, sino de autorizarlos desde la propia ley para que hicieran todo aquello que considerasen menester en la oportunidad en que así lo decidieran.

De tal forma, “por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido –a voluntad de un solitario legislador– el proceso pasó de ser un método pacífico de debate entre particulares, a ser un instituto de derecho público en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: los más altos valores sociales aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado”<sup>7</sup>.

Con el método así concebido se esperaba generar un nuevo proceso en el cual jueces, abogados y partes colaboraran solidaria y activamente en la búsqueda de la verdad y en la formación de una decisión justa.

---

<sup>3</sup>Cipriani, Franco, cit., 6.

<sup>4</sup>Cipriani, Franco, cit., 7.

<sup>5</sup>Cipriani, Franco, cit., 8.

<sup>6</sup>Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Editorial Zeus. 2003. Rosario. Argentina, 83.

<sup>7</sup>Alvarado Velloso, cit., 83.

Como era de esperar, tan abrupto e inesperado cambio de las reglas de juego entonces imperantes no fue aceptado pacíficamente por los abogados que lo sufrirían en lo inmediato, pues, a la postre, el controlado juez podía neutralizar a los letrados sujetos a su propio control.

Ese alzamiento generó una larga *vacatio legis* –hasta el 1 de enero de 1898, fecha en la cual comenzó a regir en el Imperio– que fue utilizada por Klein para “amansar a los abogados de Viena que en 1897 amenazaron con una revolución con el fin de impedir la implementación del nuevo procedimiento” y “a fin de preparar adecuadamente a los jueces para que actuaran con mano dura”<sup>8</sup>.

Por cierto, todo terminó con la vigencia de la ley –hasta hoy– y, así, se entronizó la figura del juez director (que, en verdad encubría a un auténtico dictador) que podía hacer lo que quería al tramitar un proceso en aras de buscar la verdad real para lograr hacer justicia en el caso concreto pero, en esencia, comprometido con los fines políticos del régimen que representaba, a la luz de cuyos principios actuaba e interpretaba los hechos y juzgaba las conductas.

La historia se repitió en diversos lugares de Europa.

## 2. LA ORDENANZA ALEMANA DE 1937

Debemos seguir con la Ordenanza Alemana de 1937. Si se analiza su articulado, resulta copia del texto austriaco en este tema y, a no dudar, no fue casual ni inocente su elección. En ese año gobernaba Alemania Adolfo Hitler, que no sólo inició la Segunda Guerra Mundial, sino que fue el causante del genocidio de seis millones de personas.

El gobierno del partido nazi abarcó todos los ámbitos de la vida social. En la organización judicial “significó la creación de tribunales con competencia y procedimientos especiales originados para juzgar ciertas causas políticas; la proclamación del Führer como Gran Señor Superior de la Justicia; la abolición de la independencia de los jueces mediante el retiro de su inamovilidad, o su separación por causas políticas o su retiro por razones raciales; la supresión de la prohibición de la *reformatio in pejus*; la supresión de los escabinos; la abolición de la cosa juzgada”<sup>9</sup>.

Como si esto fuera poco, “determinó además la posibilidad de los jueces de descartar cualquier medio de prueba ofrecido por las partes según los parámetros de su propia libre apreciación con la mera mención de considerarlas innecesarias para la solución del litigio, etcétera, etcétera.”

Por eso es que ambos cuerpos legales –el austriaco y el alemán– resultaron ser inspiradores del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940.

---

<sup>8</sup>Alvarado Velloso, cit., 85.

<sup>9</sup>Alvarado Velloso, cit., 88.

### 3. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ITALIANO DE 1940

En efecto, “el Codice di procedura civile italiano”, de 1940, fue dictado cuando gobernaba Italia el Duce Benito Mussolini, líder del movimiento fascista y aliado de Hitler en la integración del Eje que terminó perdiendo la hasta ahora última gran Guerra Mundial. Su Ministro de Justicia, Dino Grandi, proyectó una reforma integral al procedimiento civil del país. Al firmar con su nombre la Exposición de Motivos del Proyecto, ésta se conoce desde entonces como la Relación Grandi.

En dicha Exposición de Motivos se encuentran las ideas fundamentales plasmadas en este Código, entre las cuales se puede citar textualmente aquella que señala que “en el Estado fascista el proceso no representa sólo un choque de intereses, sino que es instrumento de fecundo avenimiento de los mismos, el cual no pretende únicamente asegurar un sistema ordenado de vida social, inspirado en las finalidades supremas del Estado, sino también garantizar a través de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación la realización de los supremos intereses de ésta en las relaciones privadas”<sup>10</sup>.

Para tal objetivo, agrega, “...Se ha establecido, como uno de los puntos fundamentales de la reforma procesal, el acrecimiento de las facultades del juez; con ello quiere aludirse, como se dirá dentro de poco, a las facultades de dirección del proceso e investigación de la verdad de los hechos”.

La similitud con el Proyecto de Ley chileno sobre nuevo Código Procesal Civil es asombrosa. Señala este en su mensaje que “*el nuevo Código otorga un rol protagónico y activo al juez, pudiendo adoptar de oficio las medidas necesarias para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de conducirlo sin dilaciones indebidas, a la justa decisión del conflicto.*

*Por otra parte, se le confiere un mayor protagonismo en el conocimiento de los asuntos, dotándolo de la facultad de decretar, hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes. Se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez*<sup>11</sup>.

La Relación Grandi, señala también que, ... *Sobre todo, el código encuentra su razón histórica en el renovado sistema de las relaciones entre el individuo y el Estado, del cual el proceso es una expresión parti-*

---

<sup>10</sup>Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil Italiano 1940. Disponible en <http://campus.academiaderecho.org/upload/webs/sistemasproc/Links/Exposicion%20de%20Motivos%20del%20Proyecto%20Relacion%20Grandi.htm>

<sup>11</sup>Mensaje de S.E. el Presidente de la República, de 12 de marzo de 2012, a la Honorable Cámara de Diputados, con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil.

cularmente característica, y tiene en la transformada conciencia jurídica y política de la Nación el fundamento y la garantía de la recta aplicación de sus reformas... en el Estado fascista el proceso no representa sólo un choque de intereses, sino que es instrumento de fecundo avenimiento de los mismos, el cual no pretende únicamente asegurar un sistema ordenado de vida social, inspirado en las finalidades supremas del Estado, sino también garantizar a través de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación la realización de los supremos intereses de ésta en las relaciones privadas. Y constituye, sobre todo, un instrumento tendiente a alcanzar ese fin que la palabra del Jefe de Gobierno señaló como meta de la revolución fascista: una más alta justicia social<sup>12</sup>.

Todo lo contenido en la Relación Grandi fue ocultado durante muchos años. El Código de Italia de 1940 se presenta siempre como un modelo a seguir. Pero hacia 1974 se descubrió una edición del Código de Procedimiento Civil de 1940 que tenía exposición de motivos: La Relazione al Re. Esto no se sabía antes. Y luego Franco Cipriani editó este Código y puso al frente la Relazione al Re, escrita por Calamandrei. Esta exposición de motivos permite concluir cuál es la base ideológica del Código. Se trata de un código fascista, según hemos explicado.

#### 4. CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE ALEMANIA

De la misma forma debe mencionarse el Código Procesal Civil de la República Democrática de Alemania de 1975, es decir, la República Comunista de Alemania. En la presentación de este código, que es una especie de exposición de motivos, se hace claramente alusión a un sistema totalitario.

Según el artículo 2 (2) del que se llamaba Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: *“Los tribunales tiene el deber aclarar, declarar en forma veraz y decidir, según las normas de derecho, en un proceso concentrado y rápido, los hechos relevantes para el juicio”*. Y según el artículo 2 (3): *“Los tribunales deben indicar a los que participan en el proceso sus respectivos derechos y obligaciones, para la efectividad de los mismos”*. *“... Las partes tienen el derecho y el deber de participar en el proceso y, especialmente, de colaborar para la declaración de la situación de hecho. Sus respectivas declaraciones y deposiciones deben ser completas y veraces”*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup>Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil Italiano 1940, *op. cit.*, 5.

<sup>13</sup>Montero Aroca, Juan. *Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”*: Texto base de la intervención en el Curso del Consejo General del Poder Judicial “El abuso del proceso: Mala fe y fraude de ley procesal”, celebrado desde 23 al 25 de mayo de 2005, p. 5. Disponible en [www.egacal.e-ducativa.com/upload/JMA\\_Montero03.pdf](http://www.egacal.e-ducativa.com/upload/JMA_Montero03.pdf)

## 5. LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL SOVIÉTICA

Una de las constantes en la doctrina comunista sobre el proceso civil es la idea relativa a que ese proceso no se presenta como una suerte de contienda entre partes, no es ya una lucha entre ellas, sino que la búsqueda de la verdad material se resuelve en un principio que puede denominarse de colaboración entre todos los que intervienen en él.

En este sentido por ejemplo se puede leer en los Principios (o Bases) fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas, de 1961:

- 1) *Principio 16°. Declaración de los hechos de la causa, de los derechos y de las obligaciones de las partes: el juez, sin limitación alguna e independientemente del material llevado al proceso y de las declaraciones prestadas por las partes, adopta todas las medidas previstas por la ley a fin de alcanzar un completo, minucioso y objetivo conocimiento de los hechos de la causa, además de los derechos y obligaciones de las partes. El juez debe instruir a las personas que intervienen en el proceso de sus derechos y obligaciones.*
- 2) *Principio 18°. Carga de la prueba y obligación de practicar los medios de prueba: después de decir que los medios de prueba deben ser propuestos por las partes “y las demás personas que intervienen en el proceso”, añade: Si las pruebas propuestas resultan insuficientes, el juez ordena a las partes y a las otras personas que intervienen en el proceso proporcionar otros medios de prueba o los acuerda de oficio.*

De la misma forma, en el Código de Procedimiento Civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia, de 1964, los principios anteriores se transcriben literalmente.

Y luego, en la Ley de Procedimiento Civil Soviética, aprobada el 9 de octubre de 1979 por el Presidium del Soviet Supremo de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, con texto claramente inspirado en todas las normativas antes mencionadas, endiosa nuevamente al sistema inquisitorio y lo mejora según las conveniencias del partido gobernante. Veamos algunas de sus normas, transcritas textualmente:

Art. 2. Fines del procedimiento judicial civil.

*Los fines del procedimiento judicial civil soviético estriban en investigar y resolver justa y rápidamente los asuntos civiles al objeto de salvaguardar el régimen social de la URSS, el sistema económico socialista y la propiedad socialista... El procedimiento debe coadyuvar al fortalecimiento de la legalidad socialista, a la prevención de las infracciones, a la ley y a la educación de los ciudadanos en el espíritu del estricto cumplimiento de las leyes soviéticas y de respeto a las reglas de convivencia socialista<sup>14</sup>.*

---

<sup>14</sup>Montero Aroca, Juan. *Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”, cit., 6.*

Para lograr estas finalidades, el art. 16 dispone:

*El Tribunal está obligado, sin limitarse a los datos y alegaciones presentados, a adoptar todas las medidas señaladas por la ley para esclarecer del modo más completo, multilateral y objetivo las circunstancias reales del pleito y los derechos y alegaciones de las partes*<sup>15</sup>.

*El Tribunal debe explicar a las partes sus derechos y obligaciones, prevenirles de los efectos de la comisión u omisión de actos procesales y ayudarles en el ejercicio de sus derechos.*

Reiteramos la similitud de expresiones y principios comunes a todas las legislaciones en análisis.

## 6. EL JUEZ REPRESENTANDO AL ESTADO

Con todo lo dicho queda claro que el magma –en palabras de Montero Aroca– en que hemos vivido en el siglo XX es una concepción totalitaria. Así se entiende, entonces, porque el juez se convierte en un elemento trascendental del proceso: porque el juez representa al Estado, es el Estado. Y por eso aparece la idea de que el Estado no puede consentir que las partes disputen entre sí ante un tercero que sea un mero observador, debe ser un juez director, que busque la verdad y para esto debe tener todas las herramientas posibles.

## 7. LA RECEPCIÓN DE LOS CÓDIGOS AUTORITARIOS EN AMÉRICA LATINA

Según explica el profesor Adolfo Alvarado, durante las décadas del 40 y del 50 la doctrina procesal “hizo eclosión en Alemania e Italia y allí –a raíz de los nuevos ordenamientos legales– se escribieron innumerables tratados, estudios y obras en general que prontamente fueron editadas en castellano en Argentina y en México, donde se habían radicado buenos traductores al amparo de conocidas editoriales de la época”<sup>16</sup>.

En general, “todos los excelentes autores responsables de la enorme obra de difusión encarada –increíblemente, muchos de los italianos eran discípulos de Chiovenda– sostuvieron que ambas legislaciones glosadas eran el *non plus ultra* en materia de enjuiciamiento”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup>*Ibidem*.

<sup>16</sup>Alvarado Velloso, cit., 99.

<sup>17</sup>Alvarado Velloso, cit., 100.

Rápidamente, “sin reparar en su origen ideológico-político, el pensamiento deslumbró a los entonces noveles procesalistas americanos que, con citas en latín, tudesco e italiano, pontificaron recurrentemente acerca de las bondades del método consagrado en los países más adelantados de Europa, donde había sido largamente elogiado por la buena doctrina de la época”<sup>18</sup>.

## 8. ¿RESULTA POSIBLE ALCANZAR LA VERDAD EN EL PROCESO?

En el contexto del derecho probatorio, no resulta exagerado decir que no hay cuestión de mayor entidad y relevancia práctica que el problema de la verdad en el proceso o, lo que es equivalente, que la sentencia que resuelve un conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica sea dictada con arreglo a esta. Con todo ¿qué es la verdad? Parafraseando al procurador romano Poncio Pilatos, resulta claro que la respuesta a aquella sempiterna interrogante resulta del todo discutible e incluso arcana e inextricable. Desde Aristóteles hasta Wittgenstein, desde Arquímedes hasta Einstein, la filosofía y la ciencia han dedicado el conjunto de sus afanes a esclarecer esta ambiciosa pregunta, si bien desde distintos puntos de vista, sin arribar todavía a acuerdos siquiera mínimos, oscilando desde el materialismo puro hasta el escepticismo radical y desde el realismo ingenuo hasta la escuela analítica. Más discutible resulta todavía admitir sin cuestionamientos la posibilidad concreta de producir “la verdad” en un contexto repleto de intereses individuales orientados a manipularla y hasta ocultarla, como es justamente el proceso civil.

Desde Hume en adelante (y con toda claridad, a partir del “Manifiesto del Círculo de Viena”) la epistemología empirista ha negado a la metafísica toda capacidad heurística de establecer de modo soberano e indiscutido el contenido de dicha verdad, acaso completamente inasequible a las percepciones humanas y reservada al ojo omnisciente de Dios. Hume y Kant aseveraron que toda verdad de *rerum natura* depende exclusivamente de las percepciones subjetivas de quién presencia los fenómenos naturales, al tiempo que Hegel llegó a sostener que existe una verdad racional, única y absoluta, en consonancia con los más ilustres metafísicos de épocas pretéritas.

Es por ello que el conflicto entre la verdad y los diversos fines del proceso cobra actualidad constantemente, una y otra vez, a lo largo de las épocas.

Si bien podríamos realizar un análisis filosófico, utilizando conceptos metafísicos y epistemológicos, toda reflexión útil por nuestra parte ha de desembocar necesariamente en los rápidos cauces de la jurisprudencia,

---

<sup>18</sup>*Ibidem.*

que es el específico campo del saber al cual dedicamos nuestros afanes. Así, resulta preciso encontrar criterios prácticos que hagan siquiera posible asir el problema de la verdad con la necesidad política (traducida en un imperativo constitucional) de dictar sentencias ajustadas al derecho material: ¿Es posible encontrar la verdad en el proceso? En caso de respuesta afirmativa, ¿Es acaso deseable? ¿Cuáles son los límites éticos y jurídicos a los que debe ajustarse toda investigación sobre la verdad?

Creemos que la selección de un paradigma sobre la verdad, en el proceso es, antes que todo, una elección ideológica y nunca neutra, ni moral ni políticamente. Que la producción de decisiones judiciales conformes a la verdad sea posible o imposible, deseable o indeseable, es algo que dice mucho acerca de la ideología del jurista que tiene a bien realizar esa fundamental decisión epistemológica.

El derecho probatorio constituye la viga maestra de todo el sistema, dado que sin prueba no hay adjudicación posible, y sin esta última, las normas jurídicas serían letra muerta.

De tal modo, dependiendo de la concepción que sostengamos acerca de la finalidad subyacente al proceso civil, la verdad será más o menos relevante. Siguiendo a Damaska, existen dos tipologías básicas de estado juzgador, a saber: la activista o implementadora de políticas y la reactiva o de resolución de controversias.

La denominada postura publicista opta por una concepción del proceso que lo concibe como el principal mecanismo institucional que asegura y aplica en los hechos los preceptos del derecho material producido por el legislador democrático, actualizando el Estado democrático de Derecho con cada una de sus decisiones.

Esta postura se opone a la extendida teoría que concibe al proceso como un dispositivo de solución de conflictos entre privados, y privilegia, en cambio, una concepción más activista del juez civil, por considerar que a la concepción adversarial subyace una separación potencialmente muy profunda entre el propósito de solucionar la controversia y aquel que, autores como Taruffo, estiman de mayor importancia: la realización del Derecho.

En este punto recordemos que la principal finalidad del proceso en el modelo reactivo radica en que las partes litigantes arriben a un resultado que resuelva en forma definitiva el conflicto y restablezca la paz social perturbada por el mismo. En este contexto, toda investigación sobre los hechos debe ir orientada a dotar de legitimidad a la decisión soberanamente adoptada por la judicatura, sin que sea indispensable que aquella sea tomada con estricto apego a lo que realmente ocurrió. Para esta ideología “adversarial” o “dispositiva”, la verdad no es constitutiva, sino puramente instrumental.

En contraposición a este último paradigma, tenemos aquellas teorías que propugnan la verdad de los hechos sobre los que versa el litigio como

presupuesto fundamental de toda decisión justa. Ello, considerando que no puede arribarse a una sentencia equitativa prescindiendo del cumplimiento establecido de los hechos: el error de hecho vicia a toda sentencia; su generalización, al sistema en su conjunto. De tal modo, el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido constituye un requisito de legitimidad del sistema y una insustituible garantía de justicia procedimental, sin las cuales no hay jurisdicción lícita posible. Es a este último grupo de doctrinas a las que adhieren, entre otros, el Profesor Michel Taruffo.

El derecho procesal civil chileno ha sido en la práctica, de corte predominantemente dispositivo, no obstante su inspiración hispano romana y no obstante la existencia de algunas disposiciones de carácter inquisitorial. La reforma al sistema procesal civil debe continuar en buena medida con el modelo dispositivo y adversarial, aunque modernizándose sustancialmente en lo relativo a la oralidad, intermediación y concentración procesal, pero muy fundamentalmente respecto de los principios que gobiernan la valoración de la prueba, premisas de las cuales depende en alta medida la necesidad de conectar el contenido de la sentencia definitiva con los contornos fácticos del litigio. Es decir, con la llamada “verdad procesal”.

En ese ámbito la reforma procesal civil chilena ha optado por la libre valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, esto es: los jueces valorarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir las reglas de la lógica y la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Con la adopción de ese principio (ya vigente en materia procesal penal, familiar y laboral), nuestro ordenamiento procesal civil se prepara a dar un importante salto epistemológico, que en cierta medida pugna con el legalismo probatorio que nos ha imperado desde los albores de nuestra existencia como nación.

Desde luego, un sistema como el nuestro que, tradicionalmente y en algunos casos, ha privilegiado la certeza jurídica por sobre la averiguación objetiva de la verdad a toda costa (por asequible que sea) no debe ser necesariamente denostado por su posible divorcio con “la forma en que efectivamente ocurrieron los hechos” (recordemos que el formalismo jurídico de Inglaterra y Francia ha facilitado el libre tráfico mercantil, con todos los beneficios que ello conlleva). Ciertamente es que, como señaló Montesquieu con admirable sabiduría: “la escritura es un testigo que difícilmente se corrompe”. No obstante, la modernización y racionalización de nuestra justicia civil exige un cierto grado de innovación, pero siempre ponderando adecuadamente la necesidad de dotar a los ciudadanos de un sistema dotado de suficiente seguridad jurídica, objetivo que nos fuerza a conservar resabios legalistas en la valoración de la prueba de los contratos y otros actos precisados de ciertas formalidades.

También existen otros sistemas de valoración de la prueba reñidos con los denominados “de prueba racional”. Entre estos están aquellos que

consagran el principio de íntima convicción como premisa rectora de la valoración de la prueba, y hacen depender la decisión definitiva de la controversia de una serie de apreciaciones individuales irreductiblemente subjetivas e independientes de “los hechos tal cual sucedieron”. En esa categoría se encuentra el sistema de jurados de corte anglonorteamericano, en el cual un grupo de legos deciden el litigio sin sujetarse a restricciones argumentativas ni a parámetro alguno.

En este contexto, la labor propiamente judicial se ejerce sin mayor apego a la verdad y queda reducida a elegir entre narraciones alternativas presentadas por los abogados litigantes; la verdad es reemplazada por la coherencia de dichas narraciones y su capacidad de articulación de las probanzas presentadas por las partes en función del relato estructurado por sus abogados. Desde luego, no hemos de asumir que necesariamente una de las narraciones de las partes se corresponda con la verdad, puesto que los intereses de las partes son siempre parciales y sus teorías tienden a resaltar aquello que les favorece y a opacar lo que, en cambio, les perjudica. Esta aproximación, que es muy legítima para los abogados (que estamos ética y jurídicamente obligados a abogar por el mejor interés de nuestros clientes) es, sin embargo, inadecuada para fundamentar la labor del juez y aun del jurista.

El profesor Taruffo también califica de no racionales a aquellas doctrinas que niegan toda posibilidad de conocer la verdad, puesto que caen en un radical agnosticismo que termina blasfemando de nuestra propia percepción de la realidad. Por cierto, concurrimos con el profesor con que, si nos dejáramos llevar por la duda radical rápidamente nos convertiríamos en seres cuyo relativismo extremo les impide llegar a conocer cualquier cosa, desde el punto de ebullición del agua hasta la historia de la Antigua Roma. Desde un punto de vista científico, lo razonable es decir (y en ello concordamos con Taruffo) que, si bien toda la verdad está a nuestro alcance (en atención a nuestras limitaciones inherentes para percibir el mundo), no es menos cierto que podemos alcanzar una cierta medida de verdad. Esa verdad no es absoluta, sino puramente relativa.

Además, es una verdad interpretada a través del ojo del hombre (no del ojo de Dios) y por ello necesariamente limitada, pero en ningún caso menos cierta.

Una crítica muy bien fundamentada por Taruffo es la que va dirigida a la distinción (habitual, pero no por eso correcta) entre verdad formal (o procesal) y verdad real. La primera sería la versión de los hechos que ha resultado probada en el proceso, con independencia de su correspondencia con la verdad real, es decir, con los hechos tal como efectivamente ocurrieron. Los argumentos del profesor son consistentes y epistemológicamente sólidos, no obstante lo cual estimamos aconsejable sostener que efectivamente hay ciertos aspectos de la verdad más relevantes que otros para decidir un litigio en sede jurisdiccional. Correctamente entendida,

la llamada “verdad procesal” no es sino aquella porción de la verdad que es relevante para el proceso, que no puede incurrir en contradicción alguna con la verdad exterior, puesto que si ello ocurriera aquella no sería “verdad” en lo absoluto, sino una mera apariencia de verdad. Por supuesto, cabe señalar que toda construcción civilizada de justicia civil debe encontrar un equilibrio razonable entre esa porción de verdad que nos es dable conocer y los demás fines del proceso, dentro de los cuales estimamos fundamental el de posibilitar la solución justa y equitativa de conflictos de relevancia jurídica, a fin de garantizar la convivencia pacífica en libertad.

Pero todo queda limitado por el método. Si el método no se ajusta al debido proceso, entonces no resulta posible ni adecuado que el juez busque esa verdad, según explicaremos a continuación.

## 9. DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD EN EL PROCESO Y MÉTODO

Aclaremos que nunca se ha dicho que no interese el descubrimiento de la verdad en un proceso. El problema es cómo se llega al descubrimiento de la verdad. La respuesta de un código que corresponda a un modelo liberal es que se llega a la verdad a través de un modelo de contradicción, es decir, en que las partes prueben y un tercero, un juez neutral, decida. En cambio, la respuesta de un código autoritario es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. El Estado legislador establece un sistema legal y el juez debe convertir la ley en la realidad del caso concreto y para esto puede recurrir a cualquier medio.

Creemos también que la intención de los redactores del Proyecto fue, sin duda, evitar que el proceso fuera utilizado para fraudes procesales, o que considerar que sólo a través del establecimiento absoluto de la verdad se puede alcanzar la justicia. Sin embargo, lo concreto es que se están tomando disposiciones de códigos que en nada reflejan el sentimiento de los ciudadanos de este país.

Y no se trata de una simple coincidencia, sino que, según hemos señalado, cada vez que un juez utiliza estas disposiciones, pierde su imparcialidad e independencia.

Se debe por tanto eliminar este tipo de disposiciones y seguir avanzando en un Proyecto, el cual tiene muchos otros méritos que nuestra justicia civil y comercial requieren en forma urgente.



IN MEMORIAM



## CARLOS CRUZ-COKE OSSA (1932-2014)

El 28 de mayo de 2014 ha regresado a la casa del Padre el insigne Maestro del Derecho Político y Constitucional don Carlos Cruz-Coke Ossa (Q.E.P.D.), Profesor, Colega, y Amigo, dotado de una cultura infinita y un fino sentido del humor.

Egresó de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en 1962. Sus estudios de postgrado los realizó en la Université de Paris y en el Institut d'Etudes Politiques de la misma casa de estudios en los que tuvo a profesores de gran renombre como Georges Burdeau y Francois Goguel entre 1963 y 1964. Luego continúa su perfeccionamiento y en 1969 realiza postgrados de su especialidad en las Universidades de Stanford y Harvard, en Estados Unidos de América. En 1971, en plena Unidad Popular, obtiene en concurso de oposición las Cátedras de Derecho Político y Constitucional en la Facultad de Derecho de la U. de Chile. Permaneció en esa Casa de Estudios hasta su jubilación. Entre sus obras destacan: *Constitución de la Quinta República Francesa* (su Memoria de Prueba, aprobada con distinción máxima), *Manual de Educación Cívica*, con 8 ediciones agotadas, que en su momento el Ministerio de Educación distribuyó a lo largo de todo el país para ilustrar a los estudiantes en tan importantísima materia, hoy tan olvidada; interesantes monografías publicadas en revistas especializadas de Derecho en materias como, Derecho Constitucional, Derecho Electoral, Historia del Pensamiento Político, entre otros. En 2009 edita por medio de la Universidad Finis Terrae su obra cumbre *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, que para él fue la culminación de su carrera docente, para nosotros una obra que todo Abogado y Estudiante de Derecho debe tener, su edición se ha agotado en reiteradas oportunidades. Ejerció la docencia con ahínco y hasta el final de sus días se encontraba en plena actividad en la Universidad Finis Terrae y también requerido por la Universidad del Desarrollo. Antes lo había hecho en la U. de Chile, hasta jubilarse y en los inicios de la Universidad Bernardo O'Higgins. Participó activamente en política; católico, conservador y dotado de un profundo sentido nacionalista y patriótico, amó incansablemente a su patria, defendió con firmeza sus ideales y convicciones, pero nunca tuvo rencor para con el adversario, su noble corazón no tenía espacio para odiosidades. Por eso su inesperada partida nos ha sorprendido tanto a todos. Profesor Cruz-Coke, gracias por habernos transmitido su conocimiento, gracias por haberle conocido, gracias por habernos brindado su amistad, hoy al momento de su partida lo valoramos más que nunca. Para los que quedamos es usted un ejemplo de conocimiento, de consecuencia en momentos muy difíciles para el país, de la forma en que cultivó la amistad y sobre todo por la defensa en los valores esenciales y permanentes del Occidente Cristiano que guiaron su vida. Por esa misma razón creemos que Dios Padre será

generoso con usted. Son nuestros sinceros deseos. Profesor y Maestro Carlos Cruz-Coke descansa usted en la Paz del Señor.

MARCELO ELISSALDE MARTEL \*

---

\*Abogado, Profesor de Derecho Político, UST.

## MARIANO R. BRITO (1930-2014)

Es con profundo y natural dolor que despedimos al querido profesor y gran amigo Dr. Mariano R. Brito.

Fue un ser muy querible en todas las dimensiones de su personalidad, pero haré especial referencia a la de docente.

En todas ellas, por cierto, fue a la esencia de las cosas, a los fundamentos, a los principios, que en Derecho –decía– son sus piedras sillares y, recordando a Hauriou, valen sin estar escritos.

Formó a múltiples generaciones de estudiantes, tratándoles a todos y siempre con el mayor respeto y en una modalidad de verdadera enseñanza personalizada.

Lo hizo por más de cuarenta años en la Universidad de la República, de la que egresó, a la que siempre tuvo en su corazón y en la que fue Director del Instituto de Derecho Administrativo, cargo que hoy ocupó; por más de treinta y cinco años en el *Anuario de Derecho Administrativo*, del que fue fundador y siempre Director; más recientemente, en la Universidad de Montevideo, en la que desde sus inicios y hasta 2009 fue Rector y luego Rector Emérito, sin dejar nunca su actividad de catedrático de aquella disciplina.

De un espíritu universitario a carta cabal, sabedor de que la tarea a realizar, como tal, es –en sus palabras– la formación acabada en la verdad.

Escribió valiosos trabajos, muchos de ellos reunidos en el libro *Derecho Administrativo: su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, de 2004.

Fue reconocido en el país y en el exterior. En este último sentido fue el primer presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, cuyo actual presidente, el profesor español Jaime Rodríguez Arana, enterado vía electrónica de su fallecimiento, además de comunicarlo a todos los integrantes por ese vía, adelantó que las actividades del Foro a realizarse en octubre próximo serán en homenaje a Mariano.

Fue, asimismo, Profesor honorario de diversas instituciones extranjeras, como el Colegio Mayor Nuestra Señora de Rosario de Bogotá, la Universidad Notarial Argentina, la de Santo Tomás de Chile, etcétera.

Su actividad profesional fue, también, múltiple, tanto en el área privada como en la pública; de esta sólo mencionaré la de Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y la de Ministro de Estado, en la cartera de Defensa Nacional.

Fue para mí un privilegio y honor contarle como Profesor y amigo, calidad esta que desarrollaba en encuentros formales e informales, en charlas íntimas en que los temas iban, obviamente, más allá del derecho y siempre con una visión abierta a lo trascendente.

Compartí con él tantos momentos, en especial en las clases de la Maestría de Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo, a las que asistió, al menos, hasta noviembre de 2013, así como en el *Anuario*.

Las reuniones de trabajo de este las hacíamos en su casa, con su constante amabilidad y la de su señora Susana. Allí sabía marcar criterios de acción pero también se ocupaba de actividades pequeñas, de las que decía está hecha la vida y, así, el mismo corregía fichas jurisprudenciales hechas por gente joven e incluso efectuaba trabajos materiales de ordenación.

En todo ponía como centro a la persona humana, su eminente dignidad. Entonces, como profesor de Derecho Público, sabía ubicar debidamente al Estado, en frase que recuerdo prácticamente de mi época de estudiante, la de un ser instrumental para el bien común.

En todo manifestaba sus virtudes humanas, enraizadas en su profunda fe cristiana.

Realmente lo extrañaremos pero permanecerá con nosotros en la medida que sigamos su ejemplo.

Montevideo, 1-II-2014.

FELIPE ROTONDO\*

---

\*El Profesor Brito nace en Montevideo el 24 de enero de 1930. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, docente en ella de Práctica Forense entre 1964 y 1974 y de Derecho Administrativo desde 1965. En esta asignatura obtuvo el título de Profesor Adscripto en 1967, se desempeñó como Adjunto desde 1971 y Titular desde 1975, primero interinamente y desde 1991 y hasta 2004 en efectividad. Fue director del Instituto de Derecho Administrativo de dicha Facultad en los períodos 1984-1989 y 1993-1997. También dictó esa asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, de la que fue Rector hasta el 2009 y luego Rector Emérito. Fundó el *Anuario de Derecho Administrativo* y fue su Director, hasta su fallecimiento acaecido el 31 de enero de 2014. Ejerció libremente su profesión y en la función pública se desempeñó, entre otros cargos, como asesor de la Presidencia de la República, Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y Ministro de Defensa Nacional.

# CRÓNICA



## REFLEXIONES TOMISTAS

### I. “EL AMOR ES MÁS FUERTE”

*El amor es clave de la santidad, y por tanto,  
de una vida plenamente humana.*

Resuena estos días un eco de resonancias mundiales y que habla de testimonios de santidad. No es sólo la vida de la Iglesia la que se ve enriquecida con dos nuevos santos: Juan Pablo II y Juan XXIII, sino que también es una riqueza para el mundo entero, pues gozan de cierta ejemplaridad, como modelos concretos de cómo ser plena y verdaderamente humanos. Veamos algo de cada uno de ellos.

Forma parte de la memoria colectiva chilena la potente frase de Juan Pablo II en el Parque O’Higgins esa tarde del 1987 de “El amor es más fuerte”. Con su visita a Chile, con sus gestos y palabras confirmaba cuál es el verdadero motor de la vida humana: el amor. Y si hoy, 27 años después, cuando se le ha declarado santo, repensamos lo que quiso transmitir, su mensaje se hace presente de nuevo: Sólo la fuerza del amor y del perdón permite construir algo sólido y estable, mientras que su contrario, precisamente porque se basa en la desconfianza y el odio, genera desunión y destrucción.

Karol Wojtyla no tuvo una vida fácil. En su juventud vio su país invadido y en guerra, también presencié el cierre de su Universidad, trabajó duramente en una cantera, a los 20 años perdió a su padre, único familiar que le quedaba, hubo de estudiar a escondidas para ser sacerdote, y luego ejerció su ministerio en un régimen político contrario, ateo y comunista. Y, sin embargo, a pesar de todas estas dificultades, fue un hombre que irradiaba alegría y profunda paz interior, que atraía a cuantos se le acercaban porque de él emanaba un encanto especial que le hacía ser tan amado. Y todo esto porque descubrió en el amor la clave de la felicidad. Él mismo, en uno de sus últimos escritos, afirmó “el amor me lo ha enseñado todo”. El amor da valor a una vida y la transforma. El que se sabe amado por lo que es, tiene la certeza y la fuerza de amar a quienes lo rodean. El amor no hace cálculos sino que se entrega total y generosamente por el bien de la persona amada. La fuente de ese amor total la encontró en Jesucristo, el *Redemptor Hominis* –el *Redentor del Hombre*, como llamó a su primera encíclica–, que hizo suyas las miserias y pecados de cada persona y las elevó hasta Dios, dándoles su misma vida divina, y la capacidad, por tanto, de amar como Dios ama.

Por eso hizo vida lo que predica San Juan de la Cruz de poner amor donde no lo hay, porque sólo de esa manera puede brotar amor. Aunque difícil, no lo es tanto para quien, como él, se alimentó de la fuente misma del amor. Por eso la verdadera clave de su vida fue su amor a Dios, como respuesta al amor primero de Dios por él, cosa que supo entregar y traducir en un amor a cada hombre, hasta el final.

Así, pues, lo que quiso regalarnos Juan Pablo con esta frase no es otra cosa que su testamento, que es el de los santos: el amor.

Aunque Juan XXIII nunca visitó Chile, su influencia también llegó aquí. Su docilidad al Espíritu Santo le llevó a convocar un Concilio con el objetivo de renovar la Iglesia desde la fidelidad a lo esencial: el Concilio Vaticano II. Y sus conclusiones se aplicaron en todo el mundo, también aquí. Sabemos que era ya muy mayor y sin embargo Juan XXIII se lanzó a la aventura de convocar un Concilio, y lo hizo porque no tenía miedo, y no temía porque amaba mucho, pues el amor vence temores y miedos. De nuevo el amor fue la clave de su vida, como lo fue de la de Juan Pablo II. Porque el amor es la clave de la santidad, y por tanto, de una vida plenamente humana.

Esta gran verdad la confirma nuestro patrón Tomás de Aquino al definir que la santidad o perfección de la vida cristiana consiste esencialmente “en la caridad: principalmente en el amor a Dios y secundariamente en el amor al prójimo” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 184, a. 3, in c). Por eso las obras de amor a los demás son manifestación de una vivencia profunda y personal del amor.

Quien ama y se deja amar por Dios, ama a sus hermanos incluso hasta dar la vida por ellos. Una vida es tanto más plena cuanto más amor entrega. Esa es la gran lección de todos los santos: la del amor, la de la entrega, la de la valentía por amor a la verdad.

## II. ¿VIVIR EN PAZ Y ALEGRÍA?

*“Del amor proceden el gozo y la tristeza,  
aunque por motivos opuestos”.*

¿Es compatible la vida de trabajo, la de la familia o la del servicio social, tan duras a veces, con una vivencia de paz, gozo o sosiego interior? ¿Cuántos problemas y dificultades pueden llenar de amargura el corazón hasta derramar lágrimas de sufrimiento! Y sin embargo, no es la única manera de reaccionar, pues hay personas que enfrentan sus problemas y dificultades con serenidad y alegría interior y llegan, incluso, a transmitir paz a su alrededor. No hay una receta, pero Tomás de Aquino nos ofrece, desde su profunda comprensión de lo que somos y estamos llamados a ser, algunas pistas para ello.

La primera y fundamental es lo que mueve nuestra vida: el *amor*, hasta el punto de que podría reformularse un famoso adagio popular diciendo: “Dime lo que amas y te diré quién eres”. La explicación es sencilla: cuando amamos como un bien algo o a alguien, tratamos de conseguirlo y de estar junto a lo que amamos, y entonces nos gozamos o disfrutamos de lo que amamos. Pero cuando, a pesar de nuestros esfuerzos, no lo conseguimos o seguimos alejados, nos entristecemos. Este dinamismo explica no sólo que actuemos, poniéndonos en marcha y esforzándonos de manera honesta para conseguir las metas buenas que queremos, sino que a ese movimiento siempre le sigue una reacción distinta, según se logre o no lo buscado. *Alegría y tristeza* –y hay varios grados que pueden

llegar a la angustia o depresión— son por tanto el efecto natural de un amor y de un esfuerzo por conseguir lo amado.

La consecuencia de conseguir el bien buscado o deseado es, por otro lado, la paz interior, ya que el deseo ya no nos inquieta, sino que descansamos en ese bien. Tomás de Aquino dice algo muy interesante alusivo a esto: “el hombre no tiene la paz de corazón cuando, teniendo algo de lo que desee, aún desea algo más que no puede tener simultáneamente” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 29, a. 1, c). En efecto, puede suceder que deseemos cosas que en un determinado momento sean incompatibles entre sí, como le pasa al que quiere seguir su dieta para no engordar pero a la vez quiere comerse un chocolate; o cosas que no se puedan conseguir, como aterrizar en la Luna, ganar el Premio Nobel o un reconocimiento imposible, o casarse con el actor de moda, cosas que en situaciones normales provocan frustración.

Y sin embargo, hay tantos deseos aparentemente alcanzables pero no quizás en este preciso momento, que si no nos damos cuenta de ello y con realismo los sabemos amoldar a la realidad, nos van a hacer sufrir mucho. Así le pasa, por ejemplo, al que se ha cansado en su trabajo o no se siente realizado con lo que hace, y quisiera dejar de trabajar, pero como no puede hacerlo por la necesidad, no sólo sufre disensión y falta de paz interior, sino que se cansa aún más. O el estudiante que se desanima a pesar del gran esfuerzo en su estudio porque aprueba con la nota mínima, y desearía una mejor. Pero en ambos casos podemos detectar algo más allá de lo sensible y se encuentra en una dimensión más profunda: en el primer caso es el fin o motivo del trabajo: se trabaja por algo, que es proporcionar lo necesario a uno mismo y a las personas queridas, además de desarrollarse como persona o de aportar algo a la sociedad, por sencillo que sea. Y en el segundo caso, el estudiante que ha puesto todo de su parte tiene la conciencia tranquila, aunque no obtenga la misma nota que otros, porque cada uno tiene un potencial y un rendimiento distinto que enriquece a los demás. En ambos casos, aunque se sienta cansancio físico o se tenga una nota no muy buena, debiera experimentarse paz interior porque se ha puesto el mejor esfuerzo para conseguir el bien buscado, y si no se experimenta es porque se desea otra cosa distinta. Me parece que Tomás de Aquino nos hace una llamada al realismo.

Pero hay otras situaciones en las que objetivamente el bien buscado está muy lejos. ¿Cómo mantener entonces la paz? De nuevo santo Tomás nos orienta al preguntar si no existirá algún tipo de bien que nunca falte y por tanto podamos descansar siempre en él, también cuando falten otros bienes. Lo material —dinero, belleza externa, cosas— es cambiante y caduco, luego, nada material puede consistir en este bien. La fama, el éxito, el honor y el poder también son muy relativos y no siempre nos acompañan —incluso a veces nos hacen sufrir más que otra cosa. Tiene que ser algo que arraigue en nuestra dimensión espiritual, cosa que permita mantener la paz y el equilibrio incluso ante la falta de lo material. Lo más cercano a ese bien inamovible es el amor verdadero, y cuanto más buena y virtuosa es la persona que nos ama, más estable es su amor y menos podemos dudar de que siempre nos acompañe. Más aún, la presencia del amor de Dios, que nunca se cansa de amarnos ni de perdonarnos —y el perdón es una de las manifestaciones más profundas de un amor verdadero— es la verdadera y más estable causa de profunda paz y alegría interior. Si esa certeza de sabernos amados está presente en lo profundo del alma, las mayores tormentas y dificultades no nos podrán quitar

la paz, quizás sí la sensible, pero no la espiritual. Por eso santo Tomás reconoce que en ese mundo sólo podemos conseguir una paz imperfecta, pues “aunque la tendencia principal repose en Dios, hay, no obstante, dentro y fuera, cosas que contradicen y perturban esa paz” (a. 2).

Retomando nuestra cuestión inicial, Tomás de Aquino nos indica la necesidad de examinar los deseos más profundos, para purificarlos cuando sea necesario y reorientarlos hacia el Bien supremo. Pues el que ama a Dios y se sabe amado por Él, puede poner orden en sus deseos, dado que cuando lo referimos todo a Él, entonces “todos nuestros deseos convergen en el mismo fin” (a. 3) y desaparece la disensión interna.

Y donde hay paz interna también debe manifestarse al exterior, de tal manera que se transforme en una convivencia pacífica. Sin embargo, como acaba de decir el Papa en Tierra Santa, “la paz [...] es un don que hemos de buscar con paciencia y construir artesanalmente mediante pequeños y grandes gestos en nuestra vida cotidiana” (Papa Francisco, 24/05/2014, Jordania).

### III. DE NUEVO EL FÚTBOL Y LAS PASIONES QUE DESATA

Vuelve el Mundial de fútbol y con él tantos encuentros, celebraciones, generación de expectativas y muchas pasiones. Como gran parte de la atención está centrada en este acontecimiento, podemos servirnos de él en este espacio para, siguiendo al maestro Santo Tomás, conocer un poco mejor al ser humano. ¿Es que Santo Tomás escribió de fútbol? No tenemos noticia de que lo hiciera, aunque sí, por supuesto, se ocupó del cuerpo humano. Más bien nos orientaremos hacia las pasiones y afectos que desata el Mundial, que podemos aplicar a muchos otros ámbitos de nuestra vida: euforia, alegría, tristeza, confianza, ira, amor, deseos...

Lo primero es saber qué son. A todo movimiento de nuestro afecto, a todo modo de vibrar sensiblemente ante algo que experimentamos, lo denominamos pasión o afecto, según sea su grado de intensidad. Estos afectos surgen espontáneamente en nuestro interior a partir de la percepción sensible de algo, y de alguna manera somos afectados por ellos. Como nos pasa al sentir ganas de probar una comida que huele bien, pues si no la oliéramos no sentiríamos el deseo de comerla. Considerados como efectos causados por algo sensible, los afectos son algo neutro, ni buenos ni malos, pues ¿qué culpa tiene uno de sentir ganas de comer cuando huele a asado? ¿Es que es malo sentir deseos de comer? No, claro.

Sin embargo, aunque en sí mismas no lo sean, vemos que sí tienen consecuencias buenas o malas, en nosotros y en otros. Sentir alegría ante un triunfo deportivo es algo en sí mismo bueno, o al menos no tiene por qué ser malo, pero si esa alegría me lleva a destrozar cosas en un acto de vandalismo, o a beber inconteniblemente para celebrarlo hasta terminar no siendo dueño de mis actos o a pegar a los hinchas del equipo contrario, entonces no es una buena pasión, no está bien encauzada. Por poner otro ejemplo, el jugador que tiene una tarjeta amarilla y que, por miedo a la segunda que le incapacitaría seguir jugando, le lleva a ser más precavido y a controlar sus movimientos y patadas para no cometer faltas,

entonces se evita la expulsión, que es un mal real para él y su equipo, lo cual es bueno. Así, parece claro que la bondad o maldad de las pasiones dependerá, por un lado, de si están ordenadas o no al bien del hombre. Este bien, además, lo conocemos gracias a una razón y una conciencia bien formada. Y, por otro lado, dependerá de si lo que las motiva es bueno o malo en sí mismo.

¿Cuáles son esas pasiones o afectos? Siguiendo a los clásicos, Santo Tomás distingue once tipos de pasiones, unas concupiscibles y otras irascibles. Las primeras nacen del amor y del deseo por un bien, y las segundas del esfuerzo por superar las dificultades para conseguirlo. De esa manera, y a modo de ejemplo, el amor por la Copa del Mundial suscita el deseo de ganarla y la alegría ante la victoria, a la vez que evita las derrotas que, cuando llegan, nos ponen tristes. Por otro lado, ante la dificultad, o la vencemos con esperanza y autosuperación, o nos desesperamos y nos vence el miedo de perder. Un contrincante difícil, por ejemplo, suscita esos afectos, mientras que un mal arbitraje, nos hace enfadar.

Amor u odio, deseo o aversión, alegría o tristeza, miedo o audacia, esperanza o desesperanza, y, en último lugar, ira. Cada pasión tiene su explicación y razón de ser, pero pide ser ordenada al bien real, cosa que hacen ciertas virtudes morales. Pero este tema lo dejaremos para otro momento.

#### IV. VIRTUDES, ¿PARA EL FÚTBOL? SÍ, PERO NO SÓLO

*En la vida, y en la cancha de fútbol, se ponen de manifiesto  
lo que somos y lo que hemos trabajado en la vida:  
las virtudes o vicios.*

Asombra ver cómo la doctrina de Tomás de Aquino encuentra aplicación a temas que él no sospechó ni de lejos: en nuestro caso, el deporte, el fútbol. Su visión de la persona humana es muy realista, y de alguna manera también lo es la cancha de fútbol. En ambos se obra para conseguir una meta: en el primer caso la felicidad, en el segundo un buen juego que permita merecer la victoria.

Así es, detrás de los actos que realizamos existe una historia personal constituida de numerosos caminos, aciertos y desaciertos, decisiones más o menos relevantes, circunstancias, sentimientos, ilusiones y desengaños, así como una educación que se plasma o vislumbra en el actuar concreto. Algo parecido sucede cuando salen los jugadores a la cancha: podemos imaginarnos cuánto esfuerzo para potenciar sus cualidades deportistas, cuántos momentos de crisis y de superación hay detrás de cada jugada y partido. También ahí hay una historia personal detrás. Junto a eso, algunas acciones destacan por su belleza moral y su honradez, y por eso nos cautivan; mientras que otras producen rechazo y vergüenza ajena. Lo primero lo producen las *virtudes* humanas, mientras que los vicios lo segundo. Algo parecido hemos experimentado al ver las jugadas y comportamientos de los jugadores.

Qué admirables nos resultan esos futbolistas capaces de planificar con buena estrategia y sopesar las mejores jugadas, de considerar a todos los jugadores y no sólo a los estrellas, de tener visión de equipo, de liderar con su buen ejemplo.

Ese tener los pies en la tierra y elegir los mejores medios para lograr el fin perseguido es propio de la virtud de la *prudencia*. La define Santo Tomás como “la recta razón en el obrar” (*Suma Teológica*, II-IIa, q. 47, a. 8, in c) y “la ciencia de lo que debemos desear y evitar” (*Idem*, a. 4, obj 1). La hemos visto practicar, entre otros, a Claudio Bravo en el equipo chileno, y a varios técnicos o entrenadores.

El juego en equipo exige pensar en todos los demás, no sólo en uno mismo, para identificar las necesidades y ventajas de cada uno y así apoyarlas para lograr un avance en conjunto. Uno solo no puede jugar. Igual que nadie logra sus metas en la vida de manera aislada. Pues bien, eso es lo que permite la virtud de la *justicia*, que “se ocupa de las relaciones con los demás” (*Ibid*, q. 141, a. 8, in c) y que consiste en la “constante y perpetua voluntad de dar a cada cual su derecho” es decir, lo que le corresponde, lo justo (*Ibd*, q. 58, a. 1, in c), lo cual no es dar a todos lo mismo. Es de justicia, por ejemplo, dejar jugar a todos, y reconocer los logros de equipo y también los personales, como hemos visto en el trabajo arduo de Alexis Sánchez hasta llegar a un juego tan bien logrado, para el que considera importante el juego de cada uno de sus compañeros y así lo reconoce.

Cómo olvidar la desgarradora entrega de Gary Medel defendiendo el arco ante los ataques brasileños y su arranque para iniciar el contrataque que otros podrían culminar, y el ejemplo de tantos otros. Así actúa la virtud de la *fortaleza*, cuyo “principal acto es el resistir, el secundario es el atacar” (*Ibid*, q. 123, a. 2, in c). En efecto, todo logro que merezca la pena conlleva siempre tanto dificultades a resistir como obstáculos a remover del camino, y se hace necesario ser fuerte de forma habitual.

Por último, apuntar a acciones que se han ganado verdaderos abucheos, porque brotaban de inmadurez y de falta de dominio propio. Mientras que otras, cargadas de gran madurez, han llamado la atención por lo contrario. Es la virtud de la *templanza* una “cierta moderación impuesta por la razón a los actos humanos y a los movimientos pasionales” en relación a la conservación de la salud corporal y espiritual (*Ibid*, q. 141, a. 2, in c.). De nuevo Gary Medel, gracias a su trabajo, ha llegado a ser un líder positivo entre sus compañeros, gracias al dominio personal por el que ordena la manera en que se manifiestan las pasiones. Con su ejemplo dice que nunca es tarde para adquirirlo.

En la vida, y en la cancha de fútbol, se ponen de manifiesto lo que somos y lo que hemos trabajado en la vida: las virtudes o vicios. Nuestras obras son fruto de nuestra historia personal, historia que tenemos entre las manos, y que podemos, ojalá, embellecer.

MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO\*

---

\*Directora de Formación e Identidad, Universidad Santo Tomás.

## REFLEXIONES ÉTICAS

### SOBRE EL ORIGEN DE LA CRISIS DEL PENSAMIENTO OCCIDENTAL: LA NEGACIÓN DE LA LEY NATURAL

El siglo XIII señala el punto culminante de la Europa que se llamaba a sí misma Cristiandad, unidad religiosa, política y social bajo la autoridad del emperador y del Papa, cohesionada por una fe común. En ese tiempo, todos los estamentos de la sociedad, desde el emperador hasta el último siervo, creían firmemente en tres cosas:

- Dios existe y gobierna el mundo mediante la ley divina.
- Dicha ley divina ha sido implantada por Dios en la conciencia de cada persona en forma de ley natural, que nos permite distinguir espontáneamente lo que está bien de lo que está mal; al mismo tiempo, ha sido también revelada en la antigua y la nueva Alianza, y plasmada en el Decálogo.
- Existe una vida después de esta, que viene condicionada por lo que en esta vida terrena se haya hecho o dejado de hacer; existe, por lo tanto, la posibilidad de un castigo eterno, como existe la de una recompensa eterna.

Esa común creencia tenía importantes implicaciones:

- Por una parte, en la medida en que existe una ley natural como reflejo de la ley divina, toda ley positiva, toda ley humana, debía tomar como referente esa ley natural y no entrar en contradicción con ella. De ese modo, la ley natural se convertía en el marco que proporcionaba cohesión y legitimidad a la ley positiva, la cual, además, en virtud precisamente de su coherencia con esa creencia común y de su último fundamento en la ley divina, era más fácilmente comprendida, asumida y respetada.
- Ese fundamento de la ley positiva en la ley natural reforzaba la universalidad de la primera, la convicción y común aceptación de que nadie estaba exento de cumplir la ley, comenzando por el rey y terminando por el último siervo. A todos era igualmente exigible ese cumplimiento, puesto que ninguna autoridad terrena puede estar por encima de la ley divina.
- Existía una clara conciencia de la profundidad y la gravedad de la transgresión en todos los niveles de la sociedad, lo cual no quiere decir que no hubiera transgresión, sino que esa transgresión era profundamente sentida en la conciencia, tanto del transgresor como de la sociedad en general; no existía indiferencia social ante la transgresión, ni mucho menos aceptación general de la misma como ahora existe. La transgresión no podía quedar impune, y si el transgresor no recibía el castigo en esta vida, terminaría recibéndolo en la otra.

- El temor a la posibilidad de un castigo eterno actuaba en gran medida como freno de la transgresión, o bien, una vez cometida ésta, como acicate para su reparación, y ello a todos los niveles. Son conocidos los casos de reyes que, habiendo cometido algún crimen, solicitaban el perdón del Papa y asumían durísimas penitencias para expiar su culpa. La posibilidad de excomunión era un freno poderoso a la arbitrariedad del poder.

Ese era, en términos generales, el retrato de la sociedad de los siglos XII y XIII, siglos que coinciden con la culminación del esplendor del arte, la arquitectura y el pensamiento en Europa. Son los siglos del gótico y de la *Suma Teológica*.

Pero el poder corrompe, y aquellos reyes que en siglo XIII aceptaban todavía esas duras penitencias para expiar sus faltas, en el siglo XIV habían ya comenzado a cambiar su mentalidad. En el siglo XIV, los reyes aspiraban ya al ejercicio de su poder sin restricciones, y las restricciones al ejercicio del poder real estaban personificadas en el emperador y, fundamentalmente, en el Papa. Para poder ejercer su poder sin restricciones, los reyes necesitaban liberarse esencialmente de la autoridad del Papa, puesto que la del emperador era más fácilmente controlable. Ahora bien, el hecho de vivir en una sociedad profundamente religiosa –lo cual no hay que confundir con una sociedad de “buenas personas”, pero sí de personas convencidas de que hay un poder sobrehumano que termina siempre aplicando la justicia–, sociedad en la cual la autoridad espiritual gozaba de un gran respeto, obligaba a los reyes a dotarse de una potente justificación ideológica mediante la cual neutralizar ese respeto social por la autoridad espiritual. Tal justificación les fue proporcionada por la intelectualidad de la época, por los universitarios que aspiraban ya al favor real y a un puesto en la corte, mediante la elaboración de la teoría conocida como “nominalismo”, teoría desarrollada en gran medida con el fin de dar justificación a la autonomía real frente a la autoridad espiritual.

Sería demasiado prolijo entrar ahora en un comentario detallado sobre el nominalismo. Para quien pueda estar interesado, anexo un texto específico sobre la pugna entre nominalismo y realismo en el siglo XIV. Me limitaré a indicar uno de los aspectos y consecuencias fundamentales de esa teoría.

El nominalismo niega la ley natural y afirma la arbitrariedad en los designios divinos. Dios ha dicho “no matarás”, pero podría haber preceptuado lo contrario. Los actos humanos no son buenos o malos por sí mismos, sino porque aceptan o rechazan esas disposiciones arbitrarias de Dios. Al no existir una ley natural, las leyes humanas no están sometidas a un orden moral superior, sino que se trata de puras convenciones entre los hombres sobre lo que está bien y es adecuado en cada momento, y responden básicamente a la voluntad del legislador: “lo que place al Príncipe, esa es la ley”. Excluida una ley natural, no queda otro recurso que acudir a la razón práctica para asegurar la convivencia entre los hombres. Dicha razón práctica coincide con la voluntad del legislador, siendo éste una persona, un partido o una comunidad. En todo caso, se trata de establecer por vía de voluntad qué se puede o no hacer. El Estado, significado entonces por el monarca, es quien determina lo que es bueno y útil para la comunidad.

Si nos paramos a pensar con detenimiento sobre las consecuencias de esa enorme ruptura representada por el nominalismo, podemos ver en ella el origen principal de todos los errores posteriores y, en definitiva, de la deriva del pensamiento occidental. El nominalismo es el fundamento ideológico de la reforma protestante,

del idealismo en filosofía, de la Ilustración y, en último término, de la modernidad con todo su contenido disolvente. Y lo es porque deja al pensamiento humano sin referentes, sometido únicamente a su propia parcialidad, a su subjetividad.

Sin un referente superior, queda únicamente la razón individual como rector de la conducta individual y colectiva, pero la razón es subjetiva, por lo que cada uno tiene “su” propia razón. Se produce entonces una pugna entre subjetivismos –ya que no existe un referente que pueda unificarlos– para ver cuál de ellos establece las normas, y evidentemente, el subjetivismo vencedor será siempre el más poderoso, no el que tenga más razón. Se establece de este modo el fundamento intelectual del totalitarismo en todos sus aspectos, del poder omnímodo del Estado. Nace la ideología con su carácter totalitario, que considera “su verdad” como la única posible y cualquier otro pensamiento como indefendible y, por ello, atacable.

La subjetividad más poderosa es la que, de ahí en adelante, determina lo que es bueno y lo que no lo es, sea esa subjetividad la de un tirano o la de un parlamento, puesto que ni el tirano ni la ley de la mayoría admiten un referente superior. La ley se convierte en pura convención, modificable según la conveniencia de quien la establece. Es también el inicio del relativismo.

El liberalismo tratará de encauzar esa subjetividad mediante la ley de las mayorías, considerando que, cuando un número suficiente de personas, especialmente si son las mejores del colectivo, se ponen de acuerdo en algo, ese algo será necesariamente lo mejor para la sociedad. Por nuestra experiencia podemos juzgar hasta qué punto eso es cierto, hasta qué punto un parlamento reúne a “los mejores” y hasta qué punto esos “mejores” son capaces de determinar lo mejor para la sociedad. Tenemos sobrada experiencia para juzgar sobre ello, especialmente en este momento, en el que el parlamentarismo nos muestra abiertamente toda su miseria y su limitación. La pregunta es: ¿puede la organización social evitar derrumbarse sin un referente superior?

PEDRO ABELLÓ\*

## ¿RAÍCES CRISTIANAS?

Ha llegado el momento de vislumbrar un nuevo amanecer en el que hombres y mujeres con raíces cristianas en su inteligencia y en su corazón hagan resurgir de las ruinas un nuevo Amor que engendrará la vida, levantará las familias, y dará sentido a la libertad, y dará origen a una nueva *democracia*.

“Dada la cantidad de musulmanes que hay en Francia, y para no herir su supuesta susceptibilidad, ya no se habla de las raíces cristianas de Europa”.

Alain Finkielkraut, judío francés, bien conocido entre los *nuevos filósofos* franceses herederos del 68, se plantea la cuestión de la *identidad europea*, y en su próximo libro no tiene inconveniente en afirmar que estamos ante una crisis profunda de civilización.

---

\*Publicado en *Forum Libertas*, [www.forumlibertas.com](http://www.forumlibertas.com).

Finkelkraut no descubre nada nuevo, ciertamente. La civilización que ha hecho grande a Europa hace tiempo que ha comenzado a consumirse y está ya a punto de desaparecer. Las *raíces cristianas* se han agostado, y las leyes europeas apenas sí tienen un fundamento en la opinión variable de las mayorías variables que gobiernan aquí y allá.

Nadie con una cierta seriedad intelectual puede negar las raíces cristianas de Europa. Otra cosa, sin embargo, es analizar la supervivencia de esas raíces, y su capacidad para seguir dando frutos de convivencia y de paz social.

Cuando se habla en estos términos no nos referimos a la Fe en Cristo y en su Iglesia de muchos europeos, sino a la influencia de la afirmación cristiana en el entramado de la sociedad.

Las *raíces cristianas* se han manifestado en Europa de manera clara y precisa, entre otros muchos detalles, arte y literatura incluidos, en estos cuatro puntos, columnas para una adecuada convivencia humana y cristiana:

- El reconocimiento legal y social de la *dignidad de la persona humana*, de cualquier persona humana, desde su concepción hasta su muerte natural.
- El reconocimiento legal y social de la *realidad de la familia* –hombre y mujer– y de su descendencia.
- La realidad de un *orden moral*, el bien y el mal, ley natural o como se le quiera llamar, recibido de un Dios Creador y Padre, que todos, también el poder político tienen la gravísima obligación de respetar, para que, a su vez, su legitimidad sea aceptada.
- El reconocimiento legal y social, y el respeto total, de la *irreductible libertad del ser humano*. Libertad que hace al hombre verdaderamente libre y le abre el horizonte hacia el bien de todos, cuando se deja guiar por la Verdad. “*La Verdad os hará libres*”.

Basta una breve mirada por los países de esta vieja Europa para darnos cuenta de que ninguna de estas cuatro raíces sigue viva en Europa, aunque lógicamente sigan vivas en la conciencia de muchos europeos, cristianos y no cristianos que continúan viviendo de las *raíces cristianas*, y que son quienes volverán a levantar otra Europa –bien diferente de la actual– con *raíces cristianas*.

La Europa de hoy ha rechazado esas cuatro raíces que un día la hicieron grande y universal:

- Europa niega la dignidad de la persona con el *aborto*, la matanza de discapacitados, etc. Y está siguiendo el camino del suicidio colectivo que el aborto supone.
- Europa niega la realidad de la familia con esa serie de *supuestos legales* que califican *uniones* de todo tipo entre los seres humanos, como “*familias*”; y convierte la “*adopción*” de niños, por quienes no podrán ser jamás ni sus padres ni sus madres, en un auténtico mercado de esclavos, con desprecio total a la libertad de los *esclavos*.
- Europa se está *suicidando*, también políticamente, al convertir la *democracia*, el poder de la mayoría para elegir gobernantes en *burocracia*, que se ha arrogado el poder de *decidir qué es el bien y el mal*, sin atreverse a nombrar, lógicamente, esas palabras sagradas.

- Europa está dejando vacía de contenido la *libertad* del hombre, creando hombres que no saben qué sentido tiene su libertad –salvo para hacer lo que a cada uno le viene en gana–, porque han dejado de buscar la Verdad. Y no sólo la Divina; han dejado de buscar la verdad de cada hombre. El *individualismo* se ha apoderado de la vieja Europa y la libertad les sirve casi exclusivamente para buscar su propio *bienestar*; un *bienestar* pensado e inventado por ellos mismos.

Quizá ha pasado el tiempo de las odas fúnebres sobre la vieja Europa, que se está enterrando sola y ha llegado el momento de vislumbrar un nuevo amanecer en el que hombres y mujeres con raíces cristianas en su inteligencia y en su corazón hagan resurgir de las ruinas, un nuevo Amor que engendrará la vida, levantará las familias, y dará sentido a la libertad, y dará origen a una nueva *democracia*.

ERNESTO JULIÁ DÍAZ\*

## G.K. CHESTERTON, APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE LIBERTAD

Cuando en junio de 1936 se apagaba la luz de la vida del escritor británico G.K. Chesterton, el entonces Cardenal Eugenio Pacelli, Secretario de Estado de la Santa Sede – futuro Papa Pío XII– enviaba un telegrama a nombre del Papa Pío XI, manifestando que el Santo Padre se encuentra profundamente apenado por el deceso del señor Gilbert Keith Chesterton, a quien califica de *devoto hijo de la Santa Iglesia (devoted son Holy Church)*, y de *talentoso defensor de la fe católica (Gifted defender of the Catholic Faith)*.

No debe resultar extraño que la Cátedra de Pedro expresara tales sentimientos, pues, Chesterton entregó su vida a la defensa de la Iglesia Católica. Desde su conversión se esmeró por manifestar lo maravilloso de la fe, siendo su vida entera todo un testimonio, que incluso llevó a otras tantas personas a convertirse. Por lo tanto, no se trataba de cualquier personaje, sino de un genio excepcionalmente dotado, sabio, ameno, incisivo, elocuente y certero, que supo a través de su pluma acercar las almas de los hombres al corazón de Nuestro Señor Jesucristo.

Resulta así imposible abarcar en estos breves párrafos la eminente sabiduría de alguien como este escritor inglés, tampoco tenemos la perspicacia suficiente para cubrir las finezas con las cuales nos sorprende, pero de lo que sí estamos seguros, es de tener la necesaria fidelidad y admiración para adentrarnos en algunos conceptos medulares de su vida y obra.

Justamente uno de esos conceptos fundamentales es la libertad. G.K. Chesterton comprendía la libertad con la claridad de la fe, la que ensanchaba su entendimiento depurándolo de determinismos o reducciones. Su privilegiada inteligencia

---

\*Publicado en *Análisis Digital*, [www.analisisdigital.org](http://www.analisisdigital.org).

le permitía analizar la realidad del hombre desde otra perspectiva, entregando nuevos conceptos, dando respuestas simples a encrucijadas complejas.

Honrando esa simpleza genial, nos manifiesta que *“El único objeto de la libertad es la vida”* (*Irish Impressions*). Así, la libertad bien entendida está ligada con la vida del ser humano, jamás contra ella, porque el objeto propio que busca es el bien. Como nos diría el Papa Benedicto XVI *“...el hombre no es un absoluto, como si el yo pudiera aislarse y comportarse sólo según su propia voluntad. Esto va contra la verdad de nuestro ser. Nuestra verdad es que, ante todo, somos criaturas, criaturas de Dios y vivimos en relación con el Creador. Somos seres relacionales, y sólo entramos en la verdad aceptando nuestra relacionalidad; de lo contrario, caemos en la mentira y en ella, al final, nos destruimos”* (*Lectio Divina* del Santo Padre Benedicto XVI en el Pontificio Seminario Romano Mayor, Viernes 20 de febrero de 2009).

Pues, aún más, el autor de *“The Everlasting Man”*, expresará que *“Todo hombre sensato reconoce que libertad ilimitada es anarquía, o más bien es insignificante. La idea cívica de libertad es dar al ciudadano un área de libertad; una limitación dentro de la cual un ciudadano es un rey”* (*The Story of the Family, The Superstition of Divorce*). Para Chesterton la libertad reconoce un ámbito de ejercicio que le es propio, no se trata de un capricho donde cualquiera hace lo que se le dé la gana bajo pretextos falaces, por el contrario, reconoce límites que la dirigen al bien, y no absolutismos que la deforman en libertinaje desenfrenado, o como lo ilustra el Papa Ratzinger: *“El libertinaje no es libertad, sino más bien el fracaso de la libertad”* (Ídem).

Es magníficamente preciso, cuando Chesterton sostiene que *“Sin autoridad no hay libertad. La libertad está destinada a la destrucción constantemente, a menos que haya un reconocido derecho a la libertad. Y si hay derechos, hay una autoridad a la cual recurrimos”* (*G.K.'s Weekly*, April 28, 1928), porque precisamente, explicará el Pontífice alemán, *“... libertad humana es, por una parte, estar en la alegría y en el espacio amplio del amor de Dios, pero implica también ser uno con el otro y para el otro. No hay libertad contra el otro. Si yo me absolutizo, me convierto en enemigo del otro; ya no podemos convivir y toda la vida se transforma en crueldad, en fracaso. Sólo una libertad compartida es una libertad humana; sólo estando juntos podemos entrar en la sinfonía de la libertad”* (...) *“Así pues, este es otro punto de gran importancia: sólo aceptando al otro, sólo aceptando también la aparente limitación que supone para mi libertad respetar la libertad del otro, sólo insertándome en la red de dependencias que nos convierte, en definitiva, en una sola familia humana, estoy en camino hacia la liberación común”* (Ídem).

Y específicamente para realizar esa libertad es que el ser humano requiere un orden, porque –prosigue Ratzinger– *“Vemos que el hombre necesita orden, derecho, para que se pueda realizar su libertad, que es una libertad vivida en común. ¿Y cómo podemos encontrar este orden justo, en el que nadie sea oprimido, sino que cada uno pueda dar su propia contribución para formar esta especie de concierto de las libertades? Si no hay una verdad común del hombre como aparece en la visión de Dios, queda sólo el positivismo y se tiene la impresión de algo impuesto, incluso de manera violenta. De ahí esta rebelión contra el orden y el derecho, como si se tratara de una esclavitud”* (Ídem).

No obstante, el creador del Padre Brown, dirá que *“El hombre de la verdadera tradición religiosa entiende dos cosas; libertad y obediencia. La primera significa*

saber lo que realmente quieres. La segunda significa saber lo que realmente crees” (G.K.’s Weekly, August, 18, 1928). Es decir, nuestro colosal genio estaba consciente de que la libertad se encuentra indisociablemente unida a la responsabilidad. Libertad y responsabilidad son la sinfonía armónica que nos permite entender de forma adecuada su recta concepción. No en vano, el Papa Ratzinger recordará que “La primera realidad que hay que respetar es, por tanto, la verdad: la libertad contra la verdad no es libertad. Servirnos unos a otros crea el espacio común de la libertad” (Ídem).

En definitiva, una sociedad donde la libertad se entiende erradamente sea por defecto o por exceso, no puede ser espacio propicio para la plena realización de las personas. El libertinaje reniega de la auténtica libertad y la transforma en capricho o mero deseo. El libertinaje socava el núcleo mismo de la libertad, al dirigirla al placer o satisfacciones superfluas.

Una verdadera sociedad de libertades no es aquella donde sus integrantes persiguen de modo desesperado hacer todo lo que quieren, viendo a los demás como enemigos o amenazas a su propia libertad individual; una real sociedad de libertades será aquella donde el concepto central sea la libertad del ser humano rectamente entendida, unida a la responsabilidad, reconociendo la natural sociabilidad humana y compartiéndola con el otro, al final de cuentas, con el prójimo.

¡¡Gracias querido G.K. Chesterton por recordarnos donde mora la verdadera libertad!!

JOSÉ IGNACIO CONCHA CASTRO\*

## EL DÍA DESPUÉS DE LA PÍLDORA

La puesta en consulta pública de una versión actualizada de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad ha reabierto el debate sobre la *píldora del día después*. Esta vez la polémica se ha centrado en su entrega a menores de 14 años sin autorización de los padres. El documento califica de *menores maduros* a todos los niños mayores de 10 años. El Ministerio de Salud ha sostenido que ello se ajusta a la Ley N° 20.418, aprobada en el primer gobierno de Michelle Bachelet, según la cual la información a los padres debe darse con posterioridad.

La controversia sobre este punto, sin duda relevante, ha pasado por alto la discusión sobre cómo funciona la *píldora del día después*, compuesta por una o dos dosis de *Levonorgestrel*, es decir, qué hace la píldora “después” de haber sido ingerida. No hay duda de que tiene eficacia –limitada– para evitar la fertilización de un óvulo, pero, ¿qué sucede si ya se ha producido la fecundación y estamos ante un nuevo ser humano en sus primeras etapas de desarrollo? Las Normas Nacionales, basándose en estudios casi todos del doctor chileno Horacio Croxatto, sostienen que la píldora en ese evento es inocua. Su efecto sería exclusivamente anticonceptivo, nunca abortivo.

---

\*Director del Centro de Estudios Sociedad Libre.

No obstante, el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos de 30 de junio pasado en el caso *Hobby Lobby* constituye una prueba de que el compuesto químico en las dosis indicadas sí es capaz de inducir microabortos. La cuestión litigiosa se centró en la invocación de ciertas empresas familiares, *Hobby Lobby* y *Conestoga Wood*, de que el mandato contraceptivo del sistema de seguro legal vulneraba su libertad religiosa, al obligarles a financiar la provisión de sustancias que causaban la muerte de criaturas ya concebidas. Las familias dueñas de ambas empresas sostuvieron que por sus convicciones religiosas –evangélicas en el caso de *Hobby Lobby* y menonitas en el caso de *Conestoga*–, si bien no se oponían a las drogas y dispositivos que evitaban la fecundación, sí debían hacerlo respecto de cuatro que a su potencia anticonceptiva añadían un efecto abortivo. Dos de estas drogas constituyen lo que aquí conocemos como *píldora del día después* (*morning-after pill*).

Durante los largos procesos que culminaron en el tribunal de la más alta jerarquía en toda la nación estadounidense, nunca se puso en duda lo que afirmaban los demandantes sobre la eficacia abortiva de los fármacos. Ni siquiera el organismo público demandado, *Health and Human Services* (HHS), cuestionó este punto. Kathleen Sebelius, directora de los HHS, declaró con total transparencia que el concepto de *contraception* utilizado por el sistema de seguro de salud no estaba limitado a drogas idóneas para prevenir la fecundación, “*sino que se extiende a las que bloquean la implantación de un embrión humano en desarrollo*”. Basta mirar la página web de la más alta autoridad sanitaria en ese país, la *Food and Drug Administration* (FDA), para verificar que la pastilla allí llamada “Plan B”, a base de Levonorgestrel, tiene como efecto típico impedir que el huevo fertilizado se implante en el útero.

En el fallo de la Corte Suprema, y por la unanimidad de las opiniones de los jueces, tanto de los cinco que estuvieron por acoger la objeción de conciencia como de los cuatro que disintieron, *el efecto abortivo de este tipo de contraceptivos es indudable*.

A la luz de estos antecedentes, para nada interesados, resulta necesario reevaluar que las Normas Nacionales permitan la entrega, como anticonceptivo de emergencia, de la *píldora del día después*, tanto para las supuestas “menores maduras” como para niñas mayores de 14 años. De lo contrario, no se estará dando leal cumplimiento a la Ley N° 20.418, que expresamente exige que “*no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto*”.

HERNÁN CORRAL T.\*

---

\*Publicado en VivaChile.org, el 1.8.2014.

## EXISTENCIA LEGAL Y CIRUGÍA *IN UTERO*

Mientras la presidenta Bachelet reafirma, en entrevista al diario *El País*, el propósito de su gobierno de autorizar el aborto en tres supuestos, la ciencia médica sigue progresando en considerar al concebido como un paciente susceptible de tratamientos e incluso cirugías. Así ha quedado de manifiesto en un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago. El conflicto se debió a que una isapre se negó a cubrir los gastos de una operación prenatal a través del sistema AUGE, porque el catálogo de enfermedades catastróficas solo contempla la posibilidad de efectuar la cirugía después del nacimiento y, además, con un determinado prestador. Los padres invocaban que, gracias a los adelantos de la medicina, en otra clínica nacional existía un equipo médico que podía realizar con éxito la cirugía durante la gestación, lo que evitaba que la niña –era un feto de sexo femenino– sufriera secuelas irreversibles.

La criatura padecía de espina bífida, una malformación congénita del tubo neural que provoca que parte de su columna quede abierta y expuesta al líquido amniótico. El nuevo tratamiento consiste en extraer al feto, cerrar la zona abierta con microcirugía y devolverlo luego al vientre materno, para que prosiga por unas seis semanas más la gestación, hasta que se produzca el nacimiento.

Comprendiblemente, los padres prefirieron este tratamiento *in utero*. El feto fue operado y más tarde la niña nació en un parto por cesárea. La isapre, sin embargo, se negó a reembolsar el gasto por los motivos referidos. La Corte acogió el recurso de los padres y ordenó a la isapre cubrir la operación prenatal y el parto. Según el fallo, la Constitución “*asegura a todas las personas el derecho a la vida, incluyendo expresamente la vida del que está por nacer, lo que implica que esta garantía no sólo contempla la vida como fenómeno opuesto a la muerte, sino que la protección empieza al feto que está en el vientre materno, su nacimiento y desarrollo de vida, con una cualidad que comprende la prolongación de ella en la mejor forma posible y que la medicina puede entregar*”. Agrega que “*ninguna norma legal o contractual tiene preferencia sobre este derecho constitucional*”.

El reciente caso, que por lo demás viene a ratificar lo que ha sido una jurisprudencia judicial y administrativa uniforme, contrasta con la negativa de la delegación chilena ante la ONU a acoger la recomendación del Consejo de Derechos Humanos, en cuanto a “*defender y respetar los derechos de la persona humana desde el momento de la concepción hasta la muerte natural*”. La explicación del rechazo es insólita: “*el ordenamiento jurídico chileno –dice– establece que la existencia legal de toda persona humana principia al nacer*”. O sea, según el informe del Estado de Chile, la isapre hubiera podido negarse a cubrir la cirugía intrauterina de la niña en gestación, desconociendo su condición de paciente.

Se trata de una *torpe extrapolación* del art. 74 del Código Civil que alude a la *existencia legal* como sinónimo de capacidad para adquirir herencias y bienes patrimoniales (la que se consolida con el parto), pero que de ninguna manera niega que el concebido sea jurídicamente persona, ya que según el mismo Código lo son “*todos los individuos de la especie humana*” (art. 55). Por su parte, la Constitución, como bien señala la Corte de Apelaciones, incluye la protección de la vida del que está por nacer entre los derechos que se aseguran a “*todas las personas*”.

Lo paradójico es que si fuera cierto lo que afirmó la delegación chilena, el Estado estaría incurriendo en flagrante violación de relevantes instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención de Derechos del Niño, que ordena la protección del infante “tanto antes como después del nacimiento”, y el Pacto de San José de Costa Rica, que declara que todo ser humano “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

HERNÁN CORRAL T.\*

## EL PLURALISMO INTOLERANTE

Encontrar un ateo entre los dirigentes de una asociación de estudiantes cristianos o a un musulmán entre los líderes de la asociación de universitarios judíos ortodoxos, puede parecer insólito. Pero no cabe excluirlo a partir de ahora en las universidades de EE.UU., donde las medidas antidiscriminación se están aplicando con el furor y la rigidez que caracteriza a las causas “políticamente correctas” en América.

En diversas universidades se ha retirado el reconocimiento a asociaciones de estudiantes evangélicos porque se niegan a plegarse a la exigencia de la Universidad de que cualquier alumno, independientemente de sus ideas religiosas, pueda ser candidato a dirigir cualquier grupo, aunque sea una asociación de base religiosa.

Esta colisión entre la libertad religiosa y las políticas antidiscriminación, está dando lugar a conflictos en distintas universidades, según cuenta *The New York Times* (9-06-2014). Por ahora afecta sobre todo a los evangélicos, pero puede aplicarse a cualquier otro grupo religioso en el futuro.

En Vanderbilt, más de una docena de grupos evangélicos y uno católico han perdido su estatus oficial de asociación reconocida, por no aceptar la cláusula que prohíbe exigir unas determinadas creencias religiosas en la selección de sus líderes. Al burócrata de turno le pareció inadmisibles que en la lista de cualificaciones para ser líder de uno de esos grupos se exigiera tener “un compromiso personal con Jesucristo”. Quizá si se tratara de exigir al líder un compromiso personal contra el cambio climático, la cosa sería distinta. Pero con Jesucristo... ¡qué ocurrencia!

Todas estas tensiones han surgido por la preocupación de que nadie excluya a determinadas minorías, en particular a gays y lesbianas. Pero los grupos evangélicos afirman que ellos abren sus actividades a todos los alumnos, incluidos gays y no creyentes. Aunque, habida cuenta de que sus líderes dirigen actividades que incluyen el estudio de la Biblia y reuniones de oración, requerir un mínimo de fe cristiana en los dirigentes no parece un signo de intolerancia. A su juicio, la política antidiscriminación se está utilizando contra ellos, porque a las autoridades universitarias no les gusta su cristianismo conservador.

El castigo por no someterse a la política oficial supone que estos grupos sufren la discriminación de no poder acceder a los beneficios que disfruta cualquier

---

\*Publicado originalmente en *El Mercurio/Santiago*.

asociación universitaria, como utilización de locales, tableros de anuncios, actividades financiadas con la matrícula...

La intolerancia oficial se presenta como un modo de defender la diversidad. Pero más bien es un *ataque contra la libertad de asociación y la libertad religiosa*. Las políticas antidiscriminación están dirigidas a evitar que nadie sea excluido de una asociación por motivos que nada tienen que ver con la actividad de que se trate. Como que nadie sea excluido de un equipo de fútbol por ser negro o que no se impida que el presidente de un club de escritores sea homosexual. Pero parece bastante razonable que no se admita en un club de vegetarianos al que se presenta a las reuniones comiendo una hamburguesa.

Al exigir que no se pueda excluir a nadie por sus creencias en una asociación de carácter religioso, lo que se está diciendo es que las ideas religiosas son tan irrelevantes como la longitud del cabello.

La verdadera libertad es no prohibir ni discriminar a nadie por el hecho de que se asocie con quien quiera para actividades lícitas. Así se respeta el pluralismo de ideas y de actividades. Pero imponer la diversidad de ideas en el seno de cada institución, solo lleva a desvirtuar el pluralismo.

La Rochefoucauld decía que "la hipocresía es el homenaje que el vicio rinde a la virtud". Parafraseándolo, podríamos decir que también es el homenaje que la intolerancia rinde al pluralismo.

JULIO ARÉCHAGA\*

## EFFECTOS NADA TERAPÉUTICOS DE LA MARIHUANA

Después de que se permitiera usar marihuana con fines terapéuticos en algunos estados norteamericanos, otros han dado un paso más. Colorado (desde el principio de este año) y Washington (a partir del próximo 1 de julio) han autorizado la venta para consumo por placer, con regulaciones similares a las de las bebidas alcohólicas.

A medida que aumenta la tolerancia y se consume más abiertamente, el cannabis gana buena fama. Una encuesta encargada por el Instituto Nacional sobre Drogas (NIDA), dependiente del gobierno federal, descubrió el año pasado que el 60% de los alumnos de último curso de secundaria (17-18 años) creen que la marihuana no es dañina (ver *Aceprensa*, 23-12-2013). Eso es un error, según ha vuelto a advertir un *trabajo* publicado la semana pasada por investigadores del NIDA.

Los autores revisan los estudios existentes sobre los efectos del cannabis, y concluyen que están bien documentados algunos claramente perjudiciales. Dificulta la coordinación motriz, lo que resulta particularmente peligroso cuando se maneja un vehículo. Disminuye la memoria inmediata, de suerte que hace costoso adquirir y retener informaciones nuevas: este efecto dura varios días después del consumo.

---

\*Publicado por el autor en su blog El Sónar, <http://blogs.aceprensa.com/elsonar>.

Los perjuicios son más graves para los adolescentes, probablemente porque a esa edad el cerebro aún está en desarrollo. Así, la marihuana crea adicción en el 9% de los consumidores; pero la proporción sube al 17% si se empezó de joven (y al 50% si se toma a diario). Los que la consumen con frecuencia en su juventud experimentan un descenso del coeficiente intelectual, que se mantiene en la edad adulta aun cuando ya hayan dejado la droga (ver *Aceprenta*, 29-08-2012, sobre un estudio al que remiten los investigadores del DINA).

Además, entre los consumidores de marihuana hay más frecuencia de fracaso escolar, pobreza, delincuencia y otros males de tipo social. Pero en este caso es difícil determinar el grado de influencia.

Los autores advierten que los estudios revisados se refieren en general a formas de consumir marihuana (por ejemplo, fumada) que dan una concentración relativamente baja de THC, el principal componente psicoactivo del cannabis. Pero hoy se están difundiendo preparados más potentes, y eso es lo que sucede desde luego en Colorado.

Pasados cinco meses desde la legalización en Colorado, se ha empezado a notar malos síntomas, cuenta *The New York Times*. Ha habido dos muertes causadas bajo los efectos de la marihuana. Un hombre empezó a delirar y mató a su esposa; un estudiante de 19 años sufrió una reacción similar y se arrojó desde una ventana.

Ambos habían tomado caramelos con cannabis, que son más potentes y, por lo visto, más peligrosos. Además, han llegado a manos de niños, aunque solo pueden comprarlos los mayores de edad. El Hospital Infantil Colorado comunica que este año han llegado a urgencias nueve niños por haber consumido marihuana, seis de ellos graves.

Por otro lado, la policía de algunos lugares dice que han subido las detenciones de conductores intoxicados con cannabis y las aprehensiones de marihuana sacada de contrabando a otros estados. Y que, a cambio, no se ha reducido el mercado ilegal de la droga. Pero no ha pasado tiempo suficiente para comprobar esos datos, y los defensores de la legalización alegan que son hechos aislados.

Sin embargo, aun entre los de ese campo se pide una regulación más estricta del cannabis comestible. En particular se plantea bajar el contenido máximo permitido de THC y endurecer las normas de etiquetado.

ACEPRENSA\*

## AUMENTO DEL CONSUMO DE MARIHUANA EN NIÑOS Y ADOLESCENTES

Las Sociedades Científicas de Neurología, Psiquiatría y Neurocirugía (SONEPSYN), de Pediatría (SOCHIPE), de Psiquiatría y Neurología de la Infancia y la Adolescencia (SOPNIA), Colegio Médico de Chile, la Facultad de Medicina de la Universidad de Santiago, el Centro de Estudios de las Adicciones CEDA UC de la Pontificia

---

\*Publicado originalmente por *Aceprenta*, [www.aceprenta.com](http://www.aceprenta.com).

Universidad Católica de Chile y la Clínica Psiquiátrica Universitaria de la Universidad de Chile, hacemos notar nuestra profunda preocupación por el aumento –sin precedentes en nuestro país– en el consumo de marihuana en la población escolar.

Se confirma que la combinación de una disminución en la percepción de riesgo, junto con un mayor acceso a la marihuana, se asocia a un aumento del consumo, tal como lo reporta sistemáticamente la literatura científica. Además de la disminución en la percepción de riesgo en los adolescentes, consideramos que la caída en la desaprobación parental del consumo es consecuencia de un discurso liviano y poco responsable que se ha venido instalando progresivamente en la opinión pública, que minimiza los efectos nocivos del consumo de marihuana –como el riesgo de adicción, deserción escolar, disminución del CI, psicosis, accidentes de tránsito y bronquitis crónica entre otros– publicados extensamente en la literatura científica.

Erróneamente algunos asumen que las propuestas en políticas de drogas destinadas, en teoría, a regular la conducta de los adultos, no afectarán los hábitos de consumo de niños y adolescentes, desconociendo de manera sorprendente la lamentable experiencia nacional y mundial con el consumo de alcohol y tabaco. Cuando decimos que el consumo de marihuana es un asunto de salud pública, no queremos decir que se legalice, decimos que hay que redoblar los esfuerzos para proteger la salud.

Hacemos un llamado a los padres para que no se dejen confundir por mensajes ambiguos, que principalmente desinforman. Los llamamos a proteger la salud de sus hijos y a fomentar una ética del cuidado y del bienestar.

Podemos afirmar categóricamente que la marihuana es dañina para los jóvenes y su consumo debe desincentivarse para proteger su salud. Llamamos a los jóvenes a que cuiden sus cerebros y su salud en general, ya que los necesitamos no sólo en el futuro, sino también en este importante momento histórico de la educación de nuestro país. También llamamos a las instituciones educativas, los profesores y la comunidad educativa en su conjunto, para proteger la salud de los estudiantes que pasan gran parte del día en los establecimientos. Además invitamos a los medios de comunicación para que tomen conciencia de su poder y a utilizarlo para mejorar la salud de nuestra población, en especial de los menores de edad. También solicitamos a las autoridades de SENDA y MINSAL que redoblen sus esfuerzos para proteger la salud de los niños y adolescentes de nuestro país a través de la implementación de programas de prevención y tratamiento de calidad. Por último, solicitamos al gobierno y diputados y senadores, intervenir seriamente en el fenómeno del consumo de drogas que profundiza aún más las inequidades en nuestro país.

A pesar del desfavorable panorama en el consumo de marihuana que muestra el último Estudio de drogas dado a conocer el viernes último por SENDA, la significativa disminución del consumo de tabaco entre nuestros jóvenes evidencia la importancia de contar con un discurso social coherente y responsable que desincentive sistemáticamente el uso de sustancias dañinas para la salud.

Esperamos que los esfuerzos realizados en la implementación de políticas públicas para controlar los daños producidos por el tabaco, se repitan frente a la marihuana y otras sustancias adictivas, manteniendo el foco en la protección de la salud, ya que toda vez que la promoción de la salud sea el objetivo fundamental de las propuestas de nuestras autoridades, contarán con el respaldo y el apoyo

de las sociedades médicas que nos ocupamos del estudio y tratamiento de los problemas relacionados con el consumo de alcohol y otras drogas.

Dres. Carlos Ibáñez y Mariano Montenegro de SONEPSYN

Dr. José Luis Castillo, Presidente de SONEPSYN

Dr. Juan Maass, Secretario General de la SONEPSYN y Jefe de Programa de Post Grado en Psiquiatría Adultos de la USACH

Dr. Enrique Paris, Presidente del Colegio Médico de Chile

Dres. Humberto Soriano, SOCHIPE y Paula Donoso y Verónica Gaete, representantes de la rama de adolescencia de SOCHIPE, Hernán Sepúlveda, Presidente de SOCHIPE

Prof. Dr. Alejandro Maturana y Dra. María Alicia Espinoza de SOPNIA, Dra. Viviana Venegas Presidente de SOPNIA

Prof. Dr. Humberto Guajardo, Decano de Facultad de Medicina, USACH

Prof. Dra. Katia Gysling y Dr. Daniel Martínez, Ps. Lorena Contreras CEDA y PADEU de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesores Dres. Luis Risco y Julio Pallavicini, Departamento de Psiquiatría Norte, U. de Chile

Santiago 28 de julio 2014

## REFLEXIONES FUERTES

### I. EL SESGO EN LOS MEDIOS

Las preguntas son recurrentes: ¿por qué muchos medios de comunicación deforman en Chile la realidad del modo que lo hacen? ¿Cómo se expresa esa desviación? ¿En qué medida efectivamente sesgan lo que pasa? ¿Qué consecuencias sociales y políticas tiene esa deformación? ¿Qué se puede hacer para terminar con esta lacra?

Ya hemos hablado antes de *Left Turn*, el notable libro de Tim Groseclose, de la editorial St. Martin's Griffin, New York, 2011.

Ahí están las respuestas para los EE.UU., fruto de una acuciosa investigación de muchos años siguiendo a 20 medios radiales, televisivos y escritos de influencia nacional.

Es imprescindible que ese mismo trabajo se haga en Chile, como tesis doctoral o de magíster y que pueda ser discutido a fondo.

Por ahora, conozcamos las respuestas de Groseclose a varias de esas preguntas y constatemos la notable aplicación de esos supuestos y conclusiones a nuestra propia realidad nacional.

—¿Por qué muchos medios de comunicación deforman la realidad del modo que lo hacen?

*Groseclose*: Los periodistas son diferentes de nosotros. En una típica elección presidencial, los corresponsales en Washington votan 93-7 por el demócrata, mientras el resto de los EE.UU. lo hace casi 50-50. Todos los análisis de otros grupos ultraprogresistas del país dan máximo 92% de voto para los demócratas, incluso combinando varias afiliaciones. Los analistas desde la izquierda siempre han sostenido que aunque las miradas personales de los periodistas pueden ser progresistas, cuando hacen juicios políticos los hacen como si fueran personas de centro. Nuestros resultados muestran, por el contrario, que no es así.

Está perfectamente estudiado lo bien que les hace a las salas de prensa la diversidad. Lo curioso es que habitualmente está referida a materias raciales, no a los puntos de vista políticos. Cuando una sala de prensa está, como lo están, completamente sesgada hacia el progresismo, se puede estar casi seguro de que el reportaje habrá sido elaborado por un izquierdista. Pero, además, ese ambiente incide mucho en los pocos periodistas conservadores que hay dentro de esa sala. Serán tratados a veces como si no existiesen o serán minusvalorados como agentes del mal o subhumanos.

Además, como no todos los progresistas tienen las mismas posiciones, cuando son tan enormemente mayoritarios en la sala de prensa, las posturas de corriente progresista principal pasan a ser moderadamente progresistas y las de extremo izquierdismo se colocan en situación de corriente principal.

–¿Cómo se expresa esa desviación?

*Groseclose*: Por sesgo entiendo el grado en el cual un medio de comunicación difiere del centro de la visión política americana. Parece que las citas vienen desde perspectivas balanceadas, pero no es así. Hay muchas asimetrías, una de las cuales está en el modo de presentar a quien es citado. Y, por cierto, los periodistas ya están sesgados por los temas que escogen. Hay factores que están más allá de la verdad por los cuales se decide si se debe o no hacer un reportaje. Hay muchos temas conservadores que no son reportados porque hay muy pocos periodistas conservadores. Es imposible saber cuántos temas conservadores están faltando o cómo habrían sido esos reportajes si los pudiéramos tener. Además, buena parte de los sesgos tiene que ver con las palabras utilizadas y con los silencios de opiniones.

–¿En qué medida efectivamente sesgan lo que pasa?

*Groseclose*: La gente habitualmente confunde el sesgo de un medio, en relación con el de otro, con un sesgo absoluto. Un medio que parece conservador, más bien podría ser de centro o incluso inclinarse a la izquierda, mientras los demás están muy a la izquierda. Con todas las correcciones estadísticas imaginables, el cociente de sesgo de los 20 medios analizados es de 62,6 a 62,1, mientras el centro político está en 50,4.

–¿Qué consecuencias sociales y políticas tiene esa deformación?

*Groseclose*: El sesgo de los medios se nutre a sí mismo. El sesgo hace que nosotros seamos más izquierdistas, lo que nos hace menos aptos para detectar el sesgo, lo que les permite a los medios sesgarse aún más, lo que nos hace a nosotros aún más izquierdistas y así sucesivamente. Los efectos de los sesgos de los medios son reales y significativos. Mis resultados sugieren que los sesgos ayudan a los candidatos demócratas entre 8 y 10 puntos porcentuales en una elección típica.

–¿Qué se puede hacer para terminar con esta lacra?

*Rojas*: Constituya un grupo de análisis con un par de amigos, para seguir a un medio concreto durante seis meses, de acuerdo a parámetros que podemos proporcionarle. Hablemos.

## II. ¿CUÁNDO SE ODIAN?

En Chile se ha reactivado el debate sobre las ideas. En buena hora: es la única manera de mostrar la superioridad de un orden social libre sobre los proyectos de corte socializante.

En educación y en tributos, en energía y en familia –entre muchos otros– se está haciendo más explícita la confrontación entre libertad responsable y controlismo centralizado.

Pero no está ahí la controversia fundamental.

Más al fondo de las ideas y de las políticas concretas, en aquel resorte último llamado corazón (o espíritu, o conciencia, diría Havel) es donde confluyen y se confrontan las visiones más profundas sobre la persona humana. Cada vez que se debate sobre carreteras o currículos, sobre emprendimiento o equidad, lo que está en juego es una concepción de lo que somos y de lo que deberíamos llegar a ser.

¿Y alguien podría negar que desde hace más de cien años solo el marxismo ha sido capaz de enfrentar a la visión cristiana de la vida con una densidad equivalente?

Por eso importa tanto saber si una persona pertenece a un mundo o al otro. Por eso interesa tanto descubrir algún criterio que pueda dividir las aguas, para distinguir entre la vertiente pura y la charca podrida, entre cristianismo y marxismo.

El odio: no hay mejor reactivo que el odio, para saber quién es quién; o quiénes buscan construir y quiénes... destruir.

Odian los que adjudican una maldad estructural al corazón de otros, simplemente porque esos otros tienen unos determinados apellidos o viven en unos ciertos barrios o van a unos específicos colegios o pagan salarios a terceros. No rechazan sus comportamientos o sus teorías, a veces repudiables; odian a sus personas.

Odian los que en sus escritos usan sustantivos, adjetivos, verbos y adverbios con los que ametrallan, sin fundamentar. Si se afirma que alguien es explotador o corrupto, se deben dar las pruebas. ¿No las aportan? Entonces hay odio.

Odian los que falsifican la historia: ellos tenían nobles ideales, mientras que quienes los derrotaron en el campo de batalla que ellos mismos propusieron, solo se habrían movido por criminales intenciones.

Odian los que han repetido y enseñan a repetir –triste mantra– que no hay perdón ni olvido, porque así aniquilan la muy humana y cristiana tendencia a curar las heridas y a enseñarle al agresor cómo debe corregirse, ya que sin perdón la herida siempre sangrará.

Odian los que impulsados por las tendencias anteriores renuncian al diálogo y se lanzan a la agresión física. Discurren intelectualmente sobre supuestas estructuras de violencia, pero no las enfrentan desde su muy sutil inteligencia, sino que prefieren derrotarlas con el fusil y el paredón.

Pero y los que denuncian y enfrentan estas actitudes ¿odian también?

Depende.

Si alguien concluye de todo lo anterior que “el mejor rojo es el rojo muerto”, está completamente equivocado. Es un marxista inadvertido porque desea la confrontación donde debiera buscar la conversión. Odia.

Pero si alguien teme más al juicio de Dios que al de los hombres, denunciará al marxismo aun a riesgo de ser personalmente ofendido y agredido. Qué importa que se le impute lo indemostrable. Tremenda cosa, ¿qué más da?

¿Y si alguien calla por temor a ser odiado? Pobre sujeto. Pasará inadvertido, será uno de esos centristas sin pena ni gloria.

Queda todavía una última especie. La de aquellos cristianos que tienen la intuición de que el marxismo está equivocado, pero sienten una inclinación irresistible hacia esa ideología. Si alguien discurre siempre al revés, es decir, adjudica de entrada la razón a sus adversarios y el error a sus hermanos, ¿odia?

No, por cierto que no. El odio es culpable; la ingenua frivolidad es solo adolescencia.

### III. HABLANDO DE VIOLENCIA

Un auto acribillado y tres barristas muertos. Una más de las acciones de violencia que tienen lugar en nuestra sociedad. “*De dónde ha salido todo este horror? ¿En qué momento se metió en el corazón humano toda esta maldad?*” Es lo que se preguntan cientos de miles de chilenos.

Esta es la cadena de la violencia: yo tengo autonomía plena; si algo no me parece bien, estoy siempre en lo correcto y tengo derecho a que me den la solución; la culpa de mis problemas la tienen otros; pero ellos no me harán caso alguno respecto de lo que necesito; por lo tanto, sólo me cabe agredirlos para encontrar respuesta a mis demandas.

Se construye una posición de superioridad y desde ahí se pretende rendir al enemigo. No interesan ni se aceptan razones. Jorge Millas lo explicaba en su notable *La Violencia y sus Máscaras*: “*El verdadero problema surge cuando la inteligencia misma, y en términos más generales, la espiritualidad del hombre –medio despierta, medio embotada– fortalece (a la violencia) con sus recursos y encubre su fea apariencia con modos intelectuales, espirituales, de justificación y disimulo*”.

La víctima es simplemente la encarnación del mal y hay que extirparlo. La represión –detención, interrogatorios, juicio, condena– es también parte del ritual, porque engendra otras semillas de violentistas, ya que éstos son superiores a la sociedad que les aplica la represión y, por lo tanto, no se atemorizan con ella.

Pero no se piense que la víctima directa es sólo el efectivamente mutilado o asesinado. Esa mirada reductora olvidaría que toda una sociedad queda paralogizada cuando teme al sufrimiento causado por la violencia. Y el violento conoce bien esa debilidad humana. Al fin de cuentas, no es un robot, tiene conciencia, delibera. Cuando decide aplicar la violencia, selectiva o generalizada, es que lo ha pensado muy a fondo. No es un exabrupto.

La estrategia del minimalismo violentista apunta justamente a que no se le dé mayor importancia a cada uno de sus actos. Que importen poco, que digan mucho. Pero, considerados en su esencia, ninguno de esos actos es pequeño. Todos llevan por fuera y por dentro la etiqueta del mal, por varias razones.

Por una parte, porque a veces agreden a personas objetivamente importantes, a las que buscan privar de sus legítimas dignidades. Por otra, porque estimulan la perpetración de acciones similares, generando una reacción en cadena. En tercer lugar, porque consiguen publicidad, en un mundo donde la normalidad es despreciada. Como cuarta razón, porque animan a sumarse a cuanto individuo disfuncional esté disponible; después, porque confunden a los tribunales de Justicia y, finalmente, porque corren el límite de lo aceptable: un bombazo es rareza, cinco son habitualidad, cincuenta se presentan como expresión popular.

Pero el más grave de todos sus objetivos es otro: simplemente asustar, amedrentar, aterrorizar. Cada acto de violencia tiene un sentido mediador, sacramental.

Quienes la promueven descubren que la fascinación de sus seguidores ya no es la misma que tenían en el día primero; comprueban el cansancio y la frustración. Comienzan entonces a hablar de desgaste. Lo que les interesa no es cortar con la violencia que ellos mismos han generado, sino simplemente darle una pausa para reconducirla por otra vía. Porque la palabra “*desgaste*”, no es realmente el reconocimiento de los amargos frutos de la violencia, ni mucho menos una toma de

conciencia del deterioro humano que produce en quienes la practican. Desgaste significa sencillamente pausa, giro y a comenzar por otro lado.

¿Qué explica esta tendencia criminal? No es la locura. Que nunca más se diga que el violentista está loco, porque eso lo haría moral y jurídicamente irresponsable. Es el odio lo que fundamenta la violencia.

De todo esto y mucho más, hablaremos esta tarde de jueves 21 de agosto en el Memorial de Jaime Guzmán, a las 19. Bienvenidos.

#### IV. ¿QUIÉNES PROMUEVEN LA VIOLENCIA

Que no se nos olvide la violencia política. Como los bombazos ya pasaron, como parece que ya pillaron a los malos... algunos piensan que podríamos volver a nuestras rutinas. No: eso sería negligencia grave.

A las policías les corresponde un trabajo intenso para dar con las redes de apoyo a los autores; a los tribunales, hacerse seriamente cargo de las eventuales responsabilidades; a los parlamentarios, estudiar modificaciones a la legislación. Pero hay otra dimensión, una más profunda, a la que no se presta suficiente atención, quizás por frivolidad, quizás por miedo. Se trata de la denuncia de los promotores de la violencia revolucionaria, de esos especuladores con la vida ajena, de los que animan a sus alumnos a las aventuras de la sangre mientras ellos permanecen cómodamente sentados en una cátedra universitaria.

Son muy conocidas las tesis leninistas y trotskistas y el modo como cientos de intelectuales y educadores las han promovido por décadas entre los jóvenes. Pero hay muchas otras dimensiones de la prédica de la violencia en Chile.

Están los que han diseminado entre sus alumnos la existencia de una supuesta violencia estructural. Declaradamente cristianos algunos, abiertamente marxistas otros, todos ellos han justificado bombas y metralletas, frentes y guerrillas, como lógica reacción a las injusticias. Para esos individuos no existe el diálogo democrático, no hay más salida legítima que una u otra variante del tiro en la nuca.

A ellos se suman los que veneran a Nietzsche y su promoción de los actos de creación destructora y de destrucción creadora, junto a los que divulgan a Gramsci, promotor de la estrategia de la guerra de posiciones, método para disputar la hegemonía en la sociedad.

Menos conocidos, pero notablemente atractivos son los promotores de las tesis de Frantz Fanon, apoyadas por el prólogo de Jean Paul Sartre en "Los condenados de la tierra". Ahí Sartre afirma que solo "la violencia, como la lanza de Aquiles, puede cicatrizar las heridas que ha infligido". Y Fanon estima que la violencia "es el hombre mismo reintegrándose", por lo que "matar a un europeo es matar dos pájaros de un tiro, suprimir a la vez un opresor y un oprimido: quedan un hombre muerto y un hombre libre". ¿Existen en Chile los divulgadores de Fanon? Por cierto: pregunte por el profesor Jaime Huenún.

Del Che Guevara tenemos abundantes referencias. ¿Qué les enseñaron en reciente charla los individuos del Frente Manuel Rodríguez a los alumnos del Instituto Nacional si no que "el odio implacable hacia el enemigo nos impele por

encima y más allá de las naturales limitaciones del hombre y nos transforma en una efectiva selecta y fría máquina de matar”, como afirmaba el Che?

A Mijail Bakunin lo dan a conocer decenas de páginas anarquistas en las que se anima a destruir el Estado. Y aunque sus seguidores usen polerones de la UCLA o de Michigan, no trepidarán en dinamitar lo que huele a capitalismo.

¿Qué tiene de extraño, entonces, que en los muros de nuestras ciudades se lean recomendaciones como “Mata a tu rector” o “Muerte al cerdo capitalista” o “La única Iglesia que ilumina es la que arde” o que el Rumpi haya dicho a media tarde por radio: “Yo sería partidario de ir y quemar la catedral, hueón, con todos los curas adentro”?

Los no-violentos-activos hacen también su promoción. Luis Mariano Rendón encabezó al grupo que invadió la sede senatorial y definió la correría de adultos y adolescentes que culminó en escalamiento de mesa, escupitajos y gritos desaforados contra ministros, parlamentarios y rectores, como un acto de no violencia, de desobediencia civil. Sencillo.

De todas esas formas se cultivan los bombazos.

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ\*

---

\*Publicados en VivaChile.org. con la gentil autorización del autor.

## LA FATAL TENTACIÓN IDEOLÓGICA

Chile parece estar enfrentando una fatal tentación ideológica, dejando de lado el más elemental sentido común. Fatal, porque puede llegar a echar por la borda los sacrificios realizados por millones de chilenos durante cuarenta años con el propósito de situar al país en el umbral del desarrollo económico. Sí, a pesar de todo aquello que aún falta por hacer y mejorar para que tal desarrollo sea mayor, alcance a cada compatriota y sea más justo e integral. Fatal, porque cierra las puertas al realismo y a la auténtica razón práctica que debe guiar la conducción del destino patrio, permitiendo reconocer aquello que se ha avanzado y, desde esa base, facilitar la adopción de decisiones adecuadas para consolidar los logros y corregir las falencias. Fatal, porque genera cerrazón, entorpece el diálogo verdadero y crispa los ánimos, es decir, divide. Fatal, porque busca imponer una concepción *a priori* del hombre y de la sociedad, que adolece de severas faltas de entendimiento antropológico.

Se trata, además, de una tentación perceptible por doquier. En los planteamientos sobre la reforma tributaria, en las propuestas gubernamentales respecto a cambios sustanciales en el campo de la educación, en las modificaciones que se pretende llevar a cabo en materia del derecho a la vida de las personas por nacer, en la forma de encarar la creciente violencia ilegal en La Araucanía, en los llamados a conformar una asamblea constituyente para efectuar modificaciones a la Constitución Política de la República, en el impulso que se está dando a la denominada “*agenda de género*” y más.

La mencionada tentación ideológica se manifiesta, cada vez más clara y frecuentemente, en las formas y en el lenguaje utilizado. Proliferan en ellos las “*aplanadoras*”, las “*retroexcavadoras*”, los “*poderosos de siempre*”, etc. En fin, se trata del lenguaje maniqueo tan propio de las ideologías omnicomprensivas que separa, sin matices ni contemplaciones, entre buenos y malos, entre iluminados y errados, entre abusadores y abusados, entre amigos y enemigos... Se trasunta así una dialéctica de la irrealidad luchando por imponerse a la verdad de los hechos. Más aún, se trata de ideas preconcebidas y, en cierto modo, abstraídas de la realidad intentando “*crear*” voluntaristamente una nueva realidad. El Chile de 2014 trae reminiscencias de un fenómeno que muchos estimaban superado y abandonado, por inconducente, al olvido. Recuerda esa gran rémora del siglo XX: la aspiración desenfrenada por “*construir*” una sociedad nueva que diera cauce al advenimiento de un hombre también nuevo. Y, cómo no, liberado de todo mal gracias a la acción radical de una minoría esclarecida.

A diferencia del siglo pasado, donde el empeño ideológico-salvífico del hombre se encaminaba insoslayablemente a la esclavitud física del mismo, las más de las veces bajo un régimen del terror, en la actualidad éste se presenta con un rostro aparentemente menos amenazante, hasta amable. La acción política asociada a la visión ideológica contemporánea no parece materializarse –al menos, no necesariamente– en clamorosas pérdidas de libertad ciudadana o en masivas ocupaciones ilegales de propiedad privada, ni en el total control estatal

de la economía. Casi ocurre lo contrario, viene envuelta bajo un halo de derechos sociales fundamentales y libertades individuales irrestrictas. La tentación de hoy es todavía más seductora que la de antaño y, por lo mismo, tal vez más peligrosa. Apunta sus dardos más a la modificación del espíritu que de la materia, tornándose de este modo más imperceptible para quienes experimentan su influjo. Aunque fiel a su origen, casi con seguridad, no descuidará nunca a la segunda, la que más temprano que tarde recibirá los zarpazos provenientes de las garras de los *iluminati*. Al fin de cuentas, las transformaciones culturales no resultan ser nunca gratuitas. Y en ningún sentido.

Durante los últimos meses destacados personeros, desde diversas tribunas, han planteado preocupación sobre los derroteros por los que, con inusitada rapidez, ha ido transitando el debate público y el acontecer nacional. Esos llamados de atención han procedido tanto del ámbito laico como del religioso, del mundo empresarial y de las asociaciones gremiales de profesionales, de la esfera universitaria y de la prensa, de políticos opositores y también oficialistas. ¿Están todos ellos equivocados en sus percepciones? Resulta difícil pensar que así sea. Sin embargo, la situación lejos de cambiar de rumbo muestra indicios de agudizarse. Todo está anunciado en un programa (cosa verdadera) y éste debe cumplirse. Si la porfiada realidad no se ajusta al programa, mal para ella.

Dos hechos no pueden pasar desapercibidos para nadie en relación a este respecto. Los sucesos que están ocurriendo no son obra de la casualidad. Y quienes impulsan premeditadamente los mismos, están firmemente convencidos de la conveniencia de llevar adelante la misión a la que se sienten llamados. No querer ver esta realidad es una ingenuidad inexcusable para quien ejerce posiciones de autoridad, liderazgo o influencia social. A unos y a otros la historia los juzgará, según corresponda, por la responsabilidad que les quepa en que la Nación pueda continuar por sendas de fortalecimiento o tome finalmente caminos de desvaríos que posteriormente haya que lamentar.

ÁLVARO PEZOA BISSIÈRES\*

---

\*Publicado en VivaChile.org. el 27.6.2014.

## INTOLERANCIA CONTRA LA REALIDAD

La clave para entender por qué crece la intolerancia e incluso se va instaurando como actitud respetable en EE.UU. y Europa y se hace amenazadora en otros continentes, creo que está en una vieja sentencia del escritor inglés George Orwell (1903-1950) cuando dijo: *“Mientras más se aleja una sociedad de la verdad más odiará a aquellos que la proclaman”*. Concuerta ese dictamen con lo que ha dicho más de una vez Benedicto XVI, que el fondo de la crisis actual de nuestra cultura consiste en el odio o desprecio de la verdad. Así se entiende también que la Iglesia Católica sufra tantos ataques y que crezca el martirio entre los cristianos.

Esta lucha contra la verdad, contra la realidad de que existen unas leyes morales universales y unas leyes de la naturaleza humana, se hizo primero bajo la bandera de la tolerancia, cuando la rebelión contra esa realidad estaba en minoría. Lo progresista entonces era admitir que sobre cualquier asunto existía el derecho a tener diversas opiniones y actitudes. En la medida en que han ido triunfando las construcciones ideológicas de la cultura de la muerte se ha ido viendo su debilidad intrínseca, su mentira, y entonces se necesita robustecerla implantando una dura intolerancia contra los que no están de acuerdo, que son discriminados y castigados como antisociales.

Crece la censura en los campus universitarios con motivo de las ceremonias de graduación; crece el *“lenguaje del odio”*, falsas leyes morales por las que la joven animadora del Mundial de Fútbol perdió un promisorio contrato con *L’Oréal* cuando se descubrió que era aficionada a la caza. Si no se aceptan los dogmas de la sexualidad implantados por el colectivo *LGTB* se puede perder el trabajo, como le pasó en Inglaterra a un magistrado cristiano forzado a dimitir porque rechazó dar niños en adopción a parejas homosexuales. Se obliga en los seguros médicos a promover las píldoras anticonceptivas incluyendo *“la del día siguiente”*. En EE.UU., tras una larga batalla legal, se triunfó contra la imposición del presidente Obama de que instituciones católicas tuvieran la obligación de dar anticonceptivos, efectuar abortos, promover la homosexualidad, etc.

Este progresismo intolerante se opone al progresismo clásico de que los derechos individuales merecen ser protegidos por igual, por la ley y por el gobierno. Ahora es abiertamente hostil a la libertad de conciencia y de expresión. El feminismo, ya lo vimos en un artículo anterior, llega al disparate irreal del género y su equidad. En otra vertiente de la intolerancia ideológica están los ecologistas como el naturalista David Attenborough que afirma que *“los humanos son una plaga sobre la Tierra”*, como si de un vuelo de langostas se tratara. ¿En qué sitio se coloca él en esta condena contra los humanos? ¿Él es una planta o pertenece a los grandes simios? El ecologismo ya no se ocupa de la conservación de los recursos naturales; su creciente objetivo es *“salvar”* al planeta de la superpoblación –cuando la realidad es justamente el creciente suicidio demográfico– y salvarnos del cambio climático como ellos quieren presentárnoslo, porque así es un buen negocio para muchos de ellos, pero en realidad es una falsedad que pocos, entre los que me cuento, se atreven a denunciarlo.

El sentido común ha sido expulsado del debate social. Se odia la verdad y se persigue a los que la defienden. Contra este totalitarismo disfrazado de equidad debemos promover la mejor de las tolerancias basadas en el amor fraterno; la auténtica libertad, inseparable de la responsabilidad moral; el valor de toda vida humana desde el cigoto; la dignidad y valor de los seres humanos muy superior al resto de los seres vivos; la verdadera justicia que no es igualitaria, sino “*discriminativa*” pues premia el bien y castiga el mal y da a cada uno lo suyo y no a todos por igual; y una legislación fundada en las leyes morales universales y que deben siempre tutelar el bien común de la sociedad.

LUIS FERNÁNDEZ CUERVO\*

---

\*Publicado en VivaChile.org. el 7.8.2014.

## EL CONTROL DE LA POBLACIÓN TIENE EL GERMEN DE SU PROPIA DESTRUCCIÓN (Y LA NUESTRA)

Uno de los mitos más difundidos por los promotores del control de la población es que el mundo se está quedando sin recursos: alimentos, energía y espacio. Ellos afirman categóricamente: *“Existe mucha evidencia que sugiere que la humanidad ya ha excedido los límites del planeta y viene minando la capacidad de la Tierra para sustentar la vida, incluyendo la vida humana”*. Esto repetía Robert Walker en un reciente debate con el presidente del Population Research Institute, Steven Mosher.

Las predicciones han estado muy de moda en los últimos 200 años. Voceros del movimiento del control poblacional han pronosticado repetidamente el inminente fin de la humanidad con la complicidad del sensacionalismo de los medios de comunicación. Una y otra vez la catástrofe final nunca llegaba a cumplirse.

Por supuesto, uno podría ignorar estos bien financiados *shows* mediáticos porque, si no me convencen, podría considerarlos inofensivos. La tentación es voltear la mirada y seguir con su vida. Sin embargo, no podemos ignorar que numerosos funcionarios de gobiernos poderosos han tomado este discurso como su Evangelio y vemos que no encuentran reparos en imponer este mito y el consecuente control poblacional a los países más pobres, a menudo por la fuerza.

Por tanto, entender la falacia del mito de la sobrepoblación es el primer paso para pensar con objetividad. Comunicarlo a otros es el comienzo de la destrucción de imposiciones indeseables y de los abusos que se cometen con los más vulnerables, generalmente mujeres de países pobres.

¿Por qué nunca se cumplen los desastres inminentes que anuncian estos futurólogos del control de la población? Simplemente porque asumen falsamente un modelo arbitrariamente estático de desarrollo tecnológico. Solo tienen en cuenta que los números absolutos de la población crecen y dejan de lado la variable del avance tecnológico. De modo que ven una *“bomba de población”* sin ningún tipo de solución. Dentro de esa lógica arbitraria, si la población crece de forma indefinida y no consideramos el avance tecnológico, la conclusión obvia es que no seríamos capaces de proporcionarnos suficientes recursos para sobrevivir.

Queda por analizar cuántos de estos profesionales del vaticinio son verdaderamente miopes y cuántos de estos alquilan sus servicios de maquillaje estadístico a unos políticos necesitados de argumentos *“científicos”*. En beneficio de la duda habría que decir que personas muy inteligentes e ilustres vieron cada uno en su época que los *“límites”* de su mundo ya se habían excedido. La sobrepoblación no es un fenómeno moderno *“descubierto”* por los demógrafos del siglo XX ni siquiera comienza con Thomas Malthus. Es un mito tan antiguo como Platón y Aristóteles.

La explosión de la bomba poblacional muchísimas veces anunciada nunca ha sucedido. El ritmo de avance tecnológico siempre ha sido más rápido que el crecimiento poblacional. Tan pronto aparecían los agoreros de la catástrofe basados en consideraciones parciales, aparecía muy pronto una solución tecnológica

y los “límites” crecían. De hecho, esta ha sido la constante en la historia de la humanidad. Para explicarla solo tenemos que echar mano del sentido común: los seres humanos no solo tienen una boca, tienen además un cerebro y dos manos. Producen, no solo consumen. Para una ilustración más completa les recomendamos la obra de Julián Simón, “*The Ultimate Resource*” (*El Recurso Primordial*).

Hoy en día, la población mundial es la más grande que nunca haya existido. Y en este sentido, la humanidad nunca ha sido más exitosa venciendo los “límites” que en la actualidad. Y aunque este éxito se ve empañado por la existencia de muchas personas que todavía viven en pobreza extrema, esta pobreza no se debe a “límites” en la disponibilidad de recursos, sino a la injusta distribución de los bienes. Unos derrochan, desechan o acaparan inútilmente lo que otros necesitan.

La filosofía del control de la población tiene un concepto pesimista y muy negativo sobre las personas. Se empeña en que existan menos personas. Tiene un pésimo pronóstico sobre nuestras posibilidades de solucionar problemas. Apuesta por el fracaso. Daña a la humanidad porque no logra darse cuenta que los seres humanos somos los únicos que tenemos la capacidad de innovar y vencer los “límites”. Por eso sus prácticas terminan dañando a las mismas personas que dicen ayudar.

Han desarrollado una miopía que no les permite ver que el avance tecnológico siempre viene de los seres humanos. Nunca surgirá de otra forma de capital económico que no sea el capital humano. Desgraciadamente, en los pasillos del poder muchos han comprado el discurso de que existen personas indeseables (lo cual a menudo equivale a gente pobre de los países en vías de desarrollo). Y la fallida receta de reducir la población vuelve a ser prescrita bajo la amenaza de que el mundo terminará en escombros.

En resumen, el movimiento de control de la población destruye el futuro al eliminar a los seres humanos que son el recurso primordial. Su filosofía tiene en sí misma el germen de su propia destrucción y, literalmente, la nuestra. Y si se adoptan sus políticas antinatalistas, creará precisamente el futuro que teme: una sociedad estancada económicamente que prescinde del ingenio humano.

PAUL WILSON\*

---

\*Publicado en VivaChile.org el 22.8.2014; originalmente por el Instituto de Investigación en Población (Population Research Institute), [www.lapop.org](http://www.lapop.org).

# DOCUMENTOS



“LECTIO DIVINA”  
DEL SANTO PADRE BENEDICTO XVI  
EN EL PONTIFICIO SEMINARIO ROMANO MAYOR\*  
(Viernes 20 de febrero de 2009)

*Señor cardenal; queridos amigos:*

Para mí siempre es una gran alegría estar en mi Seminario, ver a los futuros sacerdotes de mi diócesis, estar con vosotros en el signo de Nuestra Señora de la Confianza. Con ella, que nos ayuda, nos acompaña y nos da realmente la certeza de contar siempre con la ayuda de la gracia divina, seguimos adelante.

Veamos ahora qué nos dice san Pablo con este texto: “Habéis sido llamados a la libertad” (Ga 5, 13). En todas las épocas, desde los comienzos pero de modo especial en la época moderna, la libertad ha sido el gran sueño de la humanidad. Sabemos que Lutero se inspiró en este texto de la *carta a los Gálatas*; y la conclusión fue que la Regla monástica, la jerarquía, el magisterio le parecieron un yugo de esclavitud del que era necesario librarse. Sucesivamente, el período de la Ilustración estuvo totalmente dominado, penetrado por este deseo de libertad, que se pensaba haber alcanzado ya. Y también el marxismo se presentó como camino hacia la libertad.

Esta tarde nos preguntamos: ¿Qué es la libertad? ¿Cómo podemos ser libres? San Pablo nos ayuda a entender esta realidad complicada que es la libertad insertando este concepto en un contexto de concepciones antropológicas y teológicas fundamentales. Dice: “No toméis de esa libertad pretexto para la carne; antes al contrario, servíos por caridad los unos a los otros” (Ga 5, 13). El rector nos ha dicho ya que “carne” no es el cuerpo, sino que “carne”, en el lenguaje de san Pablo, es expresión de la absolutización del yo, del yo que quiere serlo todo y tomarlo todo para sí. El yo absoluto, que no depende de nada ni de nadie, parece poseer realmente, en definitiva, la libertad. Soy libre si no dependo de nadie, si puedo hacer todo lo que quiero. Y precisamente esta absolutización del yo es “carne”, es decir, degradación del hombre; no es conquista de la libertad. El libertinaje no es libertad, sino más bien el fracaso de la libertad.

Y san Pablo se atreve a proponer una fuerte paradoja: “Servíos por caridad los unos a los otros” (en griego *douléuete*); es decir, la libertad se realiza paradójicamente mediante el servicio; llegamos a ser libres si nos convertimos en siervos unos de otros. Así san Pablo pone todo el problema de la libertad a la luz de la verdad del hombre. Reducirse a la carne, aparentemente elevándose al rango de divinidad –“Sólo yo soy el hombre”– introduce en la mentira. Porque en realidad no es así: el hombre no es un absoluto, como si el yo pudiera aislarse y com-

---

\*Sobre la libertad.

portarse sólo según su propia voluntad. Esto va contra la verdad de nuestro ser. Nuestra verdad es que, ante todo, somos criaturas, criaturas de Dios y vivimos en relación con el Creador. Somos seres relacionales, y sólo entramos en la verdad aceptando nuestra relacionalidad; de lo contrario, caemos en la mentira y en ella, al final, nos destruimos.

Somos criaturas y, por tanto, dependemos del Creador. En la época de la Ilustración, sobre todo al ateísmo, esto le parecía una dependencia de la que era necesario liberarse. Sin embargo, en realidad, esta dependencia sólo sería fatal si este Dios Creador fuera un tirano, no un Ser bueno; sólo si fuera como los tiranos humanos. En cambio, si este Creador nos ama y nuestra dependencia es estar en el espacio de su amor, en este caso la dependencia es precisamente libertad. En efecto, de este modo nos encontramos en la caridad del Creador, estamos unidos a él, a toda su realidad, a todo su poder. Por tanto este es el primer punto: ser criatura quiere decir ser amados por el Creador, estar en esta relación de amor que Él nos da, con la que nos previene. De ahí deriva ante todo nuestra verdad, que es al mismo tiempo una llamada a la caridad.

Por eso, ver a Dios, orientarse a Dios, conocer a Dios, conocer la voluntad de Dios, insertarse en la voluntad, es decir, en el amor de Dios es entrar cada vez más en el espacio de la verdad. Y este camino del conocimiento de Dios, de la relación de amor con Dios, es la aventura extraordinaria de nuestra vida cristiana: porque en Cristo conocemos el rostro de Dios, el rostro de Dios que nos ama hasta la cruz, hasta el don de sí mismo.

Pero la relacionalidad propia de las criaturas implica también un segundo tipo de relación: estamos en relación con Dios, pero al mismo tiempo, como familia humana, también estamos en relación unos con otros. En otras palabras, libertad humana es, por una parte, estar en la alegría y en el espacio amplio del amor de Dios, pero implica también ser uno con el otro y para el otro. No hay libertad contra el otro. Si yo me absolutizo, me convierto en enemigo del otro; ya no podemos convivir y toda la vida se transforma en crueldad, en fracaso. Sólo una libertad compartida es una libertad humana; sólo estando juntos podemos entrar en la sinfonía de la libertad.

Así pues, este es otro punto de gran importancia: sólo aceptando al otro, sólo aceptando también la aparente limitación que supone para mi libertad respetar la libertad del otro, sólo insertándome en la red de dependencias que nos convierte, en definitiva, en una sola familia humana, estoy en camino hacia la liberación común.

Aquí aparece un elemento muy importante: ¿Cuál es la medida de compartir la libertad? Vemos que el hombre necesita orden, derecho, para que se pueda realizar su libertad, que es una libertad vivida en común. ¿Y cómo podemos encontrar este orden justo, en el que nadie sea oprimido, sino que cada uno pueda dar su propia contribución para formar esta especie de concierto de las libertades? Si no hay una verdad común del hombre como aparece en la visión de Dios, queda sólo el positivismo y se tiene la impresión de algo impuesto, incluso de manera violenta. De ahí esta rebelión contra el orden y el derecho, como si se tratara de una esclavitud.

Pero si podemos encontrar en nuestra naturaleza el orden del Creador, el orden de la verdad, que da a cada uno su sitio, precisamente el orden y el derecho pueden ser instrumentos de libertad contra la esclavitud del egoísmo. Servirnos unos a otros se convierte en instrumento de la libertad; y aquí podemos insertar

toda una filosofía de la política según la doctrina social de la Iglesia, la cual nos ayuda a encontrar este orden común que da a cada uno su lugar en la vida común de la humanidad. La primera realidad que hay que respetar es, por tanto, la verdad: la libertad contra la verdad no es libertad. Servirnos unos a otros crea el espacio común de la libertad.

Y luego san Pablo prosigue diciendo: “Toda la ley alcanza su plenitud en este solo precepto: ‘Amarás a tu prójimo como a ti mismo’” (Ga 5, 14). En esta afirmación aparece el misterio del Dios encarnado, aparece el misterio de Cristo que en su vida, en su muerte, en su resurrección se convierte en la ley viviente. Inmediatamente, las primeras palabras de nuestra lectura -“Habéis sido llamados a la libertad”- aluden a este misterio. Hemos sido llamados por el Evangelio, hemos sido llamados realmente en el Bautismo, en la participación en la muerte y la resurrección de Cristo, y de esta forma hemos pasado de la “carne”, del egoísmo, a la comunión con Cristo. Así estamos en la plenitud de la ley.

Probablemente todos conocéis las hermosas palabras de san Agustín: *Dilige et fac quod vis*, “Ama y haz lo que quieras”. Lo que dice san Agustín es verdad, si entendemos bien la palabra “amor”. “Ama y haz lo que quieras”, pero debemos estar realmente penetrados de la comunión con Cristo, debemos estar identificados con su muerte y su resurrección, debemos estar unidos a él en la comunión de su Cuerpo. En la participación de los sacramentos, en la escucha de la Palabra de Dios, la voluntad divina, la ley divina entra realmente en nuestra voluntad; nuestra voluntad se identifica con la suya; se convierten en una sola voluntad; así realmente somos libres, así en realidad podemos hacer lo que queramos, porque queremos con Cristo, queremos en la verdad y con la verdad.

Por tanto, pidamos al Señor que nos ayude en este camino que comenzó con el Bautismo, un camino de identificación con Cristo que se realiza siempre, continuamente, en la Eucaristía. En la Plegaria eucarística III decimos: “Para que (...) formemos en Cristo un solo cuerpo y un solo espíritu”. Es un momento en el cual, a través de la Eucaristía y a través de nuestra verdadera participación en el misterio de la muerte y de la resurrección de Cristo, formamos un solo espíritu con Él, nos identificamos con su voluntad, y así llegamos realmente a la libertad.

Detrás de las palabras “La ley está cumplida”, detrás de estas palabras que se hacen realidad en la comunión con Cristo, aparecen juntamente con el Señor todas las figuras de los santos que han entrado en esta comunión con Cristo, en esta unidad del ser, en esta unidad con su voluntad. Aparece, sobre todo, la Virgen, en su humildad, en su bondad, en su amor. La Virgen nos da esta confianza, nos toma de la mano, nos guía, nos ayuda en el camino para unirnos a la voluntad de Dios, como ella lo hizo desde el primer momento, expresando esta unión en su *fiat*.

Y, por último, después de estas cosas hermosas, una vez más en la carta se alude a la situación un poco triste de la comunidad de los Gálatas, cuando san Pablo dice: “Si os mordéis y os devoráis mutuamente, al menos no os destruyáis del todo unos a otros... Caminad según el Espíritu” (Ga 5, 15-16). Me parece que en esta comunidad, que ya no estaba en el camino de la comunión con Cristo, sino en el de la ley exterior de la “carne”, emergen naturalmente también las polémicas y san Pablo dice: “Os convertís en fieras; uno muerde al otro”. Así alude a las polémicas que nacen donde la fe degenera en intelectualismo y la humildad se sustituye con la arrogancia de creerse mejores que los demás.

Vemos cómo también hoy suceden cosas parecidas donde, en lugar de insertarse en la comunión con Cristo, en el Cuerpo de Cristo que es la Iglesia, cada uno quiere ser superior al otro y con arrogancia intelectual quiere hacer creer que él es mejor. Así nacen las polémicas, que son destructivas; así nace una caricatura de la Iglesia, que debería ser una sola alma y un solo corazón. En esta advertencia de san Pablo debemos encontrar también hoy un motivo de examen de conciencia: no debemos creernos superiores a los demás; debemos tener la humildad de Cristo, la humildad de la Virgen; debemos entrar en la obediencia de la fe. Precisamente así se abre realmente, también para nosotros, el gran espacio de la verdad y de la libertad en el amor.

Por último, demos gracias a Dios porque nos ha mostrado su rostro en Cristo, nos ha dado a la Virgen, nos ha dado a los santos, nos ha llamado a ser un solo cuerpo, un solo espíritu con él. Y pidámosle que nos ayude a insertarnos cada vez más en esta comunión con su voluntad, para encontrar así, con la libertad, el amor y la alegría.

*Al final de la cena, el Santo Padre se despidió con estas palabras:*

Me dicen que esperan aún unas palabras mías. Quizás ya he hablado demasiado, pero quiero expresar mi gratitud, mi alegría por estar con vosotros. En la conversación ahora a la mesa he aprendido algo más de la historia de Letrán, comenzando por Constantino, Sixto V y Benedicto XIV, el Papa Lambertini.

Así he visto todos los problemas de la historia y el renacimiento continuo de la Iglesia en Roma. Y he comprendido que en la discontinuidad de los acontecimientos exteriores está la gran continuidad de la unidad de la Iglesia en todos los tiempos. Y también sobre la composición del Seminario he comprendido que es expresión de la catolicidad de nuestra Iglesia. Procediendo de todos los continentes, somos una Iglesia y tenemos en común el futuro. Esperamos sólo que aumenten más las vocaciones porque, como ha dicho el rector, necesitamos trabajadores en la viña del Señor. ¡Gracias a todos vosotros!

## DISCURSO A LOS PARTICIPANTES EN EL CONGRESO INTERNACIONAL “LA LIBERTAD RELIGIOSA SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL CONFLICTO GLOBAL DE LOS VALORES”

Sala del Consistorio

(Viernes 20 de junio de 2014)

Os acojo con ocasión de vuestro Congreso internacional, queridos hermanos y hermanas. Agradezco al profesor Giuseppe Dalla Torre por sus palabras corteses.

Hace poco, el debate acerca de la libertad religiosa se hizo muy interesante, interpelando sea a los Gobiernos que a las Confesiones religiosas. La Iglesia católica, a este propósito, hace referencia a la Declaración *Dignitatis humanae*, uno de los documentos más importantes del Concilio Ecuménico Vaticano II.

En efecto, cada ser humano es un “buscador” de la verdad acerca del propio origen y del propio destino. En su mente y en su “corazón” surgen interrogantes y pensamientos que no pueden ser reprimidos o sofocados, en cuanto que surgen de lo profundo y son connaturales a la íntima esencia de la persona. Son preguntas religiosas que tienen necesidad de la libertad religiosa para manifestarse plenamente. Estas buscan arrojar luz sobre el auténtico significado de la existencia, sobre la conexión que la une al cosmos y a la historia, y pretenden desgarrar las tinieblas de las que estaría circundada la vida humana si tales cuestiones no se propusieran y quedaran sin respuesta. Dice el salmista: “Cuando veo el cielo, obra de tus dedos, / la luna y las estrellas que has creado. / ¿Qué es el hombre para que te acuerdes de él, / el ser humano, para mirar por él?” (*Sal* 8, 5).

La razón reconoce en la libertad religiosa un derecho fundamental del hombre que reflexiona su más alta dignidad, la de poder buscar la verdad y de adherirse a ella, y reconoce en ella una condición indispensable para poder desplegar toda la propia potencialidad. La libertad religiosa no es sólo la de un pensamiento o de un culto privado. Es la libertad de vivir según los principios éticos consiguientes a la verdad encontrada, sea privada que públicamente. Este es un gran reto en el mundo globalizado, donde el pensamiento débil –que es como una enfermedad– rebajan el nivel ético general, y en nombre de un falso concepto de tolerancia se termina persiguiendo a los que defienden la verdad sobre el hombre y sus consecuencias éticas.

Los ordenamientos jurídicos, gubernamentales o internacionales, están llamados, por lo tanto, a reconocer, garantizar y proteger la libertad religiosa, que es un derecho intrínsecamente inherente a la naturaleza humana, a su dignidad de ser humano, y es, además, un indicador de una sana democracia y una de las fuentes principales de la legitimidad del Estado.

La libertad religiosa, recogida en la Constitución y en las leyes, y traducida en comportamientos coherentes, favorece el desarrollo de las relaciones de mutuo

respeto entre las diversas Confesiones y una sana colaboración de ellas con el Estado y la sociedad política, sin confusión de funciones y sin antagonismos. En lugar del conflicto global de valores, se hace posible, a partir de un núcleo de valores universalmente compartidos, una global colaboración en vista del bien común.

A la luz de las adquisiciones de la razón, confirmadas y perfeccionadas por la revelación, y del progreso civil de los pueblos, resulta incomprensible y preocupante que, hasta el día de hoy, en el mundo perduren las discriminaciones y restricciones de los derechos por el simple hecho de pertenecer y profesar públicamente una determinada fe. ¡Es inaceptable que, de hecho, subsistan verdaderas y propias persecuciones por motivos de pertenencia religiosa! ¡También guerras! Esto hiere la razón, atenta contra la paz y humilla la dignidad del hombre.

Es para mí motivo de grande dolor constatar que los cristianos del mundo padecen el mayor número de tales discriminaciones. Las persecuciones contra los cristianos, de hecho, hoy es más fuerte que en los primeros siglos de la Iglesia, y hay más cristianos mártires que en aquella época. Esto sucede a más de 1700 años del edicto de Constantino, que concedía la libertad a los cristianos de profesar públicamente la fe.

Deseo vivamente que vuestro congreso ilustre con profundidad y rigor científico las razones que obligan a toda ordenanza jurídica a respetar y defender la libertad religiosa. Os agradezco esta contribución. Os pido que recéis por mí. De corazón os deseo lo mejor y pido a Dios que os bendiga. Gracias.

## PALABRAS DURANTE EL ENCUENTRO CON LOS FAMILIARES DE LAS VÍCTIMAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LOS VOLUNTARIOS DE LA ASOCIACIÓN "LIBERA"

Parroquia de San Gregorio VII, Roma

(Viernes 21 de marzo de 2014)

*Queridos hermanos y hermanas:*

Gracias por haber realizado esta etapa en Roma, que me da la posibilidad de encontrarme con vosotros, antes de la vigilia y de la "Jornada de la memoria y del compromiso" que viviréis esta noche y mañana en Latina. Doy las gracias a don Luigi Ciotti y a sus colaboradores, y también a los padres franciscanos de esta parroquia. Saludo también al obispo de Latina, monseñor Crociata, aquí presente. Gracias, excelencia.

El deseo que siento es de compartir con vosotros *una esperanza*, y es esta: que *el sentido de responsabilidad poco a poco triunfe sobre la corrupción*, en todas las partes del mundo... Y esto debe partir desde dentro, de las conciencias, y desde allí volver a curar, volver a sanar los comportamientos, las relaciones, las decisiones, el tejido social, de modo que la justicia gane espacio, se amplíe, se arraigue, y ocupe el sitio de la iniquidad.

Sé que vosotros sentís fuertemente esta esperanza, y quiero compartirla con vosotros, deciros que os estaré cercano incluso esta noche y mañana, en Latina

–si bien no podré ir físicamente, pero estaré con vosotros en este camino, que requiere tenacidad, perseverancia.

En especial, quiero expresar mi *solidaridad a quienes entre vosotros han perdido a una persona querida*, víctima de la violencia mafiosa. Gracias por vuestro testimonio, porque no os habéis cerrado, sino que os habéis abierto, habéis salido, para contar vuestra historia de dolor y de esperanza. Esto es muy importante, especialmente para los jóvenes.

Quiero rezar con vosotros –y lo hago de corazón– por todas las víctimas de la mafia. Incluso hace pocos días, cerca de Taranto, se produjo un delito que no tuvo piedad ni siquiera de un niño. Pero al mismo tiempo recemos juntos, todos juntos, para pedir *la fuerza de seguir adelante*, de no desalentarnos, sino *de seguir luchando contra la corrupción*.

Y siento que no puedo terminar sin decir una palabra a los grandes ausentes, hoy, a los protagonistas ausentes: a los hombres y mujeres mafiosos. Por favor, cambiad de vida, convertíos, deteneos, dejad de hacer el mal. Y nosotros rezamos por vosotros. Convertíos, lo pido de rodillas; es por vuestro bien. Esta vida que vivís ahora, no os dará placer, no os dará alegría, no os dará felicidad. El poder, el dinero que vosotros ahora tenéis de tantos negocios sucios, de tantos crímenes mafiosos, es dinero ensangrentado, es poder ensangrentado, y no podréis llevarlo a la otra vida. Convertíos, aún hay tiempo, para no acabar en el infierno. Es lo que os espera si seguís por este camino. Habéis tenido un papá y una mamá: pensad en ellos. Llorad un poco y convertíos.

Recemos juntos a nuestra Madre María para que nos ayude: *Ave María...*

DISCURSO A LOS MIEMBROS  
DE LA ASOCIACIÓN “CORALLO”  
Sala Clementina  
(Sábado 22 de marzo de 2014)

Agradezco mucho lo que usted ha dicho, y os agradezco el trabajo que realizáis. Esa verdad... buscar la verdad con los *medios de comunicación*. Pero, ¡no sólo la verdad! *Verdad, bondad y belleza*, las tres cosas juntas. Vuestro trabajo debe llevarse a cabo por estos tres caminos: el camino de la verdad, el camino de la bondad y el camino de la belleza. Pero la verdad, la bondad y la belleza que son consistentes, que vienen de dentro, que son humanas. Y, en el camino de la verdad, en los tres caminos, podemos encontrar errores, incluso trampas. “Yo pienso, busco la verdad...”: está atento, para no convertirte en un intelectual sin inteligencia. “Yo voy, busco la bondad...”: está atento, para no convertirte en un moralista sin bondad. “A mí me gusta la belleza...”: sí, pero está atento, para no hacer lo que se hace a menudo, “falsificar” la belleza, buscar los cosméticos para elaborar una belleza artificial, que no existe. La verdad, la bondad y la belleza como vienen de Dios y están en el hombre. Y este es el trabajo de los *medios de comunicación*, el vuestro.

Usted ha aludido a dos cosas, y quiero retomarlas. Ante todo, *la unidad armónica de vuestro trabajo*. Hay medios de comunicación grandes y hay *medios de comunicación* pequeños... Pero si leemos el capítulo doce de la primera carta de san Pablo a los Corintios, vemos que en la Iglesia no hay ni grande ni pequeño: cada uno tiene su función, uno ayuda al otro, la mano no puede existir sin la cabeza, etc. Todos somos miembros, y también vuestros medios de comunicación, sean más grandes o más pequeños, son miembros, y armonizados por su vocación de servicio a la Iglesia. Nadie debe sentirse pequeño, demasiado pequeño respecto a otro demasiado grande. Todos somos pequeños ante Dios, con humildad cristiana, pero todos tenemos una función. ¡Todos! Como en la Iglesia... Yo haría esta pregunta: ¿Quién es más importante en la Iglesia? ¿El Papa o la anciana que todos los días reza el rosario por la Iglesia? Que lo diga Dios, yo no puedo decirlo. Pero la importancia de esta armonía es de cada uno de nosotros, porque la Iglesia es la armonía de la diversidad. El cuerpo de Cristo es esta armonía de la diversidad, y quien realiza la armonía es el Espíritu Santo: Él es el más importante de todos. Esto es lo que usted ha dicho, y quiero subrayarlo. Es importante: buscar la unidad, y no usar la lógica de que el pez grande se traga al pequeño.

Usted ha dicho otra cosa, que yo también mencioné en la exhortación apostólica *Evangelii gaudium*. Ha hablado del *clericalismo*. Es uno de los males, es uno de los males de la Iglesia. Pero es un mal "cómplice", porque a los sacerdotes les agrada la tentación de clericalizar a los laicos; pero muchos laicos, de rodillas, piden ser clericalizados, porque es más cómodo, ¡es más cómodo! ¡Y este es un pecado de ambas partes! Debemos vencer esta tentación. El laico debe ser laico, bautizado, tiene la fuerza que viene de su bautismo. Servidor, pero con su vocación laical, y esto no se vende, no se negocia, no se es cómplice del otro... No. ¡Yo soy así! Porque allí está en juego la identidad. En mi tierra oía muchas veces esto: "¿Sabe? En mi parroquia hay un laico honrado. Este hombre sabe organizar... Eminencia: ¿por qué no lo hacemos diácono?". Es la propuesta inmediata del sacerdote: clericalizar. A este laico hagámoslo... ¿Y por qué? ¿Porque es más importante el diácono, el sacerdote, que el laico? ¡No! ¡Este es un error! ¿Es un buen laico? Que siga así y crezca así. Porque allí está en juego la identidad de la pertenencia cristiana. Para mí, el clericalismo impide el crecimiento del laico. Pero tened presente lo que he dicho: es una tentación cómplice entre dos. Porque no habría clericalismo si no hubiera laicos que quieren ser clericalizados. ¿Está claro esto? Por eso os agradezco lo que hacéis. Armonía: también esta es otra armonía, porque la función del laico no puede cumplirla el sacerdote, y el Espíritu Santo es libre: algunas veces inspira al sacerdote para que haga algo; otras, al laico. Se habla en el consejo pastoral. Son muy importantes los consejos pastorales: una parroquia –y en esto cito el Código de derecho canónico–, una parroquia que no tenga consejo pastoral y consejo de asuntos económicos, no es una buena parroquia: le falta vida.

Además, son tantas las virtudes. He aludido a ellas al inicio: ir por el camino de la bondad, de la verdad y de la belleza, y tantas virtudes por este camino. Pero, ¡también están *los pecados de los medios de comunicación*! Me permito hablar un poco sobre esto. Para mí, los pecados de los medios de comunicación, los más grandes, son los que van por el camino del embuste, de la mentira, y son tres: *la desinformación*, *la calumnia* y *la difamación*. Estas dos últimas son graves, pero no tan peligrosas como la primera. ¿Por qué? Os lo explico. La calumnia es pecado mortal, pero se puede aclarar y llegar a conocer que es una calumnia. La

difamación es pecado mortal, pero se puede llegar a decir: esta es una injusticia, porque esta persona ha hecho esa cosa en aquel tiempo, pero después se ha arrepentido, ha cambiado de vida. Pero la desinformación, es decir, la mitad de las cosas, las que son más convenientes para mí, y no decir la otra mitad. Y así, el que ve la tv o el que oye la radio, no puede formarse un juicio perfecto, porque no tiene los elementos y no se los dan. De estos tres pecados, por favor, huid. Desinformación, calumnia y difamación.

Os agradezco lo que hacéis. He dicho a monseñor Sanchirico que os entregue el discurso que había escrito, porque sus palabras [del presidente] me han inspirado a deciros espontáneamente esto, y lo he dicho con un lenguaje del corazón: sentido así. No con el lenguaje italiano, ¡porque no hablo con el estilo de Dante!... Os lo agradezco mucho, y ahora os invito a rezar un *Avemaría* a la Virgen, para daros la bendición. Dios te salve, María...

#### TEXTO DEL DISCURSO PREPARADO POR EL PONTÍFICE Y ENTREGADO A LA ASOCIACIÓN

*Queridos amigos:*

Os doy la bienvenida, y agradezco al presidente las palabras con las que ha introducido nuestro encuentro. Dirijo un saludo también a quienes nos están siguiendo mediante las radios y las televisiones de la Asociación "Corallo". Estas emisoras quieren expresar el compromiso de la Iglesia que está en Italia por estar *cerca y ser amiga de toda persona*, y hablar a la gente allí donde habita, vive, trabaja, ama, sufre.

Sois una *red*. Quiero partir de esta imagen, que nos hace pensar en los primeros discípulos de Jesús: eran pescadores, trabajaban con las redes. Y Jesús los llamó para que lo siguieran e hizo de ellos "pescadores de hombres" (Mt 4, 19). También vosotros podéis ser "pescadores de hombres" con vuestra red de radios y televisiones locales, que abraza a toda Italia; una red sencilla, popular, y está bien que siga siéndolo así. Llegando a todas las ciudades y a todos los pueblos, vuestras emisoras son un instrumento para que todos escuchen la voz del Señor.

Me viene a la memoria el episodio del profeta Elías en el monte Horeb (cf. 1 Re 19, 9-13), cuando estaba delante de la cueva y asistió a fenómenos impresionantes: el viento impetuoso, el terremoto, el fuego..., pero el Señor no hablaba de ese modo. Después, Elías oyó el "susurro de una brisa suave" (v. 12). Y en ese susurro escuchó la voz del Señor que le hablaba. Pues bien, vuestras radios y televisiones pueden transmitir, a través del éter, algo de esa voz, a fin de que hable a los hombres y a las mujeres que buscan una palabra de esperanza, de confianza, para su vida.

De este modo, sois voz de una Iglesia que no tiene miedo de entrar en los desiertos del hombre, de salir a su encuentro, de buscarlo en sus inquietudes, en sus extravíos, dialogando con todos, incluso con las personas que, por diversos motivos, se han alejado de la comunidad cristiana y se sienten lejanas de Dios. Pero, en realidad, Dios nunca está lejos, ¡está siempre cerca! Y vosotros podéis contribuir a hacer resonar ese "susurro suave", capaz de decir a cada uno: "El Maestro está aquí y te llama" (Jn 11, 19). ¡Precisamente este ser llamado por nombre calienta el corazón!

¿Y de qué modo, con vuestra “red”, podéis ayudar a Jesucristo en su misión, a anunciar hoy el Evangelio del reino de Dios?

Ante todo, digo que prestando *atención a temáticas importantes* para la vida de las personas, de la familia, de la sociedad; y tratando estos argumentos no de manera sensacionalista, sino responsable, con pasión sincera por el bien común y por la verdad (cf. Juan Pablo II, *Mensaje para la XXVIII Jornada mundial de las comunicaciones sociales*, 24 de enero de 1994). A menudo en las grandes emisoras estos temas se afrontan sin el debido *respeto por las personas y por los valores en juego*, de modo espectacular. En cambio, es esencial que en vuestras transmisiones se perciba este respeto, que las historias humanas no deben instrumentalizarse nunca.

Y podéis dar otra contribución con la cualidad humana y ética de vuestro trabajo. Podéis ayudar a formar lo que el Papa Benedicto llamó un “ecosistema” mediático, es decir, un ambiente que sepa equilibrar silencio, palabra, imágenes y sonidos (cf. *Mensaje para la XLVI Jornada mundial de las comunicaciones sociales*, 24 de enero de 2012). Hoy hay mucha contaminación, y también el clima mediático tiene sus formas de contaminación, sus “venenos”. La gente lo sabe, se da cuenta, pero, por desgracia, se acostumbra a respirar a través de la radio y la televisión un aire sucio, que no hace bien. Hay necesidad de hacer circular el aire limpio, que la gente pueda respirar libremente y dé oxígeno a la mente y al alma.

Todo esto exige una profesionalidad adecuada, pero va más allá. Os pide vivir la “comunicación en términos de proximidad” (*Mensaje para la XLVIII Jornada mundial de las comunicaciones sociales*, 24 de enero de 2014). Os llama a ser el rostro de una Iglesia que se hace “buen samaritano”, incluso mediante las radios y las televisiones. En efecto, la parábola del buen samaritano también puede ser una parábola del comunicador: “Quien comunica se hace prójimo. El buen samaritano no sólo se hace próximo, sino que se hace cargo del hombre medio muerto que encuentra al borde del camino” (*ibid*). En esa parábola Jesús invierte la perspectiva: “No se trata de reconocer al otro como mi semejante, sino de ser capaz de hacerme semejante al otro” (*ibíd*).

Por eso, mientras os agradezco vuestro compromiso, pido al Señor que vuestra red sea cada vez más experiencia de proximidad, capaz de dar voz al Señor que caldea el corazón y difunde esperanza y alegría.

DISCURSO A LOS MIEMBROS DEL CONSEJO SUPERIOR  
DE LA MAGISTRATURA ITALIANA  
Sala Clementina  
(Martes 17 de junio de 2014)

Os doy mi bienvenida a vosotros, que componéis el Consejo superior de la magistratura, a los colaboradores y a los familiares. Agradezco al profesor Michele Vietti sus amables palabras, y dirijo un afectuoso saludo al presidente de la República, que preside esta institución.

La tarea que se os ha confiado al servicio de la nación se orienta al buen funcionamiento de un sector vital de la convivencia social. Por tanto, deseo expresaros mi estima y mi aliento por vuestra actividad y por cuantos están comprometidos en dicho sector con recta conciencia y profundo sentido de responsabilidad jurídica y civil.

Quiero reflexionar sobre el *aspecto ético*, que encarna la función del magistrado. En cada país las normas jurídicas están destinadas a garantizar la libertad y la independencia del magistrado, para que pueda realizar, con las garantías necesarias, su importante y delicado trabajo. Esto os pone en una posición de particular relieve para responder adecuadamente a la función que os confía la sociedad, para mantener una imparcialidad siempre irrefutable; para discernir con objetividad y prudencia basándoos únicamente en la justa norma jurídica y, sobre todo, para responder a la voz de una conciencia indefectible que se funda en los valores fundamentales. La independencia del magistrado y la objetividad del juicio que expresa requieren una aplicación atenta y puntual de las leyes vigentes. La certeza del derecho y el equilibrio de los diversos poderes de una sociedad democrática encuentran su síntesis en el principio de legalidad, en defensa del cual actúa el magistrado.

Del juez dependen decisiones que no sólo influyen en los derechos y en los bienes de los ciudadanos, sino que también atañen a su existencia misma. En consecuencia, el sujeto juzgante, en cualquier nivel, debe poseer cualidades intelectuales, psicológicas y morales que den garantía de fiabilidad para una función tan relevante. Entre todas las cualidades, la cualidad dominante, y diría específica del juez, es *la prudencia*, que no es una virtud para permanecer inmóvil: “Soy prudente: estoy inmóvil”, no. Es una virtud de gobierno, una virtud para llevar adelante las cosas, la virtud que inclina a ponderar con serenidad las razones de derecho y de hecho que deben constituir la base del juicio. Se tendrá más prudencia, si se posee un elevado equilibrio interior, capaz de dominar los impulsos provenientes del propio carácter, de los propios puntos de vista, de las propias convicciones ideológicas.

La sociedad italiana espera mucho de la magistratura, especialmente en el actual contexto caracterizado, entre otras cosas, por una aridez del patrimonio de valores y por la evolución de las estructuras democráticas. Que vuestro compromiso no sea defraudar las legítimas expectativas de la gente. Esforzaos por ser cada vez más un ejemplo de integridad moral para toda la sociedad. No faltan enseñanzas y *modelos* de gran valor en los que inspiraros. Deseo mencionar la luminosa figura de Vittorio Bachelet, que guió el Consejo superior de la magistratura en tiempos de grandes dificultades y cayó víctima de la violencia de los así llamados “años de plomo”; y la de Rosario Livatino, asesinado por la mafia, cuya causa de beatificación está en proceso. Dieron un testimonio ejemplar del estilo propio del fiel laico cristiano: leal a las instituciones, abierto al diálogo, firme y valiente al defender la justicia y la dignidad de la persona humana.

Que el Señor, Juez justo y Padre de misericordia, ilumine vuestras vidas y vuestras acciones. Que su bendición os acompañe y os sostenga a cada uno de vosotros y vuestro trabajo colegial, así como a vuestros colegas magistrados y a vuestras familias. Gracias.

DISCURSO A LA DELEGACIÓN DE LA OFICINA  
INTERNACIONAL CATÓLICA DE LA  
INFANCIA (BICE)  
(Viernes 11 de abril de 2014)

*Queridos amigos:*

Les doy las gracias por este encuentro. Aprecio sus esfuerzos en favor de los niños: es una expresión concreta y actual de la predilección que el Señor Jesús tiene por ellos.

A mí me gusta decir que en una sociedad bien constituida los privilegios solamente deben ser para los niños y para los ancianos, porque el futuro de un pueblo está en manos de ellos. Los niños porque ciertamente llevarán la fuerza delante de la historia y los ancianos porque son la sede de la sabiduría de un pueblo y tienen que aportar esa sabiduría.

Podemos decir que el BICE nació de la maternidad de la Iglesia. En efecto, tuvo su origen a partir de la intervención del Papa Pío XII en defensa de los niños, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, esta organización se ha comprometido siempre en promover la defensa de los derechos del menor, contribuyendo también a la Convención de las Naciones Unidas de 1989. Y en esta labor colabora constantemente con las oficinas de la Santa Sede en Nueva York, en Estrasburgo y sobre todo en Ginebra.

Ustedes... Usted, con delicado espíritu de "finezza" habló del buen trato. Le agradezco esta expresión suave pero me siento interpelado a hacerme cargo de todo el mal que algunos sacerdotes –bastantes, bastantes en número, no en comparación con la totalidad–, hacerme cargo y a pedir perdón del daño que han hecho por los abusos sexuales de los niños. La Iglesia es consciente de este daño, que es un daño personal, moral, de ellos, pero hombres de Iglesia. Y no vamos a dar un paso atrás en lo que se refiere al tratamiento de estos problemas y a las sanciones que se deben poner, al contrario creo que debemos ser muy fuertes, con los chicos no se juega.

En nuestros días, es importante llevar adelante los proyectos contra el trabajo esclavo, contra el reclutamiento de niños soldados y cualquier tipo de violencia sobre los menores.

Dicho en positivo, es preciso reafirmar el derecho de los niños a crecer en una familia, con un padre y una madre capaces de crear un ambiente idóneo para su desarrollo y su madurez afectiva. Seguir madurando en relación, en confrontación, con lo que es la masculinidad y la femineidad de un padre y una madre, y así armando su madurez afectiva.

Esto comporta al mismo tiempo apoyar el derecho de los padres a la educación moral y religiosa de sus hijos. Y en este punto quisiera manifestar mi rechazo a todo tipo de experimentación educativa con los chicos. Con los niños y jóvenes no se puede experimentar. No son cobayas de laboratorio. Los horrores de la manipulación educativa que hemos vivido en las grandes dictaduras genocidas del siglo XX no han desaparecido; conservan su actualidad bajo ropajes diversos y propuestas que, con pretensión de modernidad, fuerzan a caminar a niños y jóvenes por el camino dictatorial del "pensamiento único". Me decía hace poco

más de una semana un gran educador: “A veces uno no sabe si con estos proyectos –se refería a proyectos concretos de educación– manda el chico a la escuela o a un campo de reeducación.

Trabajar por los derechos humanos presupone mantener siempre viva la formación antropológica, estar bien preparados en la realidad de la persona humana, y saber responder a los problemas y desafíos que plantean las culturas contemporáneas y la mentalidad difundida por los medios de comunicación social. Obviamente no se trata de acurrucarnos en cobertizos de protección que hoy día son incapaces de dar vida, que dependen de culturas que ya están pasadas. ¡No, eso no! ¡Eso está mal! Sino enfrentarse con los valores positivos de la persona humana a los nuevos desafíos que nos traen las culturas nuevas. Para ustedes, se trata de ofrecer a sus dirigentes y funcionarios una formación permanente sobre la antropología del niño, porque es ahí donde los derechos y las obligaciones tienen su fundamento. De ella depende el planteamiento de los proyectos educativos. Que obviamente tienen que ir progresando, tienen que ir madurando, tienen que acomodarse a los signos de los tiempos, respetando siempre la identidad humana y la libertad de conciencia.

Gracias de nuevo. Les deseo un buen trabajo. Me viene a la mente el logotipo que la comisión de protección de la niñez y la adolescencia tenía en Buenos Aires, que Norberto conoce muy bien. El logotipo de la Sagrada Familia arriba de un burrito escapando a Egipto, defendiendo ese niño. A veces para defender hay que escapar. A veces hay que quedarse y proteger. A veces hay que pelear. Pero siempre hay que tener ternura.

¡Gracias por lo que hacen!

DISCURSO A LOS PARTICIPANTES EN LA PLENARIA  
DE LA CONGREGACIÓN PARA LA EDUCACIÓN CATÓLICA  
Sala Clementina  
(Jueves 13 de febrero de 2014)

*Señores cardenales, venerados hermanos en el episcopado y en el sacerdocio, queridos hermanos y hermanas:*

Doy una especial bienvenida a los cardenales y a los obispos nombrados recientemente miembros de esta Congregación, y doy las gracias al cardenal prefecto por las palabras con las que ha introducido este encuentro.

Los temas que tenéis en el orden del día son arduos, como la actualización de la constitución apostólica *Sapientia christiana*, la consolidación de la identidad de las universidades católicas y la preparación de los aniversarios que se conmemorarán en 2015, es decir, el 50° de la declaración conciliar *Gravissimum educationis* y el 25° de la constitución apostólica *Ex corde Ecclesiae*. La educación católica es uno de los desafíos más importantes de la Iglesia, dedicada hoy en realizar la nueva evangelización en un contexto histórico y cultural en constante transformación. Desde esta perspectiva, deseo que prestéis atención a tres aspectos.

El primer aspecto se refiere *al valor del diálogo en la educación*. Habéis desarrollado recientemente el tema de la educación en el diálogo intercultural en la escuela católica, con la publicación de un documento específico. En efecto, las escuelas y las universidades católicas son frecuentadas por muchos alumnos no cristianos e incluso no creyentes. Las instituciones educativas católicas ofrecen a todos una propuesta educativa que mira al desarrollo integral de la persona y responde al derecho de todos a tener acceso al saber y al conocimiento. Pero de igual modo están llamadas a ofrecer a todos, con pleno respeto de la libertad de cada uno y de los métodos propios del ambiente escolástico, la propuesta cristiana, es decir, a Jesucristo como sentido de la vida, del cosmos y de la historia.

Jesús comenzó a anunciar la buena nueva en la “Galilea de las gentes”, encrucijada de personas de diferentes razas, culturas y religiones. Este contexto se parece por ciertos aspectos al mundo de hoy. Los profundos cambios que han llevado a la difusión cada vez más amplia de sociedades multiculturales exigen a quienes trabajan en el sector escolar y universitario implicarse en itinerarios educativos de confrontación y diálogo, con una fidelidad valiente e innovadora que conjugue la identidad católica con las distintas “almas” de la sociedad multicultural. Pienso con aprecio en la contribución que ofrecen los institutos religiosos y las demás instituciones eclesiales mediante la fundación y la gestión de escuelas católicas en contextos de acentuado pluralismo cultural y religioso.

El segundo aspecto concierne *a la preparación cualificada de los formadores*. No se puede improvisar. Debemos trabajar seriamente. En el encuentro que mantuve con los superiores generales, destacué que hoy la educación se dirige a una generación que *cambia* y, por tanto, todo educador –y toda la Iglesia que es madre educadora– está llamado a *cambiar*, en el sentido de saber comunicarse con los jóvenes que tiene delante.

Quiero limitarme a recordar los rasgos de la figura del educador y de su tarea específica. Educar es un acto de amor, es dar vida. Y el amor es exigente, pide utilizar los mejores recursos, despertar la pasión y ponerse en camino con paciencia junto a los jóvenes. En las escuelas católicas el educador debe ser, ante todo, muy competente, cualificado y, al mismo tiempo, rico en humanidad, capaz de estar en medio de los jóvenes con estilo pedagógico para promover su crecimiento humano y espiritual. Los jóvenes tienen necesidad de calidad en la enseñanza y, a la vez, de valores, no sólo enunciados sino también testimoniados. La coherencia es un factor indispensable en la educación de los jóvenes. Coherencia. No se puede hacer crecer, no se puede educar sin coherencia: coherencia, testimonio.

Por eso el educador necesita, él mismo, una formación permanente. Es imprescindible, pues, invertir para que los profesores y los directivos mantengan su profesionalidad y también su fe y la fuerza de sus motivaciones espirituales. Y también en esta formación permanente me permito sugerir la necesidad de retiros y ejercicios espirituales para los educadores. Es hermoso organizar cursos sobre este o aquel tema, pero también es necesario organizar tandas de ejercicios espirituales, retiros, para rezar. Porque la coherencia es un esfuerzo, pero, sobre todo, es un don y una gracia. Y debemos pedirla.

El último aspecto atañe a las *instituciones educativas*, o sea, las escuelas y las universidades católicas y eclesiásticas. El 50º aniversario de la declaración conciliar, el 25º de la *Ex corde Ecclesiae* y la actualización de la *Sapientia christiana* nos inducen a reflexionar seriamente sobre las numerosas instituciones

formativas esparcidas por todo el mundo y sobre su responsabilidad de expresar una presencia viva del Evangelio en el campo de la educación, de la ciencia y de la cultura. Es preciso que las instituciones académicas católicas no se aíslen del mundo, sino que entren con valentía en el areópago de las culturas actuales y dialoguen, conscientes del don que tienen para ofrecer a todos.

Queridos hermanos, la educación es una gran obra en construcción, en la que la Iglesia desde siempre está presente con instituciones y proyectos propios. Hoy hay que incentivar ulteriormente este compromiso en todos los niveles y renovar la tarea de todos los sujetos que actúan en ella desde la perspectiva de la nueva evangelización. En este horizonte, os doy las gracias por todo vuestro trabajo e invoco, por intercesión de la Virgen María, la constante ayuda del Espíritu Santo sobre vosotros y sobre vuestras iniciativas. Os pido por favor que recéis por mí y por mi ministerio, y de corazón os bendigo. Gracias.

## EL OBISPO DE LOS ÁNGELES, CHILE, MONSEÑOR FELIPE BACARREZA RODRÍGUEZ, EXPLICA LA MORAL CATÓLICA EN MATERIA DE SEXUALIDAD

(Señor Director: El señor Juan Esteban Ureta C. hace un resumen del debate sobre la moral sexual católica publicada en *El Mercurio* y, como miembro de la Iglesia, pide a los obispos una aclaración).

*Durante toda su historia, la Iglesia ha procurado cumplir el mandato de Cristo de hacer a todos los seres humanos discípulos suyos, “enseñándoles a observar todo lo que yo les he mandado” (Mt 28,20). La Iglesia lo ha hecho teniendo en cuenta la situación de las personas a las cuales anuncia el Evangelio y usando los métodos pedagógicos más eficaces para lograr su objetivo. Lo que no puede hacer la Iglesia es cambiar lo mandado por Jesús, porque eso no pertenece a ella; le ha sido encomendado para que lo anuncie sin adulterarlo, menos que nunca para congraciarse con las personas o procurar popularidad: “Si tratara de agradar a los hombres, ya no sería siervo de Cristo” (Gál 1,10). La mejor demostración de que la Iglesia enseña la verdad que le ha sido encomendada es que lo hace aun al costo de ser impopular, pues nadie desea ser impopular gratuitamente. La Iglesia lo hace por fidelidad a Cristo. Él fue tan “impopular” que murió crucificado.*

La Iglesia debe seguir el ejemplo de su Señor. *Jesús anunció al mundo un mensaje, en el cual él manda cosas que eran difíciles de aceptar, no solo para un alto porcentaje de los hombres y mujeres de su tiempo, sino para la totalidad. A los judíos se les había mandado dar acta de repudio cuando se divorciaban de su mujer; Jesús manda esto otro: “No separe el hombre lo que Dios ha unido... el que repudia a su mujer y se casa con otra comete adulterio” (Mt 19,9-12). Este mandato era contrario a todo lo vivido por el mundo hasta entonces y fue recibido con escepticismo por los mismos apóstoles: “Si tal es la condición del hombre con la mujer, no conviene casarse”. Pero Jesús no lo modificó ni aceptó la reacción de los apóstoles. Más bien lo reafirma vigorosamente llamando “eunuco” (castrado) al que no se casa, excepto si lo hace por el Reino de los cielos.*

Respecto del tema de los anticonceptivos, no tenemos un mandato directo de Jesús, porque en su tiempo no existía la mentalidad antinatalista de nuestro tiempo. En su tiempo se consideraba la natalidad como un don de Dios y la fecundidad, como una bendición. *Hay, sin embargo, un episodio en el A.T. que revela que a Dios desagrada la anticoncepción artificial; es decir, la separación de los dos fines del acto sexual, a saber, el unitivo y el procreativo. En Israel era considerado un acto de piedad fraterna que un hombre tomara a la viuda de su hermano que había muerto sin hijos para suscitar descendencia al difunto. Onán, hijo de Judá, por la razón que fuera, no quiso dar descendencia a su hermano mayor, Er, de su viuda, Tamar. Pero no dejó de unirse sexualmente con ella: “Onán sabía que aquella descendencia no sería suya, y así, si bien tuvo relaciones con su cuñada, derramaba a tierra, evitando el dar descendencia a su hermano. Pareció mal al Señor lo*

que hacía y lo hizo morir también a él” (Gén 38,9-10). Esa acción, a saber, tener relaciones sexuales y hacerlas infecundas, por los medios que se conocían en esa época, es lo que desagradó a Dios. *Siendo que Dios no cambia, esa acción sigue desagradándolo cuando los seres humanos la hacen en toda época, también hoy.*

¿Y qué piensa Jesucristo? Podemos deducir que para Jesús la finalidad procreativa es la que justifica la relación sexual de los esposos en esta tierra. En efecto, la finalidad unitiva y de ayuda mutua se puede obtener también por otros medios. Cuando le preguntan de quién será la mujer que sucesivamente tuvo como esposo a siete hermanos y todos murieron sin descendencia, Jesús responde: “Los hijos de este mundo toman mujer o marido; pero los que alcancen a ser dignos de tener parte en aquel mundo y en la resurrección de entre los muertos, ni ellos tomarán mujer ni ellas marido, ni pueden ya morir, porque son como ángeles...” (Lc 20,34-36). En la resurrección –estamos hablando de resurrección de la carne– no existirá la unión sexual: “Ni ellos tomarán mujer ni ellas marido”. Y la razón es que “no pueden ya morir”. Queda en evidencia que en la mente de Jesús lo que explica la relación sexual en esta tierra –“los hijos de este mundo toman mujer o marido”– es que los seres humanos mueren y es necesario, por tanto, que se reproduzcan. Quitada esta necesidad, no es necesaria la relación sexual. Por tanto, para Jesús la relación conyugal tiene como fin la reproducción. Por eso, privarla artificialmente de ese fin es contrario al plan de Dios.

*Esto es lo que la Iglesia siempre ha enseñado a observar en fidelidad a Cristo.* Lo ha expresado el Papa Pablo VI en tiempos recientes en la encíclica *Humanae vitae*: “Hay que excluir, como el Magisterio de la Iglesia ha declarado muchas veces, la esterilización directa, perpetua o temporal, tanto del hombre como de la mujer; queda, además, excluida toda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga, como fin o como medio, hacer imposible la procreación” (HV 14, 25 julio 1968). Esta enseñanza ha sido más recientemente reafirmada por el Catecismo de la Iglesia Católica (N.o 2.370), que califica como “intrínsecamente mala” toda acción anticonceptiva artificial.

Teniendo la mayor consideración por la situación de los esposos hoy, la Iglesia no puede privarlos del regalo de la verdad que ella ha recibido de Cristo: “Yo soy el camino, la verdad y la vida; nadie va al Padre sino por mí” (Jn 15,6).

† FELIPE BACARREZA RODRÍGUEZ\*  
Obispo de Santa María de Los Ángeles

---

\*Publicado en *El Mercurio*, Santiago de Chile, 18.7.2014, a raíz de una carta del señor Juan Esteban Ureta a *El Mercurio*, Santiago de Chile 17.7.2014, cuyo texto se transcribe para mayor claridad:

Señor Director: Como simple miembro de la Iglesia Católica, aprovechando la tribuna que ofrece *El Mercurio*, quiero hacer pública mi petición a los obispos chilenos, pastores de la Iglesia, que respecto de la controversia sobre la moral sexual católica, ejerzan su rol de legítimos maestros, aclarando a los católicos cuál de las dos es la postura ortodoxa de la Iglesia: si la del presbítero Jorge Costadoat S. J., quien nos enseña que la doctrina debe ajustarse a la praxis habitual y mayoritaria de los fieles, o la de sus contradictores, quienes afirman que los fieles han de hacer un esfuerzo por vivir de acuerdo a las enseñanzas de la Iglesia, aunque estas no sean fáciles de comprender ni menos de poner en práctica.

Pienso que en un tema como este, que afecta directamente la conciencia y vida moral de los católicos chilenos, la omisión de los obispos sería desorientadora.

## SOBRE ABORTO, UNIÓN DE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y ADOPCIÓN DE NIÑOS POR ESTAS (Entrevista al obispo de la diócesis de Los Ángeles, Chile)

El obispo de la diócesis chilena Santa María de Los Ángeles, Monseñor Felipe Bacarreza Rodríguez, quien también es un laureado Ingeniero Civil y Licenciado en Sagrada Escritura, con la misma convicción profética que promueve la Adoración Eucarística y la devoción a la Santísima Virgen María, enfrenta en extensa entrevista concedida al periódico Portaluz, el debate sobre el aborto, legalización de la unión civil entre personas del mismo sexo y adopción legalmente permitida para parejas del mismo sexo. Se trata, nos dice, de “anunciar la Verdad”.

Hoy, cuando en occidente muchos intentan que la fe sea una cuestión relegada al ámbito de lo privado e incluso no pocos fieles consideran poco estratégico mostrar en determinadas circunstancias la propia identidad religiosa, Monseñor Bacarreza no esconde la verdad. La proclama, desafiando sin rodeos a creyentes y emplazando al gobierno de Michelle Bachelet.

Su mensaje afirma la esperanza de que en nuestro tiempo brille con fuerza la Luz de Cristo.

*El último censo indica que entre católicos y evangélicos en Chile suman más de doce millones de personas. La presidenta Bachelet obtuvo la presidencia con poco más de tres millones de votos.*

- *¿Qué medidas ejercerá la Iglesia para que la presidenta Bachelet efectivamente escuche la voz de esa mayoría cristiana respecto de temas que afectan los valores del evangelio?*

La Iglesia está llamada a predicar y anunciar la Verdad, como lo está haciendo. Pero quienes tienen que decidir sobre los valores que nos regirán son los ciudadanos, que en su gran mayoría son cristianos. Bajo esta denominación se incluye a todos los católicos y también a todos nuestros hermanos evangélicos. Son ellos quienes tienen que manifestarse de manera coherente con su fe. Es lo que espera la Iglesia. La Iglesia no tiene medios coercitivos.

- *¿Los obispos tienen pensado convocar oficialmente a los fieles para alguna actividad u otra manifestación pública concreta en torno a la defensa de la vida y la familia?*

En el momento oportuno la Iglesia ciertamente tomará alguna acción que permita a los católicos manifestar públicamente su convicción respecto a los valores. En este momento tiene que pronunciarse sobre el carácter inviolable de la vida humana, desde la concepción de un nuevo ser humano hasta su muerte natural.

- *¿Proyectos de ley como el aborto o la legalización de las uniones de personas del mismo sexo importan un daño espiritual? ¿Se ofende a Dios con ellos?*

Ciertamente. Profesamos que es Dios quien creó el mundo de una cierta manera. Dios creó al ser humano hombre y mujer para que uniéndose en el amor colaboren en la transmisión de la vida. La vida humana es creación exclusiva de Dios, pero el ser humano está llamado a colaborar en ese milagro que es la generación de nuevas vidas humanas. Cuando el hombre, prescindiendo del plan de Dios, pretende decidir qué sexo, cuál vida sí y cuál vida no, eso obviamente es ir contra la voluntad de Dios. Todos los que rezan el Padre Nuestro diciendo “Hágase tu voluntad en la tierra como en el cielo” deberían tratar de ser coherentes con esa petición que dirigen a Dios y ellos mismos esforzarse por cumplir la voluntad de Dios en la Tierra. El alto porcentaje de cristianos que hay en Chile dicen, tal vez diariamente, “Hágase tu voluntad”. Pero después actúan –también algunos que ocupan cargos de gobierno, que son cristianos– contra la voluntad de Dios. Incoherencia que la Iglesia denuncia como lo hicieron todos los profetas desde el Antiguo Testamento. ¡Llamamos al pueblo fiel a la coherencia!

- *¿Cómo interpreta que el gobierno invite a dialogar pero al mismo tiempo afirme que después igual presentará o apoyará un proyecto de ley que despenaliza el aborto?*

*Lo interpreto como un engaño.* En buen chileno se dice ‘una tomadura de pelo’. Invitar a dialogar sobre algo que ya está decidido es lo mismo que cerrarse al diálogo. Eso no es diálogo, es una imposición. Es como decir: “Digas lo que digas, nada cambiará”.

- *¿Ha sido informada la Iglesia sobre el objeto de este entre comillas “diálogo” que el gobierno propone?*

Yo no tengo información sobre eso. A mí me consta que el presidente de la Conferencia Episcopal, Monseñor Ezzati, se ha manifestado muy contrario a esa iniciativa de abrir una puerta a la posibilidad de eliminar una vida humana, cualquiera que sea. Porque la vida humana es creación de Dios y solo Él puede decretar su fin. En la Escritura, en el Deuteronomio Dios dice claramente “Yo doy la muerte, yo doy la vida” (Deut 32,39). Y en realidad eso se interpreta como: “Yo doy la muerte, porque yo soy quien da la vida”. Es Dios quien habla. Una ley de aborto niega a Dios como creador y afirma que la vida humana puede ser eliminada porque es una creación humana. Y con ese mismo criterio que se defiende el aborto un padre o una madre podría decir en cualquier etapa de la vida de sus hijos, este hijo es creatura mía y puedo disponer de su vida. ¡Pero no es creatura de él, es creatura de Dios y por eso no puede disponer de su vida en ninguna etapa! Pero en nuestra sociedad se intenta negar a Dios y ahí reside la base de todos los males. Se ha difundido el error, la mentira, al punto que parece casi de buen gusto ser ateo, agnóstico o defensor de la ideología de género.

- *Habla de que estas leyes niegan la verdad revelada...*

Nosotros creemos que el bienestar para el ser humano está en Cristo, en Dios. De eso estamos convencidos y por eso lo anunciamos. Hemos consagrado la vida

a esto. Es nuestra convicción lo que Jesucristo nos dijo... Que Él nos ha revelado la verdad para que tengamos el gozo suyo, pleno. Entonces la alegría del ser humano, el bienestar, consiste en conocer a Jesucristo y cumplir la voluntad de Dios.

- *En su discurso del 21 de mayo la presidenta Bachelet ha dicho que: “Cuando se produce un aborto es porque la sociedad está llegando tarde” y luego comentó que el aborto es un “drama social”. Posteriormente el ministro Elizalde la ha parafraseado con el mismo concepto. Pero frente a este drama social que la presidenta menciona propone el aborto como solución. ¿Qué responde la Iglesia?*

Su teoría busca evitar todo embarazo, recurriendo a métodos anticonceptivos artificiales que hagan infecunda la relación sexual, incluyendo la píldora del día después que en algunos casos es también abortiva. Se parte de la base que las relaciones sexuales entre jóvenes, y también entre adultos, dentro y fuera del matrimonio, son inevitables. Lo que hay que evitar son sus efectos. De esta manera se banaliza la relación sexual y se la reduce a elegir el medio para evitar un embarazo. El Gobierno toma nota de la promiscuidad sexual y la considera inevitable, porque considera a los seres humanos incapaces de controlar sus impulsos. *Es una teoría errada*, porque la relación sexual entre un hombre y una mujer, para que sea verdaderamente humana, debe ser una expresión de amor. Y el amor, por esencia, busca el bien del otro. El amor se opone al egoísmo, que busca al otro como objeto de mi propio placer. No puede haber amor verdadero donde se rechaza la vida, donde se pone un obstáculo a la vida, mucho menos aun donde se está dispuesto a eliminar la vida. La educación sexual que enseña solo a evitar el embarazo –con todo respeto– considera a los seres humanos como animalitos que es inevitable que se apareen. Se trata entonces de que lo hagan sin consecuencias. Tratar así al ser humano es un error. De todas maneras, según las palabras de la Presidenta, se llega tarde y los embarazos se producen. Entonces –es lo que parece insinuar–, el último recurso es el aborto. *Pero el aborto es la muerte de un ser humano inocente que tiene derecho a la vida*. Considerarlo como aceptable es atropellar el derecho a la vida de otro y consolidar la muerte en nuestra sociedad. Lo que se debería tratar es de consolidar en la sociedad una moral más alta, de manera que la relación sexual entre un hombre y una mujer sea realmente la expresión de un amor fiel, único, indisoluble y abierto a la vida y en que la vida concebida se acoja con amor en el seno de una familia.

- *Se habla de que es aborto, pero terapéutico...*

Se insiste en usar la *expresión falsa* de “aborto terapéutico” para confundir. Un aborto es la eliminación de un ser humano inocente e indefenso, cuando aún está en el vientre materno. Esta es *una acción de muerte*. En ninguna forma es una acción terapéutica. En esa acción no se quiere sanar a nadie –que sería terapéutico–, sino solo matar a alguien, que es lo contrario de lo terapéutico. El médico, que es fiel a su misión de salvar la vida enferma, cuando se enfrenta a un caso de enfermedad de la madre o del hijo durante el embarazo, debe considerar que tiene delante dos pacientes, no solo uno, y que su misión es salvar a ambos. Hoy día la medicina en la mayoría de los casos lo logra. En todo caso, si haciendo

todo lo posible por salvar a ambos, muere el niño, eso no es un aborto; eso es el efecto no deseado, desgraciado, del intento de salvar a la madre y al niño.

- *Además de las morales y religiosas, de una antropología que mira al hombre como creatura según lo ha señalado ¿Qué otras razones tiene la Iglesia para oponerse al aborto, al matrimonio o legalizar la unión civil de personas del mismo sexo, a la adopción permitida a parejas del mismo sexo? Respecto del aborto...*

Desde el punto de vista natural, toda persona pasa por la etapa de concepción, implantación en el útero materno, desarrollo y nacimiento. De manera que hay una incoherencia muy grande en quien defiende el derecho que –según se dice– tiene la mujer a decidir sobre su cuerpo y cometer así aborto. Se dice que el Estado no tiene injerencia en la libertad que tiene la mujer de disponer de su cuerpo. Nadie quiere poner ese límite al derecho a esa libertad de la mujer. Pero todo derecho personal tiene límite; ese límite es el respeto al derecho del otro. En el caso que nos ocupa el derecho de la mujer tiene el límite de respetar el derecho a la vida que tiene el hijo de sus entrañas. *El derecho a la vida que tiene ese niño no se lo da la madre ni el Estado; lo tiene él como propio por el hecho de haber sido creado y ser persona.*

Si las madres de la presidenta Bachelet o de parlamentarias jóvenes como Camila Vallejo o Karol Cariola, que también apoyan plenamente el aborto, hubieran pensado como ellas, quizás no estarían en la escena pues las podrían haber abortado. Ellas pasaron por todas las etapas desde la concepción y llegaron a su desarrollo porque sus padres fueron generosos y las llevaron adelante. Con la teoría que defienden quizás no habrían nacido nunca. ¡Qué incoherencia!... hoy hablan a favor del aborto cuando gracias a que sus padres no estuvieron a favor del aborto, ellas están hoy día vivas y opinando. Nunca se puede establecer que en alguna de las etapas de la vida humana se pueda eliminar a alguien, aunque sea muy luego después de la concepción, pues podría estar decretando mi propia muerte.

Si da lo mismo –según nos dicen– eliminar un ser humano en su etapa inicial, entonces da lo mismo que ese ser humano exista. Y si da lo mismo, tal vez el día de mañana se dirá que da lo mismo matar a una persona... al fin si la hubiesen eliminado en la etapa inicial igual no habría existido. Se van creando estas incoherencias.

Estoy convencido de que *afecta mucho a la juventud* saber o suponer que en la etapa en que ellos dependían completamente de otra persona, que es su propia madre, ellas pudieren haber contemplado la posibilidad de haberlos abortado. Esa certeza –cuando la madre se declara favorable al aborto– o duda puede crear entre el hijo y la madre una situación muy complicada de desconfianza, de inseguridad y de amargura. Que la persona llamada a amarlo más, protegerlo más, que lo tiene completamente en su mano... pudiese haberse planteado eliminarlo, crea grave daño y desconfianza. ¿Qué pasará por la mente de un niño de cinco o seis años, cuando empiece a comprender que su madre, en cuyo amor confiaba, en realidad reivindica su derecho a haberlo eliminado, si ella durante el embarazo hubiera tenido alguna dificultad o si él hubiera tenido alguna malformación? ¿El Estado, los legisladores nos ofrecen esto como bien común?

*El aborto, el solo hecho que se lo difunda, daña a la sociedad, genera en muchos desconfianza, frustración. Lo hemos visto en países como España que incluso están dando marcha atrás. Al respecto si ya se sabe que se daña el bien común y a las personas individuales... ¿Para qué ir adelante con una ley como esta?*

- *Respecto de unión civil o matrimonio para personas del mismo sexo...*

El solo uso de tal término encierra una absoluta incoherencia. La palabra “matrimonio” está compuesta por las palabras latinas “mater, matris” y “munus”: deber de ser madre, matriz de vida. ¡Para merecer el nombre de “matrimonio” una unión entre dos personas tiene que ser matriz de vida! Y esto es posible solamente en la unión entre hombre y mujer. Además, el término “matrimonio” en su acepción común significa la unión entre un hombre y una mujer “hasta que la muerte los separe”. Hoy día existe la realidad del matrimonio solamente en el ámbito de la Iglesia Católica. En todo otro ámbito, sobre todo, en el ámbito civil, lo que existe son diversos acuerdos de vida en pareja, con más o menos condiciones. Cuando esa “pareja” son personas del mismo sexo, entonces se produce *una situación contraria a la naturaleza como fue creada por Dios*. Repetimos: “Hombre y mujer los creó y les dijo: Sean fecundos y multiplíquense...” (Gen 1,27.28). Las relaciones homosexuales son contrarias a la naturaleza humana, tal como Dios la creó. Por eso son intrínsecamente malas, perversas. La persona con inclinación homosexual merece todo el respeto que merece toda persona humana.

- *La adopción de un niño por parte de parejas homosexuales...*

Sucede que sobre el futuro del niño se dispone sin consultarle nada a ese niño. Dado que al niño no se puede consultar, porque carece de discernimiento, hay que atenerse a la naturaleza y la naturaleza es que ese niño fue concebido con el concurso de un hombre y una mujer, tiene padre y madre. En el caso que sea necesario, hay que entregarlo en adopción a un hombre y una mujer unidos en matrimonio. Esto es lo natural. En Chile hay millones de niños y se pasa por encima de ellos, cuando nuestra legislación tiene en cuenta solo el derecho del adulto. ¿Para complacer a esta pareja de homosexuales entreguémosles un niño? Bueno, ese niño crecería sin la experiencia de un hombre y una mujer, de un padre y una madre. ¿Quién lo va a resarcir del daño que pueda recibir por esa carencia? Además, parece obvio que si una pareja homosexual de varones adopta un niño, *todas sus expresiones afectivas* estarán afectadas por su inclinación homosexual, no podría ser de otra manera, corresponde con lo que son... ¡Y sin consultarle nada a ese niño! Por eso creo que habría en eso un abuso muy grande. Se estaría disponiendo de la libertad y del futuro de un niño de manera antinatural y además sin procurar el bien superior del niño. En realidad, tal normativa legal solo buscaría satisfacer el egoísmo de los adultos, el complacer a una pareja de adultos a quienes se entrega un niño como si fuera un juguete. Eso no puede ser; es de sentido común.

Ahora si me preguntan sobre el punto de vista de la fe, por cierto estaré también en contra basado en la voluntad que Dios ha establecido para su creación.

- *A pesar de que el pueblo cristiano es una realidad, mayoría en el país ¿Qué opina de un poder ejecutivo que señala a la opinión de la Iglesia y la de obispos evangélicos solo como una más?*

La fe nos dice cuál es la verdad, nuestro origen, para qué existe el ser humano, cuál es su destino eterno. Y este es un don que debemos agradecer. Pero nosotros, conociendo esa verdad donada, *argüimos también para la razón humana.*

Se supone que en Chile hay un gran porcentaje, más del ochenta por ciento de chilenos que profesan tener fe cristiana. Pero también es cierto que hay una gran incoherencia. Porque si ese ochenta por ciento fuera coherente en su vida con su fe, este tipo de temas ni siquiera se plantearían en ningún escenario público, no se le ocurriría a nadie mencionarlo. Ocurre porque hay incoherencia en los mismos cristianos.

- *¿Hacen falta liderazgos proféticos?*

Al final la verdad se va a imponer. Ya ha ocurrido y la historia tiene muchas vueltas. La Iglesia ha pasado por muchas vicisitudes y siempre Dios la ha sacado adelante. De eso yo confío absolutamente. Confío en la palabra de Jesucristo cuando señala que el mundo, que es cambiante, que rechaza a Cristo, al final es vencido. Jesús nos asegura: “¡Ánimo, yo he vencido al mundo!”. De esto estoy convencido. Ahora, que tendremos que pasar por un período complicado, de confusión, también es verdad.

- *¿La noche oscura una oportunidad donde brille con más fuerza la Luz de Cristo?*

Exactamente. Creo que estos temas están haciendo que los mismos cristianos se interroguen sobre si cada uno está actuando conforme a lo que profesa. Confío en que más gente se fortalezca y recupere su vida cristiana.

MONSEÑOR FELIPE BACARREZA RODRÍGUEZ\*\*  
Obispo de Santa María de Los Ángeles

---

\*Publicado en *Portaluz/Argentina* el 1.6.2014.



# ACTUALIDADES



IDEOLOGÍA DE GÉNERO

## IDEOLOGÍA DE GÉNERO. UN TSUNAMI QUE AFECTA A CHILE\*

Álvaro Ferrer no sólo es abogado, magíster en derecho y valioso académico en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Conoce también en profundidad las consecuencias para el bien común que involucran un conjunto de proyectos de ley que inspirados en la ideología de género son defendidos por el gobierno de Michelle Bachelet. En su labor cotidiana Ferrer ha hecho públicos sus argumentos para cuestionar dichos proyectos y –a pesar de las dificultades– ha logrado informar oportuna, directa y adecuadamente a los parlamentarios chilenos al respecto.

*En entrevista exclusiva con periódico Portaluz, el destacado jurista revela las razones por las cuales considera que la ideología de género, defendida por el gobierno de Bachelet, es “contraria a la Constitución” y algunos de los proyectos de ley emblemáticos para el ejecutivo –sustentados en esa ideología–, constituyen un “daño y engaño” para las mismas personas que esos proyectos pretenden defender.*

*Chile “se está cayendo a pedazos”; alerta el destacado jurista.*

- *Usted ha cuestionado públicamente la ideología de género que sustenta diversas normativas y proyectos de ley en Chile y el mundo. Para dar marco a esta entrevista y mejor comprensión de nuestros lectores. Brevemente... ¿Qué es la ideología de género?*

La ideología de género postula que el sexo biológico no tiene ninguna función relevante ni menos determinante en la configuración de la persona y su modo de ser, sino que sería la cultura, el entorno, la tradición, lo que ha ido condicionando con el correr de los siglos el que hombres y mujeres se comporten de un modo y ocupen ciertas funciones o lugares dentro de la sociedad, todo lo cual sería una imposición cultural e injusta de roles o papeles respecto de los cuales habría que liberarse.

Si aceptamos la premisa de que el sexo biológico, la sexualidad intrínseca de hombres y mujeres es un simple dato pero que no tiene ninguna relevancia en la configuración de lo que es la persona humana como ser sexuado, así también entonces el ejercicio de la sexualidad no tendría tampoco relación alguna con la sexualidad biológica, sino que sería un estándar impuesto por la cultura, del que cabría liberarse y autodeterminarse.

---

\*Entrevista al profesor Álvaro Ferrer del V., *Portaluz*, 10.5.2014.

- *¿Cuáles son sus principales críticas como experto jurídico a esta propuesta ideológica que busca sustentar leyes que cambian en 180 grados el ordenamiento jurídico?*

Las críticas primero son desde luego filosóficas y antropológicas. Hay una errada concepción de la persona humana, una reducción materialista de la persona que, paradójicamente, desprecia por completo la corporeidad y pone en la autodeterminación el fundamento de la identidad personal. Ahora, desde el punto de vista jurídico, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna hipótesis donde la mera vivencia interior o la identidad sexual psicológicamente percibida por la persona, la subjetividad, sea por sí misma y sólo por sí misma la causa eficiente de un derecho subjetivo. Es decir, que dé un crédito a la persona para reclamar del deudor –que en este caso es la autoridad– el reconocimiento, la protección de un derecho.

- *¿Lo jurídico no se puede hacer eco del ámbito de lo privado institucionalizándolo?*

Por cierto que el derecho puede regular y establecer reglas para actos privados. Eso es el derecho privado. Pero de ello no se sigue que todo acto privado merezca protección jurídica, ni menos que todo acto privado sea justo o contribuya al bien común. En estas materias es claro como la primacía exacerbada de lo privado afecta cuestiones fundamentales de derecho público, como el derecho de familia.

- *Implícitamente dices que esta ideología de género impuesta desde las leyes daña al ser humano*

Por cierto. De hecho hay muchas personas que nos oponemos con razones fundadas, pero se nos etiqueta no sólo como ultra conservadores o talibanes, sino también como personas crueles que no queremos atender el sufrimiento de otros o que nos oponemos al libre desarrollo de la personalidad de los demás. Honestamente pienso que es exactamente al revés. Cuando nosotros partimos de una recta concepción de la persona humana, sabemos por implicancia lógica, por conclusiones que se siguen de esas premisas, que conceder estos supuestos derechos constituye un daño y engaño para las mismas personas que los reclaman.

- *¿Cuál es entonces el nuevo concepto de ser humano y organización social que se intenta imponer?*

Para esta ideología la persona es pura materia. Aquí hay un presupuesto materialista de base.

- *¿Neo marxismo?*

Totalmente. De hecho hay un paralelo muy evidente entre la ideología de género y las reivindicaciones del materialismo marxista. Así como el materialismo marxista sostenía que las personas para alcanzar la igualdad tenían que desprenderse de la opresión de la clase dominante, hoy afirman que la única manera de liberarse de la opresión para alcanzar la igualdad es superando los moldes o roles

que han sido impuestos culturalmente respecto de lo que es ser y actuar como hombre y como mujer.

- *Insertan una nueva plataforma de luchas*

Exactamente. La lucha de clases ahora ha sido reemplazada por esta lucha de la persona respecto de los moldes culturales o las supuestas imposiciones de la cultura. Pero en la práctica real es una lucha de la persona consigo misma.

- *Parece oscurantista el panorama*

El problema de fondo es una rebelión de la creatura respecto del Creador. Todo esto implica renegar de nuestro carácter de creaturas.

- *¿Coincide entonces con la opinión de analistas occidentales que señalan como totalitaria a la ideología de género?*

Absolutamente. So pretexto de libertad en realidad niega la verdadera libertad humana. Y de hecho se entra en una cantidad de contradicciones impresionante. Por ejemplo, en el tema de la orientación sexual se proclama por un lado que las personas son libres para vivir su sexualidad de la manera que ellos quieran, según como la orienten en su vida, pero a la vez se niega y/o ataca que personas homosexuales tengan la libertad para contenerse y actuar de un modo distinto al que los inclina esa misma condición. Es realmente absurdo, y no podría ser de otro modo porque si los principios son errados las conclusiones también van a ser erradas.

- *¿Que la ideología de género –como algunos filósofos advierten– pretende imponer un nuevo Orden Mundial, es una mirada exagerada?*

Mira, habría que definir muy bien qué entendemos por un Nuevo Orden Mundial, para evitar los equívocos.

- *Papa Francisco ha sido categórico cuando habla de un Pensamiento Único*

Sí, efectivamente. Si consideramos las declaraciones –aunque no sean vinculantes– de organismos internacionales, las consecuencias concretas que enfrentan quienes se oponen a la ideología de género, efectivamente constatamos que esto se está imponiendo por la fuerza. En ese sentido *es totalitaria*. Suscribo lo dicho por el Papa... quien se aleja del molde del Pensamiento Único es anatema. Las personas se exponen incluso a penas concretas. En Chile ya tenemos la ley de no discriminación que sanciona una serie de categorías dentro de las cuales se incluyó la identidad de género y también la orientación sexual. Por lo tanto aquí sí, se está imponiendo un pensamiento único.

- *¿En esta estrategia mundial por expandir la ideología de género, el proyecto de gobierno de Michelle Bachelet tiene un rol particular?*

Creo que Michelle Bachelet suscribe la ideología de género en términos concretos y prácticos. No sé con cuánta profundidad y formación. Basta recordar su rol dentro de ONU Mujer o lo que hizo incluso antes de ser Presidenta de Chile, en su primer período, cuando fue Ministra de Salud. Hoy basta leer su programa de gobierno.

- *¿Crees que existen –por así decirlo– ‘señores del mundo’ que llevan los hilos de esta estrategia para imponer la ideología de género en occidente?*

Personalmente no tengo evidencia para poder emitir un juicio de esa naturaleza. Pero, por otra parte, no se puede pretender tapar el sol con un dedo. Es evidente que Naciones Unidas a través de diversos organismos ha venido promoviendo esta ideología sistemáticamente. Otro tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, en fin. También existen intereses comprometidos de grandes instituciones que a propósito de la ideología de género, en materia de derecho a la vida, lucran de manera sistemática a costa de vidas inocentes (aborto), ya por décadas.

- *¿En tu experiencia de diálogos directos con los parlamentarios, cuál es su acogida al fondo de contenidos que en esta entrevista mencionas?*

Mínima.

- *¿Cómo se explica? ¿Hay algo que permita excusarlos de toda culpa en ello?*

Mira, no voy a juzgar a las personas, pues no soy nadie para hacerlo. Solo pretendo constatar un hecho: en la experiencia que he tenido, directa e indirecta con parlamentarios de diversos sectores y también con quienes trabajan con ellos día a día, asesorándolos en estas materias... diría que padecen de ignorancia vencible. Y la ignorancia vencible es siempre culpable. Difícilmente alguno de ellos puede decir ‘yo no sabía nada, a mí nunca nadie me dijo nada, nadie me ayudó a obtener la información, nadie se acercó a mí para poderme enseñar estas cosas que son complejas’, no. La información ha estado en abundancia, disponible para ellos, siempre.

- *¿Cuál sería el criterio de razón para tal decisión?*

Yo lo considero completamente irracional, así de simple. Ahora en algunos casos es bastante evidente que no hay ninguna disposición a modificar un punto de partida que ya es ideológico. Hay parlamentarios que suscriben esta ideología con todas sus letras. Otros no tienen idea que se trata de *una ideología gravísima*. La falta de formación es abrumadora. Pero a pesar de los esfuerzos para entregarles información, asesorarlos, hacerlos conscientes de los riesgos, de los daños, de las afectaciones al bien común, en fin, muchos permanecen impávidos, más preocupados de encuestas y cálculos electorales que de servir a la Patria legislando de modo serio, profesional y racional, hacia el Bien Común.

- *En la Comisión de Derechos Humanos del Senado chileno se discute un proyecto que busca autorizar el cambio de nombre y sexo registral para personas que así lo deseen; permitiéndoles requerir además ayuda del Estado para intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo, ajustado a su libre deseo. ¿Podría exponernos brevemente su opinión respecto de este proyecto específico?*

Me opongo de fondo al proyecto de ley en primer lugar por la definición de identidad de género que contiene. Esa categoría, si bien ya está en la Ley de No Discriminación, no la define... aquí sí. Y el antecedente causal de la definición de identidad de género consagra la mera subjetividad o identidad sexual autopercebida, que ya conversamos, como la causa eficiente de un derecho subjetivo. Eso me parece *aberrante, desde el punto de vista jurídico* y mucho más desde el punto de vista antropológico. Pero eso no es todo. En su redacción actual –porque aún se está tramitando y puede cambiar–, el cambio de nombre y sexo registral, y eventualmente las intervenciones quirúrgicas para adaptar el cuerpo a la identidad sexual autopercebida, no se limita a los mayores de edad, sino que también se permite a los menores de edad, a solicitud de sus representantes legales, sin que medie siquiera la exigencia previa de un certificado médico. ¿Cómo va a ser razonable que un niño que no tiene aún asumida su personalidad, con todo lo que eso implica, pueda acceder a este supuesto derecho y eventualmente acceder a cirugías que lo mutilan y son completamente irreversibles? Ahora, ¿qué ocurre si una persona que ya estaba casada y tenía hijos y es hombre, ahora se cambia a mujer civilmente....? ¿Esos niños van a tener dos mamás? ¿O dos papás? Asimismo con este proyecto se consagra el matrimonio homosexual de facto. Una persona civilmente podrá cambiar de sexo, y se casa con otra persona de sexo contrario aparecerán ante la ley como personas de sexo opuesto, pero biológicamente serán del mismo sexo. No puede ser que por secretaría se ingrese a Chile el matrimonio homosexual sin discusión al respecto. Existen muchas otras cuestiones graves que el proyecto permite. Si tú revisas la legislación comparada en países que han retrocedido en estas materias, y a pesar de contener un punto de partida errado, antropológicamente equivocado, establecen limitaciones, hay un mínimo de racionalidad. Ninguna es tan liberal como ésta, que es copia literal de la ley argentina.

- *¿No existe algún instrumento que permita ponerle un veto a estos proyectos de Ley?*

Si eventualmente llegara a ser ley vamos a estudiar su constitucionalidad. Creo que el Tribunal Constitucional tendrá que pronunciarse.

- *¿Si la Constitución chilena protege la familia, al que está por nacer, cómo se permite una ideología como la de género que a través de leyes menores aplasta la Constitución? ¿Acaso no es inconstitucional la ideología de género?*

Yo sostengo que sí: la concepción de persona humana que recoge nuestra actual Constitución es incompatible con esta ideología.

- *La ministra chilena del Servicio Nacional de la Mujer comprometió el pasado mes de abril en Naciones Unidas que en Chile habrá ley de aborto y otras*

*que explicitan la ideología mencionada, cuando ni siquiera se ha discutido en el país...*

Era de esperarse. Además ella incurrió en una ignorancia inexcusable o faltó a la verdad porque decir que en Chile hay altas tasas de mortalidad materna asociada al aborto clandestino está absolutamente refutado por estudios serios como los del doctor Elard Koch. Pero, claro, aumentar las cifras es un argumento abortista que se ha usado siempre y en todas partes.

- *Las organizaciones LGBT despliegan en ámbitos educacionales su agenda ideológica y de reivindicaciones. También desde el gobierno afirman que difundirán la ideología de género en contenidos educativos. ¿No es una violación a la libertad de conciencia de los padres y los propios estudiantes?*

Sí, pero existen mecanismos para intentar frenar o impedir que esto ocurra y hay personas avocadas al estudio de esas alternativas. Siempre son pocas, tienen poco tiempo, lo hacen ad honorem, por amor a Dios y la Patria, pero existen. Sin embargo me preocupa que las personas de buena voluntad, no necesariamente católicos y por cierto los católicos, gente con buena formación y sentido común, no tengan idea que estas cosas están ocurriendo. Sería bueno despertarlos, reme- cerles la conciencia.

- *Una sociedad civil organizada*

Si hay algo que temen los parlamentarios es al voto que les permite acceder al poder. No puede ser que en un país mayoritariamente católico este pueblo permanezca impávido. *El país se está cayendo a pedazos en materias graves y la mayoría no tiene idea.*

- *¿Qué derechos de la familia constituida por un hombre y una mujer son menoscabados con una potencial ley de matrimonio para personas del mismo sexo que les dará también derecho de adopción?*

El argumento liberal dice que no existe afectación, porque no se obligará al heterosexual a contraer un matrimonio que no quiera. Se sostiene que podrán seguir casándose –un hombre y una mujer– sin que nadie lo impida. Yo no suscribo esa tesis. Las leyes que permiten la realización de “actos intrínsecamente malos” son *leyes que aprueban positivamente el mal y dañan el bien común, siempre*. Algunos dicen, bueno, ¿pero cuál sería el efecto concreto? Los hay y existen estudios, hay literatura al respecto. Pero aun cuando no tuviéramos esa evidencia el argumento permanece: las leyes no deben permitir la realización de actos intrínsecamente malos, si lo hacen son injustas y dañan el Bien Común. Y a veces caemos en la trampa de discutir subordinados a las estadísticas, a los insuperables datos duros... ‘Yo tengo más estudios que dicen esto, yo tengo la encuesta que...’. Pero necesitamos discutir con rigor, con mayor abstracción: desde los principios iluminar la contingencia, y no crear los principios a partir de lo contingente.

## MI PERCEPCIÓN SOBRE LA “TEORÍA DE GÉNERO”

Sobre esta materia hay muy abundante literatura, pero yo he venido hoy aquí para presentar una posición que en nuestros días es muy minoritaria y no tiene acceso al poder comunicacional ni al poder estatal o supraestatal. Se puede formular resumidamente así: hay una realidad humana y una realidad social que contiene en sí los bienes de los que brotan los principios básicos de la moralidad sexual. Por consiguiente, esos principios no están sujetos a “construcción”, aunque puedan vivirse de maneras diversas según diversas concreciones culturales.

Ocurre con estos principios de los que hablo algo semejante a lo que ocurre con el lenguaje. Obviamente, el lenguaje es un fenómeno cultural. Pero eso no quiere decir que no sea natural. No es correcto oponer lo natural a lo cultural como si fueran dos atributos contrarios, que no se pudieran dar en el mismo sujeto. Chomsky ha mostrado que el lenguaje es natural. Pero, más allá de las observaciones de este autor, lo cierto es que si el lenguaje tiene sentido y es posible la traducción de una lengua a otra de las afirmaciones de intención teórica es porque los significados de las palabras son naturales, aunque los signos acústicos, visuales o táctiles que son las palabras mismas sean convencionales o institucionales. Lo mismo ocurre con toda la ética. Ya Platón había observado que en todas las culturas diversas que entraron en contacto a causa de las diversas expansiones imperiales en los siglos VIII a IV antes de Cristo había en común la búsqueda de la virtud, aunque esa búsqueda se encarnaba de maneras diversas.

En las materias que nos ocupan hoy, sexuales y familiares, el mismo Platón nos dejó un testimonio inequívoco sobre el poder de la razón sin asistencia de la revelación. En efecto, en el libro VIII de las *Leyes*, contra la casi generalizada aceptación entre los intelectuales griegos de ciertas prácticas homosexuales y del infanticidio, Platón enseña que debe respetarse la ley que la naturaleza nos impone en esta materia de la cópula sexual. Es decir, *“que no se una un hombre a otro hombre; que no se dé muerte deliberadamente al género humano; que no se siembre sobre rocas y piedras, donde nunca germinará la semilla sembrada; y que se abstenga finalmente todo el mundo de todo surco femenino en que no se quiera que nazca esa semilla”*.

Platón sabía que su fidelidad a la verdad no era popular, como lo sé yo también. Por eso añadió algo así como esto: *“sé que muchos jóvenes, llenos de humor seminal, van a tomar rocas y lanzarlas contra nosotros, si proponemos este principio, alegando que es imposible vivir así”*. Ante semejante objeción, el ateniense respondió que sí es posible vivir así y que lo testimonian los atletas que, por ganar una corona en el estadio, se abstienen por largas temporadas de todo contacto carnal. Nosotros hoy tenemos muchos más ejemplos, pues durante la historia ha habido multitud de clérigos que han vivido el celibato santamente, así como multitud de cristianos casados que han vivido santamente en el matrimonio.

Platón añadió después de eso que la unión matrimonial debía ser una monogamia perfecta. De aquí podemos sacar la siguiente consecuencia: hay una

moral verdadera sobre el uso de la cópula sexual y sobre algunos de los rasgos esenciales de la familia, y esa moral se puede alcanzar sin la revelación divina. Incluye todos los rasgos que señaló Platón. En nuestra sociedad esta moral recibe una fuerte oposición, primero porque hay masas de seres humanos que no quieren controlar sus pasiones, y que quieren hacer uso, en el matrimonio, o fuera de él, de mecanismos contraceptivos: la aceptación de estos mecanismos destruye la base misma de la moralidad sexual y familiar. Sobre esto tengo un artículo en el libro homenaje a Juan Antonio Widow, cuyo título es *Razón y tradición*, en el segundo volumen, que yo mismo dejé en la biblioteca de Humanidades. Pero, segundo, y más importante, hay otra razón que apuntó san Juan Pablo II de manera muy valiente en su encíclica *Evangelium Vitae* y en su libro *Memoria e identidad*: esta moral recibe oposición porque hay estructuras enormes de poder que quieren disminuir las tasas de natalidad de países que ellos consideran como peligrosos; y que quieren corromper la moral de las masas, porque corromperlas es el mejor camino para someterlas a un poder despótico. Las cosas son al revés de lo que en algunas de sus obras dice Foucault: no es la verdad lo que constituye al poder contra el que hay que sublevarse, sino que, pues el poder existe necesariamente, su único posible límite es la verdad. Sin la verdad, y sobre todo sin la verdad moral, nada puede oponerse al poder, éste se puede ejercer despótica y aun totalitariamente sin que nadie pueda resistir. Sin la verdad, sólo puede subsistir la actitud de Stalin, cuando se enteró de la condena moral del Papa: “¿Cuántas divisiones [de tanques] tiene el Papa?”, comentó el tirano.

Hoy día hay fuertes movimientos que se oponen a la verdad moral en esta materia. No voy a describirlos, sino que voy a referirme a cuáles son sus presupuestos básicos. En primer lugar, el dualismo. En segundo lugar, el progresismo. En tercer lugar, el individualismo. En cuarto lugar, las tendencias a la manipulación lingüística propias de las ideologías marxista, nietzscheano-heideggeriana y psicoanalítica. Veamos cada uno:

#### A. EL DUALISMO

Puede decirse que *El discurso del método* es el texto fundador del dualismo. Allí, Descartes considera que el *yo* es una substancia espiritual y el cuerpo una substancia extensa, diferente del *yo*. Como todo el resto de la substancia extensa, el cuerpo no es más que un objeto de dominación por parte del *yo*, según Descartes. La mayor parte de los movimientos que promueven la llamada *teoría de género* son dualistas, aunque también materialistas. Son dualismos especiales, pero que comparten con el cartesianismo la negación de una naturaleza animal que integre al *yo*. Por eso ven la naturaleza del sexo como un asunto irrelevante desde el punto de vista de lo que ellos llaman *género*. No hay verdad intrínseca en la constitución animal del ser humano, y mucho menos una verdad que pueda afectar la moral sexual y familiar.

Este dualismo puede presentársenos como “*liberador*”, pero la verdad es que encierra en sí el peligro de la más aterradora supresión de la libertad. Baste recordar el *Brave New World* de Aldous Huxley. Como ha mostrado el Papa Pío XII, la naturaleza humana no puede confundirse con la naturaleza no humana. Mientras la naturaleza no humana puede ser objeto de una dominación

científica razonable (como sostendría un sano ecologismo), la ciencia debe limitarse a servir a la naturaleza humana. La ciencia, entonces, debe relacionarse de formas muy diferentes con la materia humana y con la materia no humana. De otra manera, tendremos un sujeto que domina y otro que es dominado, como en los experimentos humanos, la clonación, la fertilización *in vitro* y en el aborto, por ejemplo.

## B. AQUÍ TOCAMOS OTRO PUNTO, QUE ES EL PROGRESISMO

Su documento fundacional es nuevamente *El discurso del método*. En este aspecto, el problema reside en que se pretende reemplazar la moral por la técnica, se intenta conseguir el bien humano por medio de una acumulación de los bienes técnicos. Descartes sostiene que los hombres serán sabios cuando se desarrolle la medicina, y podrán gozar sin esfuerzo de los bienes de la tierra. La llamada tecnociencia nos traerá de nuevo al paraíso, sin necesidad de una redención del alma. Esta misma actitud se descubre en el uso de la píldora o de otros mecanismos anticonceptivos, de la fertilización *in vitro*, y, en general, en la ruptura entre sexo y procreación, dirigida supuestamente a resolver problemas prácticos. La actitud contraria se descubre en el uso de lo que se conoce como métodos naturales de espaciamiento de los hijos.

## C. EL INDIVIDUALISMO ES EL TERCER PRESUPUESTO

En general se concibe que existe un individuo que entra por una suerte de pacto o consenso a formar la sociedad política, como lo formularon Ockham y Locke, sobre todo. A ese individuo<sup>1</sup> se le conceden supuestos “derechos” que hacen volar por los aires las instituciones intermedias. Hoy asistimos a una verdadera disolución de la familia que usa esta estrategia, precisamente. Ciertos “derechos” del niño y ciertos abusos de otros derechos introducen indebidamente en el seno de la familia la injerencia estatal y de organismos internacionales. Otros “derechos” subvierten la naturaleza del matrimonio y, por tanto, el núcleo de la familia. Hablar de “matrimonio homosexual” es cambiar la institución del matrimonio: ya no se trataría de una comunidad de vida en cuyo seno se conciben los hijos conforme a la naturaleza y se crían y educan, sino que sería una suerte de reconocimiento estatal de una asociación amorosa. Todos los amores tienen supuestamente el mismo derecho a ser reconocidos. El amor entre dos hombres, entre dos mujeres, entre cuatro hombres y ocho mujeres, entre una mujer y un niño, entre un hombre y una bestia, entre una persona y sí mismo... Eso es el cumplimiento del plan marxista de abolir la familia, pero con una nueva táctica más fácil de comercializar, digamos. De esta manera se destruye el último bastión de institucionalidad intermedia que cubre al individuo ante el poder omnímodo del Estado: queda el individuo con sus pulsiones desnudo ante el *Leviatán*.

---

<sup>1</sup>Que a veces se reduce a una suerte de paquete de pulsiones, como ocurre en el freudianismo e, incluso, en la obra de Judith Butler.

#### D. LAS TENDENCIAS A LA MANIPULACIÓN LINGÜÍSTICA DE DIVERSAS IDEOLOGÍAS

He sostenido que un rasgo esencial de las ideologías más extremas es la tendencia a la manipulación lingüística y a la negación de la verdad como adecuación, acompañada de la afirmación de que la verdad es, en realidad, una máscara del poder que puede ponerse al servicio de la revolución. Esto lo encontramos por primera vez en las *“Tesis sobre Feuerbach”* de Karl Marx y Friedrich Engels, pero luego aparece en muchos otros autores. En la obra de Foucault es ésta la principal arma para la subversión de la moral. Lo que en realidad es el único freno posible que se puede oponer al poder desnudo, se presenta a quienes serán las víctimas de ese poder como una limitación opresora. De este modo, el pueblo y sobre todo los jóvenes forjan sus propias cadenas, efectivamente.

Por otra parte, en estas ideologías, pero no necesariamente en todos sus seguidores, se usan las palabras como armas<sup>2</sup>. Sobre esto se podría decir más en el tiempo de preguntas. Para cerrar, acabemos con una descripción del fenómeno de estas ideologías [se refiere directamente a la nazi y a la comunista] por parte de Hannah Arendt:

*Las formaciones de élite se distinguen de los miembros ordinarios del partido en que ellas no necesitan tales demostraciones y ni siquiera tienen que creer en la verdad literal de los clichés ideológicos. Éstos se fabrican para responder a una búsqueda de la verdad que se da entre las masas, que, en este insistir en que se den explicaciones o demostraciones, todavía tienen mucho en común con el mundo normal. [...] La entera educación de [los miembros de las formaciones de élite] se dirige a abolir su capacidad de distinguir entre la verdad y la falsedad, la realidad y la ficción. Su superioridad consiste en su habilidad para resolver inmediatamente cualquier afirmación de un hecho en una declaración de objetivos<sup>3</sup>.*

CARLOS A. CASANOVA\*

---

<sup>2</sup>Cuando se habla de “conquista de libertad” se comienza a enviar a prisión o a excluir del mundo académico o de los medios de comunicación a quienquiera que piense distinto. Cuando se habla de “familia” lo que realmente se quiere es abolirla. Cuando se habla de “derechos”, en realidad, se busca oprimir a la mayoría o corromperla, primero, para que luego ame sus cadenas o las necesite, etcétera.

<sup>3</sup>*The Origins of Totalitarianism* (Nueva York: A Harvest Book-Harcourt Inc., 1994), 384-385.

\*Este artículo corresponde a las palabras pronunciadas por el autor en el Foro llamado “Cámara Lucida”, sobre “teoría de género”, organizado por el movimiento NAU en la Facultad de Letras de la PUC.

## IDEOLOGÍA DE GÉNERO ¿AMENAZA REAL AL MATRIMONIO Y LA FAMILIA?\*

### I. INTRODUCCIÓN

Se encuentra en tramitación en el Senado, en primer trámite constitucional, el proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. El objetivo del proyecto es reconocer y dar protección al derecho a la identidad de género de las personas. Para ello propone establecer una regulación que permita a toda persona obtener, por una sola vez, la rectificación de su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil e Identificación, cuando no coincidan –se señala en el informe– con su verdadera identidad de género, en conformidad con las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales en materia de igualdad y no discriminación.

Para lograr el objetivo ya mencionado, el proyecto busca terminar con supuestas situaciones de discriminación y exclusión que afectarían a muchas personas en Chile, por la imposibilidad de manifestar y vivir su identidad de género, cuando hay una incongruencia entre el sexo asignado registralmente y el nombre, la apariencia y la vivencia personal del cuerpo<sup>1</sup>.

Avanzar en esta materia –se señala– es ir terminando con la discriminación que sufren ciertos grupos en el país. Especialmente importante sería reformar las normas legales sobre registro de nombre y sexo, para que respondan a las necesidades de las personas cuyo nombre y sexo registrado son incongruentes con su identidad de género. Con ello se cumpliría, de paso, con obligaciones y deberes internacionales del Estado en materia de derechos humanos<sup>2</sup>.

### II. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR IDENTIDAD DE GÉNERO?

El proyecto de ley señala en su artículo 2° lo siguiente: “Para los efectos de esta ley se entenderá por identidad de género la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”<sup>3</sup>.

---

\*Con la gentil autorización de la Fundación Jaime Guzmán.

<sup>1</sup>Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Boletín N° 8.924-07, 5.

<sup>2</sup>Véase informe Comisión DD.HH., 8.

<sup>3</sup>Art. 2° Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Véase Informe Comisión DD.HH., p. 24. Esta definición es tomada del documento

Esta definición es tomada de otras dos que se recogen, tanto en un informe al Consejo de Derechos Humanos de ONU de 2010 –por parte del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud–, como en los llamados “Principios de Yogyakarta” sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”.

El primero dice que se define la Identidad de Género como: “*La experiencia profunda del género, vivida interna e individualmente por cada persona y que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer, incluido el sentido personal de la expresión corporal y otras expresiones del género*”<sup>4</sup>.

Por su parte, los “Principios de Yogyakarta” señalan en su preámbulo que la identidad de género se refiere a “*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*”<sup>5</sup>.

De las definiciones se desprende que el género –a diferencia del sexo– es un constructo social derivado de la vivencia interna de los individuos en cuanto a sentirse hombre o mujer. Esa vivencia interna configuraría, tanto las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre, como el significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias.

¿Es esta idea correcta? Categóricamente no. Tradicionalmente la palabra “género” se ha asociado con sexo y con todo el contenido biológico que éste implica. Sin embargo, desde la aparición de la ya expandida teoría del género este vocablo ha ido adquiriendo connotaciones muy diferentes. Es innegable que la cultura juega un rol muy importante en el papel sexual que juegan las personas, pero también lo es que la identidad genética es un presupuesto fundamental en la búsqueda de la propia identidad sexual. Por lo mismo, tanto lo que se ha llamado desde siempre “género” como el sexo –o cultura y biología– son dos dimensiones que contribuyen a la formación de una misma realidad: la identidad sexual, y como queda de manifiesto ambos conceptos no son excluyentes, sino complementarios<sup>6</sup>. Sin embargo, como ya está dicho, el concepto de género que ha acuñado la ideología del mismo nombre ha sido provisto de un significado totalmente antagónico a lo sexual, entendido desde el punto de vista biológico. Para la ideología del género ya no habría tal complementariedad, sino absoluta independencia –cuando no oposición– entre la carga biológica y los elementos culturales tradicionalmente asociados a cada sexo.

---

“Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos” elaborado por la oficina regional para América del Sur del Alto Comisionado de la ONU. Disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orentaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>

<sup>4</sup>Véase informe Comisión DDHH, 14.

<sup>5</sup>*Ibidem*.

<sup>6</sup>Véase Aparisi Ángela. *Ideología de género: de la naturaleza a la cultura*, en *Persona y Derecho*, N° 61, 170.

¿Cómo se relacionan lo biológico y lo cultural en la identidad sexual de la persona? Desde un punto de vista biológico, cada persona se sitúa en la existencia como varón o como mujer. Todo el proceso de desarrollo de un nuevo ser humano es un *continuum* claramente ordenado a que el cuerpo que se está formando se defina por su condición de hombre o mujer, con sus peculiaridades propias y específicas<sup>7</sup>. De esta manera, el organismo humano constituye la primera fuente de identidad personal del individuo, y su identidad sexual y las relaciones familiares que se desprenden de esa realidad –maternidad, paternidad, filiación y fraternidad– se encuentran ancladas en su organismo, y marcarán radicalmente la vida de la persona.

Ahora bien, la diferencia entre varón y mujer no está limitada sólo por la dimensión somática. En efecto, la identidad sexual se continuará construyendo con posterioridad al nacimiento y a lo largo de las distintas etapas de la vida, hasta construirse definitivamente, en la etapa de la pubertad. De ahí que la literatura especializada otorgue mucha importancia al término “sexo psicológico”, que se define como la convicción íntima y firme de pertenencia a un género determinado. Esta adecuación de la psicología a la realidad biológica no debería estudiarse como algo externo o ajeno a la persona, sino más bien como una dimensión personal que se desarrolla de manera natural y consciente, como su modo de ser o su configuración natural<sup>8</sup>. Por ello, se puede afirmar que la adquisición de la identidad –personal y sexual– es un proceso sociopsicológico que tiene como base la realidad biológica. No puede haber antagonismo, entonces, entre dos dimensiones que forman una unidad determinada por la formación de un cuerpo que se ha constituido como hombre o mujer.

Ahora bien, esta relación entre lo físico –el sexo, lo dado– y lo cultural –que a su vez depende de la influencia de otros factores como la educación, los factores culturales, la propia conducta, etc.– no siempre se ha entendido así. Con el paso del tiempo se han podido identificar tres formas de entender la relación entre ambos conceptos.

El primer modelo es el que identifica sexo con género. A cada sexo le corresponderían funciones sociales determinadas e invariables a lo largo de la historia, justificando biológica y culturalmente la subordinación de la mujer al hombre. Esta teoría, tradicionalmente identificada con el machismo extremo, exageraba la diferencia entre los dos sexos y asignaba funciones sociales de diferente categoría. Así, al hombre se le entregaba la responsabilidad de lo público –política, economía, producción o trabajo remunerado– mientras que a la mujer se le asignaban funciones en el ámbito privado –reproducción, crianza y educación de los hijos, economía doméstica, etc.–.

Este modelo se considera erróneo en cuanto señala que el género procedería única y exclusivamente del sexo. La segunda concepción de la relación sexo-género es la que concibe una independencia absoluta entre ambas categorías.

---

<sup>7</sup>Véase Chomalí y otros. “La homosexualidad. Algunas consideraciones para el debate actual acerca de la homosexualidad. Antecedentes científicos, antropológicos, éticos y jurídicos en torno a las personas y las relaciones homosexuales”. Centro de Bioética. Facultad de Medicina. Pontificia Universidad Católica de Chile, 22.

<sup>8</sup>Véase Polaino Aquilino. *Sexo y cultura*. Instituto de Ciencias para la Familia. Navarra. 1998, 47.

Para esta posición lo cultural no tiene ninguna relación con lo biológico, por lo que masculinidad y femineidad serían dos conceptos independientes totalmente contruidos desde lo cultural. Esta concepción es un rechazo de la exageración del primer modelo, y dado su punto de partida la legislación no debiera hacer ningún distingo basado en el sexo. Para lograrlo plantea tres objetivos: 1) la revolución sexual de clases (mujer absolutamente igual al hombre); 2) absoluto control de la reproducción por parte de la mujer; y 3) liberación sexual de costumbres. Además, dado que la identidad sexual es un constructo cultural, ésta es mucho más variada que la tradicional diferenciación masculino-femenino.

El tercer modelo parece ser el más razonable, pues se aleja de los extremos antes vistos: ni hay identidad inmutable entre sexo y género, ni tampoco separación hasta la total desvinculación entre ambos. Se reconoce que los sexos son sólo varón y mujer, pero las funciones que se atribuyen a cada uno de ellos pueden ser intercambiables. El género, en concreto, tiene dimensiones fundadas en el sexo biológico, pero otras muchas derivadas de la cultura en la que hombre y mujer se encuentren. Podría decirse que se postula una igualdad en la diferencia, pues reclama para ambos sexos la participación compartida de labores que desde siempre se asociaban a alguno de los dos sexos. Por lo mismo, se reconoce que “no todos los estereotipos sociales atribuidos a los dos sexos son siempre indiferentes, sino que algunos tienen raigambre biológica, de manera que no son una mera construcción cultural cambiable, sino que están inexorablemente unidos a la diferenciación sexual; así no es lo mismo ser padre que madre a la hora de educar a los hijos”<sup>9</sup>.

Las derivaciones de este enfoque son evidentes: fomento de la incorporación femenina al mercado laboral; promoción de la llamada conciliación trabajo-familia; mayor participación masculina en las labores de crianza y educación de los hijos; mayor participación de la mujer en la esfera pública, como los ámbitos político o económico, entre otras. Muchas de estas iniciativas ya se han integrado en varias políticas públicas implementadas en nuestro país.

### III. ¿EXISTE UN DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO?

Según el proyecto, sólo cuando se reconoce el respeto a la identidad de género puede aspirarse a una vida plena, con pleno respeto al orden público e institucional y pleno goce y ejercicio de los derechos esenciales como la igualdad y la no discriminación. La identidad, por lo tanto, debiera entenderse en sentido amplio: la integridad psíquica, el nombre, la libertad de expresión y conciencia, la vida privada y a la honra, entre otros.

Fundándose en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política<sup>10</sup> se señala que, si bien la Constitución no incluye expresamente el “derecho a la identidad”, las bases del orden constitucional chileno se complementan con el

---

<sup>9</sup>Lankenhorn, D. *Fatherless America*, Nueva York, Basic Books, 1995, 328. Citado en Elósegui, *op. cit.*, 85.

<sup>10</sup>Norma que establece como límite a la soberanía el respeto a los derechos humanos contemplados en el artículo 19° de la Carta Fundamental, más los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

derecho internacional de los Derechos Humanos, donde existe base suficiente para entender que el “derecho a la identidad” debe ser protegido como un derecho fundamental. Sobre el punto se dice, además, que el derecho a la identidad está reconocido y garantizado en el artículo 8° de la Convención de los Derechos del Niño, y que el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se ha referido a la orientación sexual y a la identidad de género como características propias de las personas que no son modificables sin un detrimento a su identidad.

Respecto de la legislación internacional, el proyecto se ampara en las siguientes normas:

El Pacto de San José de Costa Rica –del cual Chile es parte– establece en su artículo 2° que *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*. El artículo 1° del Pacto consagra la no discriminación.

Por otra parte, la igualdad y la no discriminación están reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de 1966, y en casi la totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte. En este sentido se entiende por discriminación –según el Comité de Derechos Humanos– *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquiera otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*. Este mismo Comité ha dicho que se trata de una enumeración abierta y que se pueden incluir otros motivos o categorías sospechosas de discriminación. Por tanto, se deduce que también la integra la identidad de género, tanto como la orientación sexual<sup>11</sup>.

Otra muestra de la consonancia del proyecto con el Derecho internacional vigente, sería la adecuación de éste al mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en 2012 ha señalado: *“...la Comisión observa que el derecho a la Identidad de Género de las personas trans es esencial para el ejercicio de sus Derechos Humanos. La CIDH insta a los Estados a tomar las medidas necesarias en todas las esferas de la intervención pública para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas trans, sin discriminación alguna. Para ello, es esencial, entre otros, la adopción de políticas públicas y protocolos que incluyan una perspectiva que tome en cuenta la identidad de género de las personas trans y sus necesidades específicas”*<sup>12</sup>.

Finalmente, se invocan los “Principios de Yogyakarta”, especialmente la definición de identidad de género contenida en su preámbulo. Todo lo ya indicado comprobaría el reconocimiento de la Identidad de Género como un derecho fundamental y la obligación jurídica de protegerlo. En consecuencia, su negación y no reconocimiento es un claro acto de discriminación en conformidad al derecho internacional de los derechos humanos, que se traduce además en la vulneración

---

<sup>11</sup>Informe, 11.

<sup>12</sup>Informe, 14.

de una serie de otros derechos, particularmente en el ámbito de las relaciones privadas y de familia.

¿Es correcta la conclusión anterior? Ciertamente no. En efecto, los llamados “Principios de Yogyakarta” no han sido acordados en ninguna conferencia internacional, ni han surgido de ninguna institución de las Naciones Unidas, como tampoco han sido debatidos por representantes de diferentes países.

Esta declaración fue fruto de un autodenominado “Panel internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género” formado *ad hoc*. Los principios cuentan con la firma de veintinueve personas entre las que se encuentran activistas feministas y de asociaciones de gays y lesbianas, algunos profesores de Derecho y magistrados, varios relatores y algunos miembros de comités de la ONU. Del 6 al 9 de noviembre de 2006 organizaron una reunión en una universidad de Indonesia, en la ciudad de Yogyakarta, a la que solo acudieron dieciséis personas. Al año siguiente, en marzo de 2007, difundieron el texto de los principios<sup>13</sup>.

Como puede apreciarse, los miembros del grupo autor de los Principios de Yogyakarta no fueron elegidos por los gobiernos de país alguno, por lo que no representan a ningún Estado. Son un reducido grupo de personas sin capacidad de comprometer jurídicamente a país alguno. “Los redactores consideran que los Estados ya se han obligado en cuestiones de *orientación sexual e identidad de género* en virtud de anteriores tratados internacionales de derechos humanos. Por ello –sin que nadie se los haya solicitado– se propusieron recopilar y clarificar estas obligaciones, como si fueran principios emanados de un tratado internacional. La pretensión es clara: hacer de su opinión ideológica una fuente de ley internacional”<sup>14</sup>.

Por lo tanto, los Principios de Yogyakarta carecen de carácter jurídico y no son en absoluto vinculantes para ningún Estado, así como tampoco para una organización internacional ni social alguna. Como ya se ha visto, no se trata de una resolución internacional, ni mucho menos de un tratado internacional. El texto de los principios dice sistematizar y afirmar las obligaciones preexistentes de los Estados en materia de derechos humanos, pero en realidad se pretenden crear y desarrollar nuevas obligaciones internacionales: un nuevo estándar legal mundial –o una redefinición de los derechos humanos– conforme a la ideología de género sin fundamento jurídico alguno.

Además, señalar que este concepto estaría integrado en los principales tratados de derechos humanos, a través del principio de no discriminación que tendría entre sus causales la identidad de género es una falacia. En primer lugar, porque ninguno de los tratados internacionales señalados contempla ningún derecho a la identidad de género ni equivalente; en segundo lugar, porque cuando se trata la *no discriminación* en estos mismos tratados, se establece entre sus causales el sexo, no la orientación sexual ni menos la identidad de género; en tercer lugar, porque donde sí se habla de identidad de género es en algunos de los llamados *Comités*<sup>15</sup> que son órganos *ad hoc* que se crean para supervisar la aplicación de

---

<sup>13</sup>Véase <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1951/2504>

<sup>14</sup>Véase <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1951/2504>

<sup>15</sup>Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de los Derechos del Niño; el Comité contra la Tortura o el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer.

los tratados por parte de los diferentes Estados. No obstante, como estos órganos no son jurisdiccionales, sus decisiones no tienen un valor vinculante, sino que sólo constituyen una recomendación para los países que han suscrito sus respectivos protocolos.

Se ha dicho que los motivos específicos de discriminación mencionados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros tratados de derechos humanos no son exhaustivos, pues los Estados, cuando redactaron estos tratados, establecieron intencionalmente algunos motivos de discriminación abiertos al utilizar la frase “cualquier otra condición social”. No obstante, no es para nada claro que la identidad de género sea una *condición social*. En efecto, se entiende por condición *la naturaleza o conjunto de características propias y definitorias de un ser o de un conjunto de seres*. Pues bien, algo en sí mismo mutable y subjetivo como la vivencia interna de las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre –en eso consiste el género– no puede ser definitorio de una persona, precisamente porque es mudable, como el propio proyecto lo quiere reconocer. En otras palabras, una condición es una característica personal que no se puede cambiar y que, por eso mismo, debe estar protegida contra toda discriminación arbitraria. Si en virtud de la identidad de género la sexualidad de una persona fuese algo modificable ya no se estaría en presencia de una “condición”, sino de una “opción” que podría variar a conveniencia del propio sujeto. Salta a la vista, entonces, que definir la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género...” es una petición de principio que parece no resistir mayores análisis.

#### IV. EL PROYECTO DE LEY Y SU CONTENIDO

4.1. Desde el punto de vista sustantivo, se define<sup>16</sup> la identidad de género en los términos ya señalados, con lo cual queda de manifiesto la inspiración ideológica del proyecto. El problema de definir la identidad sexual desde un aspecto tan subjetivo como la “vivencia interna” es que podría generar problemas de seguridad jurídica, pues hay muchas normas cuya aplicación es diferente tratándose de hombres o de mujeres. Lo más delicado se produce en materia de familia, pues el matrimonio es un contrato solemne que tiene como uno de los requisitos de existencia –además del consentimiento y la presencia del oficial del Registro Civil– la diferencia de sexos.

La doctrina dice que el derecho de familia es la parte del derecho civil que regula las situaciones y vínculos jurídicos relativos al matrimonio, la filiación y el parentesco. De hecho se entiende por familia el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por vínculos de parentesco, comprendiendo dentro de este último, el natural y el de adopción<sup>17</sup>. Dado lo anterior, es el contrato matrimonial<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup>Artículo 2° del proyecto de ley.

<sup>17</sup>Véase Court Murasso Eduardo, *Curso de derecho de familia*. LegalPublishing. 2009, 4.

<sup>18</sup>De aprobarse el proyecto de uniones de hecho llamado acuerdo de vida en pareja AVP, podría considerarse también la mera convivencia como fuente de derechos de familia. Sin embargo, esta legislación todavía no se aprueba y aunque se aprobara en nada menoscabaría al matrimonio como principal fuente de esta parte del derecho.

el inicio de las relaciones de familia y para que este exista, como ya está dicho, es necesaria la diferencia de sexo. En caso de aprobarse el acuerdo de vida en pareja que regularía las uniones de hecho y/o el matrimonio homosexual ese requisito dejaría de ser esencial, sin embargo, eso es precisamente lo que busca el proyecto en comento: dejar sentado jurídicamente que el sexo biológico no es constitutivo de la identidad sexual de las personas. Por lo tanto, los efectos de aprobar esta iniciativa van mucho más allá de un mero cambio o corrección en la partida de nacimiento, o el cambio de sexo y nombre. Aceptar en el ordenamiento jurídico el concepto de identidad de género es abrir la puerta a todas las iniciativas legales ya indicadas, incluso con adopción de hijos por parte de parejas homosexuales.

Puede concluirse que legalizar un concepto artificial y difuso como lo es la “identidad de género” implicaría alterar la esencia misma del matrimonio y, de paso, redefinir, tanto el derecho de familia, como el concepto mismo de ésta. Tras modificar el significado de esta institución, sería muy difícil oponerse, además, a la creación de nuevos derechos de adopción y reproducción asistida, que serían alegados también por las parejas del mismo sexo.

4.2. En el artículo 3º se señala que toda persona podrá obtener, por una sola vez, la rectificación de su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre, cuando no coincidan con su Identidad de Género<sup>19</sup>. No obstante, si como ya se ha indicado, la identidad de género emana de la propia vivencia interna –o la del cuerpo, vestimenta, modo de hablar o los modales– esta identidad es esencialmente modificable y sería una contradicción restringir la rectificación a “una sola vez”. Es perfectamente posible pensar que una persona pueda equivocarse o corregir una decisión tomada en el sentido de cambiar su identidad sexual con el paso del tiempo. Insistir en esta única oportunidad dejaría en evidencia que lo que se busca es desplazar la dimensión biológica de la sexualidad dejando la condición masculina y femenina al arbitrio de meras decisiones ideológico-culturales del momento.

Además, la expresión *toda persona* impide distinguir entre menores y mayores de edad. Por lo tanto, sería posible aplicar las normas –también las que permiten intervenciones quirúrgicas para adaptar el cuerpo a la identidad sexual autopercebida– a niños y adolescentes. Como lo cuestiona un abogado de la Universidad Católica “¿Cómo va a ser razonable que un niño que no tiene aún asumida su personalidad, con todo lo que eso implica, pueda acceder a este supuesto derecho y eventualmente acceder a cirugías que lo mutilan y son completamente irreversibles?”<sup>20</sup>.

4.3. Este mismo criterio queda de manifiesto cuanto el proyecto se refiere a los requisitos para ejercer este derecho. En el artículo 4º se señala que para acreditar la identidad de género y solicitar el cambio de nombre y sexo no será exigible, por el tribunal, el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos. Bastaría con el ofrecimiento de información sumaria y por escrito. Parece muy poco razonable que en una materia de tanta trascendencia

---

<sup>19</sup>Informe, 24.

<sup>20</sup>Véase entrevista a Álvaro Ferrer en periódico Portaluz, en <http://infocatolica.com/?t=noticia&cod=20746>

para la propia persona y la sociedad no se exija una mayor coherencia entre “la vivencia interna del cuerpo” con las características sexuales inherentes a éste.

4.4. Además, el texto señala que para conocer de la gestión a que se refiere la ley se ha fijado como competente al Juez de Familia del domicilio del peticionario. Se estima que la mayor especialización de esta judicatura frente a los temas de estado civil, lo hace el foro más adecuado. No obstante, lo anterior es un error. Es la propia Corte Suprema la que ha señalado que no se justifica disponer que una justicia especializada como es la de Familia conozca las acciones que contempla este proyecto, considerando más adecuado otorgar competencia al juez civil para conocer de dicha gestión. La razón de lo anterior radica en que tanto El cambio de nombre (Ley N° 17.344) como la ley de no discriminación (N° 20.609) tienen un procedimiento radicado en la justicia civil. Además, la ley sobre Tribunales de Familia (N° 19.968) no tiene dentro de las normas que fijan su competencia la posibilidad de hacer la rectificación que contempla el proyecto.

4.5. Finalmente, el inciso segundo y el tercero del artículo 8° de este proyecto señalan que la nueva inscripción en la partida de nacimiento no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio en las partidas de nacimiento, y que tampoco afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables<sup>21</sup>. Sin embargo, ello parece muy poco probable. ¿Cómo podría el cambio de sexo no alterar el régimen matrimonial o de filiación o el contrato de salud previsional –que tiene planes diferenciados para hombres y mujeres– o con las normas previsionales, etc.? Este proyecto, en definitiva, parece obedecer más a intenciones ideológicas que a soluciones de problemas concretos.

## V. CONCLUSIONES

Si se considera que el único factor determinante de la identidad sexual humana es la biología, se incurriría en un determinismo ciego a la realidad. Evidentemente, la cultura y la libertad poseen un importante papel en la configuración de los roles femenino y masculino en la sociedad. Es necesario, por lo tanto huir tanto de un reduccionismo “biologicista”, como de uno “culturalista”, que ignora que el ser humano es también su cuerpo, su realidad biológica. Es en este extremo en el que han caído muchos ambientes académicos, políticos, sociales y culturales en las últimas décadas, y el proyecto de ley en comento es un claro ejemplo. Su principal defecto radica en la consagración jurídica del ambiguo y radical concepto de “identidad de género” que permitiría una serie de nuevas regulaciones absolutamente ajenas a la tradición cultural del país<sup>22</sup>.

La incorporación al derecho de la ideología del género no hará otra cosa que socavar los pilares sobre los que se estructura la familia y la sociedad. Eliminado

---

<sup>21</sup>Informe, 27.

<sup>22</sup>Uniones de hecho, matrimonio homosexual y adopción por parte de uniones homosexuales.

o tergiversado el concepto de naturaleza humana –constituida a partir de su cuerpo que, a su vez, está modalizado sexualmente como hombre o mujer– queda relativizado el concepto de familia que surge a partir de esa modalización sexualmente diversa y complementaria, con el fin de unión y fecundidad. Más allá de las contradicciones internas del proyecto, esta es la consecuencia más grave e importante de su articulado.

Negada la naturaleza humana, o identificada como absoluta libertad y autonomía, la modalización sexual del ser humano –hombre o mujer– es un dato más que podría ser modificable. Si ello es así, también sería mutable la forma de unión correspondiente a esa forma de ser hombre o mujer. Como muy bien lo señala un profesor de derecho: “sin referencia a su corporeidad, lo natural [en el hombre] sería cualquier expresión de identidad sexual, siempre que nazca de una decisión autónoma. De este modo, la familia no sería una realidad anterior, sino una construcción sin forma precisa fruto de una decisión individual. En ella, evidentemente, la prole no tiene dignidad por sí misma, sino en función del o de los progenitores, dejando de ser sujeto y pasando a ser objeto al que ellos tienen derecho y, por tanto, pueden adquirir y, ¿por qué no?, disponer a su arbitrio”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup>Véase Frontaura Carlos, *Importancia de la familia*, en Cartas al Director. *El Mercurio*/Santiago, 30.12.12.

## UNA IDEOLOGÍA DE GÉNERO

La Presidenta Bachelet propuso crear un Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género. Este nuevo ente estatal tendría funciones similares al actual Sernam, pero teniendo como objetivo principal la coordinación y evaluación de “políticas, planes y programas destinados a promover la equidad de género, igualdad de derechos y de procurar la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres”.

Si bien compartimos la idea de fomentar políticas públicas que impulsen el desarrollo y la participación de la mujer a través de distintos medios, consideramos, no obstante, que este proyecto equivoca el camino al inspirarse en ideologías que poco contribuyen al respeto de la dignidad de la mujer.

En efecto, el respeto por la dignidad de la persona –en este caso de la mujer– implica la consideración de su esencia y naturaleza, cuestión que la ideología de género niega. Lo anterior queda de manifiesto al pretender la eliminación de algunas funciones esenciales que hoy cumple el Sernam para el desarrollo individual y familiar de una mujer, tales como promover estudios para el análisis de la realidad de la mujer y de su grupo familiar; fomentar y proponer medidas tendientes a fortalecer la familia y cada uno de sus miembros; impulsar medidas para dignificar el trabajo doméstico como un aporte indispensable para el funcionamiento de la familia y la sociedad; fomentar el valor fundamental de la maternidad para la sociedad y velar por su protección. Estas medidas simplemente ya no se consideran relevantes.

En el proyecto se visualiza a la mujer como a una persona en estado de inferioridad respecto de los hombres en aspectos de la vida social, económica, laboral, política e intelectual. Se establece una discriminación positiva que pretende favorecer a las mujeres por sobre los hombres, pero ello no necesariamente contribuirá al real mejoramiento de las distintas facetas mencionadas, pues la amarran a depender de estas “ayudas estatales especiales” y la consideran individualistamente.

La ideología de género –que alude a la percepción subjetiva que un individuo tiene sobre sí mismo en cuanto a sentirse hombre o mujer y añade, por tanto, una dimensión autónoma de identificación– nos aleja de la posibilidad verdadera de proteger y potenciar las cualidades de una mujer. Pareciera que ser mujer es una categoría abstracta opuesta a lo masculino y en abierta competencia a “los hombres”. Se olvida que se es mujer de una forma concreta, ya sea como trabajadora, parlamentaria, dirigente social o gerente, pero también, y antes que eso, como hija, esposa o madre. Muchas mujeres quieren desarrollarse también en estos aspectos, ¿por qué cerrarse entonces a ayudarlas? Así, es necesario superar este rasgo ideológico para poder impulsar políticas que contribuyan efectivamente a crear condiciones sociales que permitan ofrecer una mirada más justa hacia la mujer.

En ese sentido, si se busca potenciar un mejor trato social entre hombres y mujeres, el proyecto debiese considerar a éstas no sólo dentro del mundo laboral, sino también –y al igual que los hombres– dentro de la institución familiar y no

como un individuo solitario o aislado, pues la familia es el único lugar donde a las personas se les valora por lo que son y no por lo que representan, tienen o hacen. De esta forma, antes de crear un ministerio para potenciar a la mujer –y a la ideología de género– es necesario fomentar y amparar la fraternidad intrínseca de la vida familiar, donde se tenga presente que el bien común de todos sus integrantes se construye día a día con respeto, compromiso y complementariedad entre hombre y mujer.

ERICKA FARIÁS\*

---

\*Publicada en *La Tercera*, sábado 19 de julio de 2014.

## ¡NO MÁS LAVADO DE CEREBRO EN NORUEGA! DESMONTAN EL MITO DE LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO

En diciembre del 2011 hubo un golpe devastador para la *“Ideología de Género”* curiosamente en los países pioneros de esta teoría. El *Consejo Nórdico de Ministros* (Consejo Intergubernamental de Cooperación Nórdico: Noruega, Suecia, Finlandia, Dinamarca e Islandia) decidió cerrar el *Instituto de género nórdico NIKK* que estaba situado en Oslo.

El dato empírico a nivel mundial es que hay una *gran desigualdad en número de mujeres y hombres* al comparar los *estudiantes de carreras de ingeniería y técnicas*, donde las mujeres son una minoría, con las *carreras de derecho, enfermería o magisterio* donde los hombres son una minoría.

Ante esta desigualdad en los números, la *ideología de género* pretende *eliminar los estereotipos* y la *educación de roles* para compensar la elección de las carreras hasta que llegue a haber la *mitad de hombres y de mujeres en todas las profesiones*. Este es un objetivo importante a batir por los organismos responsables de la igualdad de género en vez de centrarse en la *igualdad de oportunidades y derechos* y la *libertad de escoger*. Según dicha ideología, el *ser hombre o mujer* no es una *cuestión biológica*, sino *cultural*. Son roles que se adquieren y se deciden influidos por la *cultura, la educación y el entorno*, es decir, que no se *“nace”* hombre o mujer, sino que uno se *“hace”* hombre o mujer.

NIKK había sido el promotor de la *“Ideología de Género”* y proporcionaba la base *“científica”* a las políticas sociales y educativas que, a partir de 1970, contribuía a que los países nórdicos fueran más *“sensibles al género”*. La *decisión de cerrar el Instituto* fue tomada después de que la *televisión estatal noruega emitiera un documental* en el que se expone el *carácter absolutamente anticientífico de la NIKK* y su *“investigación”*.

El productor de estos documentales es *Harald Eia*, un presentador noruego que trabaja de forma similar a Jordi Évole en España, y que ha adquirido cierta popularidad en Noruega. Eia, que también tiene una licenciatura en ciencias sociales, estaba intrigado por el hecho de que, a pesar de todos los *esfuerzos de los políticos e ingenieros sociales para eliminar los “estereotipos de género”*, las chicas seguían optando por *profesiones “femeninas”* (por ejemplo, enfermeras, profesoras, etc.), mientras que los chicos seguían siendo atraídos por *“carreras masculinas”* (por ejemplo, la de ingenieros, técnicos, trabajadores de la construcción, etc.). Las *políticas de “igualdad de género”* aplicadas desde hace décadas, en vez de ayudar, *habían hecho que la tendencia fuese incluso más acentuada*.

En su *documental*, Eia realiza algunas *preguntas inocentes a los principales investigadores* y científicos de la NIKK. Luego transmite las respuestas a los científicos del mundo, sobre todo Reino Unido y EE.UU., lo que provoca risas e incredulidad entre la *comunidad científica internacional*, porque esta ideología no viene apoyada por ninguna *investigación empírica*. Eia, después de filmar esas

reacciones, regresa a Oslo, y se las muestra a los *investigadores de NIKK* que se quedan sin habla, totalmente *incapaces de defender sus teorías*.

La *falsedad de la "ideología de género"* quedó en evidencia y *dejó en ridículo al Instituto ante la audiencia televisiva*. Los ciudadanos nórdicos empezaron a preguntarse por qué era necesario financiar con 56 millones de euros de los contribuyentes una ideología basada en una *"investigación"* que no tenía *ninguna credencial científica, así que retiraron la financiación al instituto*. En el año 2013 se creó otro instituto en Suecia con un nombre parecido *NiKK Información de género*, con funciones meramente *informativas de noticias sobre género*.

En conclusión, unas pocas *preguntas inocentes* fueron suficientes para *desmontar el mito de la ideología de género* en una TV noruega. Esperemos que se aprenda la lección en otros países, empezando por *España, la UE y la ONU*, donde *esta ideología domina las estrategias políticas de igualdad entre hombres y mujeres*, en lugar de partir de las *diferencias entre sexos, de su complementariedad y sinergias* y, sobre ellas, *construir sociedades más humanas, más ricas y más sostenibles*.

Una *ramificación de esta ideología* (la de la *discriminación positiva privilegiada para gays, lesbianas, transexuales y bisexuales*) está estos días batallando por ganar en algunos parlamentos autonómicos de España. Lo *peor de esta teoría política* que se está *imponiendo de manera dictatorial* con rotunda censura a los que la critiquen, no es que sea mala en sí, *es que sea falsa* como demostró este documental. Porque entonces no sólo *no habrá nadie verdaderamente beneficiado*, sino que *se perderá mucho tiempo, esfuerzo y dinero*, sin contar el coste de los aprendizajes negativos que minan el sentido común y tienen efectos duraderos.

NURIA CHINCHILLA\*

---

\*Publicado en VivaChile.org

## ¿CÓMO LEGALIZAR CUALQUIER FENÓMENO, DESDE LA EUTANASIA HASTA EL CANIBALISMO?

¿Cómo legalizar cualquier fenómeno, desde la eutanasia hasta el canibalismo?, RT traducía al español un sugerente artículo del *columnista ruso Evgueni Gorzhalsán* publicado en ADME. Gorzhalsán aplica la “ventana de Overton” a un caso extremo: el mecanismo de aceptación pública del canibalismo. Pero creo que no es muy complicado sustituir el ejemplo por otros: divorcio, aborto, matrimonio homosexual, pederastia, incesto, eutanasia...

Joseph P. Overton, vicepresidente del Centro Mackinac de Políticas Públicas, postuló que dentro de un área de política pública determinada, por ejemplo, la educación, *sólo un pequeño conjunto de políticas, principios o actuaciones se considera políticamente aceptable*. Ese conjunto, “ventana”, no se define por lo que prefieren los políticos, sino más bien por lo que creen que pueden apoyar sin poner en riesgo su elección. Esa ventana puede estar más abierta o ser más ancha, según la metáfora que se prefiera, según cambian las ideas de la sociedad que los elige.

Overton adscribe los grados de aceptación de las ideas públicas a estas categorías:

- Inconcebible o impensable
- Radical
- Aceptable
- Sensato
- Popular
- Política

Gorzhalsán pone el ejemplo radical de *cómo convertir en aceptable la idea de legalizar el canibalismo* paso a paso, desde la fase en que se considera una acción repugnante e impensable, completamente ajena a la moral pública, hasta convertirse en una realidad aceptada por la conciencia de masas y la ley. Eso no se consigue mediante un lavado de cerebro directo, sino en técnicas más sofisticadas que son efectivas gracias a su aplicación coherente y sistemática sin que la sociedad se dé cuenta del proceso.

Reproduzco el “sugerente camino” al canibalismo legal que propone Gorzhalsán según las categorías de aceptación de Overton (itálicas mías, redacción original).

### PRIMERA ETAPA: DE LO IMPENSABLE A LO RADICAL

Obviamente, actualmente la cuestión de la legalización del canibalismo se encuentra en el nivel más bajo de aceptación en la “ventana de posibilidades” de Overton, ya que la sociedad lo considera como un fenómeno absurdo e impensable, un tabú.

Para cambiar esa percepción se puede, amparándose en *la libertad de expresión*, trasladar la cuestión a *la esfera científica*, pues para los científicos normalmente no hay temas tabú. Por lo tanto, es posible celebrar, por ejemplo, un simposio etnológico sobre rituales exóticos de las tribus de la Polinesia y discutir la historia del tema de estudio y obtener declaraciones autorizadas sobre el canibalismo, garantizando así la transición de la actitud negativa e intransigente de la sociedad a una actitud más positiva.

Simultáneamente, hay que *crear algún grupo radical de caníbales*, aunque exista solo en Internet, que seguramente será advertido y citado por numerosos medios de comunicación. Como resultado de la primera etapa de Overton, el tabú desaparece y el tema inaceptable empieza a discutirse.

## SEGUNDA ETAPA: DE LO RADICAL A LO ACEPTABLE

En esta etapa, hay que seguir citando a los científicos, argumentando que *uno no puede blindarse a tener conocimientos sobre el canibalismo*, ya que si alguna persona se niega a hablar de ello será considerado un hipócrita intolerante.

Al condenar la intolerancia, también es necesario *crear un eufemismo para el propio fenómeno* para disociar la esencia de la cuestión de su denominación, separar la palabra de su significado. Así, el canibalismo se convierte en ‘antropofagia’, y posteriormente en “*antropofilia*”.

Paralelamente, se puede crear un *precedente de referencia, histórico, mitológico, contemporáneo o simplemente inventado*, pero lo más importante es que sea legitimado, para que pueda ser utilizado como prueba de que la antropofilia en principio puede ser legalizada.

## TERCERA ETAPA: DE LO ACEPTABLE A LO SENSATO

Para esa etapa, es importante promover ideas como las siguientes: “el deseo de comer personas está genéticamente justificado”, “a veces una persona tiene que recurrir a eso, si se dan circunstancias apremiantes” o “un hombre libre tiene el derecho de decidir qué come”.

Los adversarios reales a esos conceptos, es decir, la gente de a pie que no quiere ser indiferente al problema, intencionadamente *se convierten para la opinión pública en enemigos radicales cuyo papel es representar la imagen de psicópatas enloquecidos*, oponentes agresivos de la antropofilia que llaman a quemar vivos a los caníbales, junto con otros representantes de las minorías.

Expertos y periodistas en esta etapa demuestran que durante la historia de la humanidad siempre hubo ocasiones en que las personas se comían unas a otras, y que eso era normal.

## CUARTA ETAPA: DE LO SENSATO A LO POPULAR

Los medios de comunicación, con la ayuda de personas conocidas y políticos, ya hablan abiertamente de la antropofilia. Este fenómeno empieza a aparecer

en películas, letras de canciones populares y videos. En esta etapa comienza a funcionar también la técnica que supone la promoción de las referencias a los *personajes históricos destacados* que practicaban la antropofilia.

Para justificar a los partidarios de la legalización del fenómeno se puede recurrir a la *humanización de los criminales* mediante la creación de una imagen positiva de ellos diciendo, por ejemplo, que ellos son las víctimas, ya que la vida los obligó a practicar la antropofilia.

#### QUINTA ETAPA: DE LO POPULAR A LO POLÍTICO

Esta categoría supone ya empezar a *preparar la legislación para legalizar el fenómeno*. Los grupos de presión se consolidan en el poder y publican encuestas que supuestamente confirman un alto porcentaje de partidarios de la legalización del canibalismo en la sociedad. En la conciencia pública se establece un nuevo dogma: “La prohibición de comer personas está prohibida”.

Esta es una técnica *típica del liberalismo que funciona debido a la tolerancia como pretexto para la proscripción de los tabúes*. Durante la última etapa del “movimiento de las ventanas” de Overton de lo popular a lo político, la sociedad ya ha sufrido una ruptura, pues las normas de la existencia humana se han alterado o han sido destruidas con la adopción de las nuevas leyes.

Gorzhaltsán concluye que el concepto de las “ventanas de posibilidades”, inicialmente descrito por Overton, puede extrapolarse a cualquier fenómeno y es especialmente fácil de aplicar en una sociedad tolerante en la que *la llamada libertad de expresión se ha convertido en la deshumanización* y donde ante nuestros ojos se eliminan uno tras otro todos los límites que protegen a la sociedad del abismo de la autodestrucción.

JUANJO ROMERO\*

---

\*Publicado en Infocatólica el 19.4.2014.



# JURISPRUDENCIA



**CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO**  
**(16.8.2013)**  
**Sernac con Caja de Compensación de Asignación**  
**Familiar Los Héroes**

Santiago, dieciséis de agosto de dos mil trece.

VISTOS Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

1º) Que el SERNAC fundamenta su apelación en que la denuncia en estos autos dice relación con la prestación de servicios crediticios de la Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Héroes, los que si bien en la instancia administrativa pueden ser fiscalizados por la Superintendencia de Seguridad Social, en virtud de la Ley N° 18.833, ello es desde el punto de vista técnico y administrativo, lo que es corroborado por la Ley N° 16.365, que contiene el Estatuto Orgánico de la referida Superintendencia, mas no desde el punto de vista jurisdiccional, en tanto no existe norma alguna dentro de dicho estatuto que considere la posibilidad de conceder indemnizaciones de perjuicios, lo que sólo puede obtenerse a través de un tribunal de justicia. Agrega que de acuerdo con los artículos 3 inciso primero letra b), 12 y 23 de la Ley N° 19.496, este cuerpo normativo opera supletoriamente, en cuanto a los aspectos jurisdiccionales involucrados en la conducta denunciada, al no detentar tales facultades la Superintendencia de Seguridad Social.

2º) Que, cabe advertir que estos autos dicen relación con una denuncia infraccional que el SERNAC interpone en contra de la Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Héroes, por las condiciones y circunstancias que rodean el otorgamiento de créditos de consumo a personas de tercera edad que son afiliadas a dicha entidad, amparándose quien acciona en el interés general de los consumidores.

3º) Que, existiendo un interés general de los consumidores comprometido en la materia en cuestión, lo cierto es que estos créditos de consumo a personas de tercera edad otorgados por la Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Héroes a sus afiliados, constituyen prestaciones de seguridad social que se encuentran reguladas por leyes especiales.

4º) Que, en efecto, la Ley N° 18.833 sobre Estatuto General de las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, establece en el artículo 1º inciso primero, que “Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, en adelante Cajas de Compensación, entidades de previsión social, son corporaciones de derechos privado, sin fines de lucro, cuyo objeto es la administración de prestaciones de seguridad social...” y faculta a dichas entidades en su artículo 21 para “establecer un régimen de prestaciones de crédito social, consistente en préstamos en

dinero y que estará regida por un reglamento especial” que es el contenido en el DS N° 91 de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, cuyo artículo 13 entrega a la Superintendencia de Seguridad Social la facultad de impartir las instrucciones para el otorgamiento de tales prestaciones de crédito social. Todo lo anterior en concordancia con el artículo 3 de la Ley N° 18.833, relacionado con el artículo 23 de la Ley N° 16.396, al disponer este último precepto que las Cajas de Compensación de Asignación Familiar “estarán sometidas al control y fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social, la cual tendrá a su cargo la aplicación de las leyes y reglamentos vigentes respecto de dichas Cajas”, pudiendo dicho organismo aplicar sanciones conforme lo autoriza el artículo 57 de la misma Ley N° 16.396.

Además, la calidad de entidades de previsión social que detentan las Cajas de Compensación de Asignación Familiar ha sido reconocida para fines tributarios (v.gr. Ord. 2773 de 2001, del Servicio de Impuestos Internos) y para fines laborales (v.gr. Or. 4316/0212 de 2002, de la Dirección del Trabajo).

5°) Que, el que la conducta infraccional en estos casos quede entregada a un organismo administrativo –la Superintendencia de Seguridad Social– en lugar de un órgano jurisdiccional –un Juzgado de Policía Local– como pretende el SERNAC, es de toda lógica, desde que se trata de materias de orden técnico que involucran prestaciones de seguridad social, esto es, los créditos de consumo a personas de tercera edad afiliadas en virtud del artículo 16 de la Ley N° 19.539 a las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, respecto de los cuales el órgano administrativo está revestido de facultades legales especiales para fiscalizar las actuaciones que corresponda. En esta línea, nada obsta a que sea el propio SERNAC quien movido por el interés general que invoca, ponga los antecedentes respectivos en manos de la autoridad administrativa con facultad legal para sancionar.

6°) Que, en lo referido a eventuales indemnizaciones de perjuicios que pudiesen reclamar las personas de la tercera edad que, siendo afiliadas a una Caja de Compensación de Asignación Familiar, quisieran reclamar en sede jurisdiccional, ello no se vincula con el caso *sub lite*, pues el SERNAC sólo ha accionado en lo infraccional.

7°) Que, así las cosas, sólo cabe confirmar la decisión del juez *a quo*, en cuanto acció la excepción de incompetencia opuesta por la reclamada.

Por estas consideraciones, y en mérito de lo dispuesto por los artículos 1, 21 y 22 de la Ley N° 18.833, artículos 2, 23 y 57 de la Ley N° 16.395, artículo 16 de la Ley N° 19.539 y artículo 2 letra f) de la Ley N° 19.496, se confirma la sentencia enalzada de fojas 90, dictada con fecha seis de septiembre de dos mil doce<sup>1</sup>.

Comuníquese y devuélvase.  
Redacción de la Abogado Integrante Sra. Gajardo.  
Rol N° 1678-2012.

---

<sup>1</sup>Del 2° Juzgado de Policía Local de Providencia (rol 12.426-2012).

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Javier Aníbal Moya Cuadra e integrada además por la Ministro señora Pilar Aguayo Pino y la Abogado Integrante señora María Cristina Gajardo Harboe.

Autorizado por el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, a dieciséis de agosto de dos mil trece, notifiqué en secretaría por el estado diario la resolución precedente.

## COMENTARIO

### LAS FACULTADES DEL SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR RESPECTO DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN DE ASIGNACIÓN FAMILIAR

#### 1. *Antecedentes del caso*

El Servicio Nacional del Consumidor interpuso una denuncia en contra de la Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Héroes, por contravención a la Ley N° 19.496 (LPDC) en el ofrecimiento y contratación de créditos con personas de la tercera edad.

Sin pronunciarse respecto del fondo del asunto, el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia acogió la excepción de incompetencia opuesta por la denunciada, argumentando que existiría un organismo especializado –la Superintendencia de Seguridad Social- a quien el legislador habría encomendado la fiscalización de este tipo de entidades.

Dicha resolución fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, quien estimó que tanto el SERNAC como el Juzgado de Policía Local carecerían de facultades para interponer la denuncia y fallar el conflicto, respectivamente.

#### 2. *Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar como proveedores*

Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF) son definidas por el Art. 1 de la Ley N° 18.833 como “corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objeto es la administración de prestaciones de seguridad social”<sup>2</sup>.

La exigencia de la falta de lucro exigida por el legislador en la norma señalada ha motivado que se discuta su calidad de sujetos de una relación de consumo de acuerdo con la Ley N° 19.496.

En efecto, la LPDC define a los proveedores como “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa” (Art. 1 N° 2 LPDC).

De la mención expresa al cobro de una retribución, se podría deducir que sólo las personas jurídicas con fines de lucro que cumplieran los demás presupuestos

---

<sup>2</sup>Art. 1 inc. 1° Ley N° 18.833 que establece el Nuevo Estatuto General para las Cajas de Compensación de Asignación Familiar.

del Art. 1 N° 2 transcrito se encontrarían obligadas por la LPDC, quedando las demás sometidas a otras normativas especiales o al Derecho Común.

En este sentido se pronunció Fernández Fredes, al inicio de la vigencia de la LPDC, quien sostenía que el rasgo característico de los proveedores radicaba en su dedicación profesional a las actividades indicadas en dicha disposición –producción, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios–, lo que a su vez se determinaba por la habitualidad y el ánimo de lucro<sup>3</sup>.

No obstante lo anterior, si se examina el concepto otorgado por la LPDC se puede advertir que la ley no realiza distinción alguna, sino que únicamente exige que se dedique habitualmente a una de las actividades indicadas, a cambio de un precio o tarifa.

En distintas ocasiones, nuestros tribunales han condenado a personas jurídicas sin fines de lucro por infracción de la LPDC, pudiendo citarse como ejemplo las siguientes sentencias: “Sernac con Fundación Arturo López Pérez”<sup>4</sup> por falta de exhibición del precio de las prestaciones que ofrece (Arts. 3 letras a y b, 23 y 30 LPDC); “Sernac con Fundación Hospital Clínico de la Universidad de Chile”<sup>5</sup> por cobro de un precio superior al informado con anterioridad a la celebración del contrato de servicios médicos (Arts. 3 letra b, 12 y 23 LPDC); y “Andahur del Barrio con Fundación Arturo López Pérez”<sup>6</sup> por cobros improcedentes (Arts. 12, 23, 28 y 30 LPDC).

Así las cosas, las CCAF cumplen con los presupuestos establecidos en el Art. 1 N° 2 LPDC, por cuanto, son personas jurídicas, que se dedican de manera habitual a la prestación de servicios a consumidores finales<sup>7</sup> –en este caso crediticios– cobrando por ello una retribución<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup>Fernández Fredes, Francisco (1998): “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, en *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile, Vol. 1 N° 2, Santiago, p. 111.

<sup>4</sup>*Sernac con Fundación Arturo López Pérez* (2012): 1 JPL Providencia, Rol 23.658-11-2011, 11 de abril de 2012.

<sup>5</sup>*Sernac con Fundación Hospital Clínico de la Universidad de Chile* (2012); JPL Independencia, Rol 3830-OMF-2011, 18 de julio de 2012.

<sup>6</sup>*Andahur del Barrio con Fundación Arturo López Pérez* (2009): 2 JPL Providencia, Rol 13.248-B-2009, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 11185-2009, 19 de marzo de 2010.

<sup>7</sup>De acuerdo con el Art. 19 de la Ley N° 18.833 las actividades que pueden realizar este tipo de entidades son las siguientes: administrar los regímenes de prestaciones familiares, de subsidios de cesantía y de subsidios por incapacidad laboral; administrar el régimen de prestaciones de crédito social, el régimen de prestaciones adicionales y el régimen de prestaciones complementarias; recaudar y controlar la declaración y pago de las cotizaciones que correspondan para el régimen de subsidios por incapacidad laboral; invertir los recursos disponibles; efectuar las compensaciones que procedan con los empleadores afiliados y con fondos y entidades previsionales; prestar servicios, mediante convenios, a entidades que administren prestaciones de seguridad social; promover, organizar, coordinar y ejecutar iniciativas y acciones que tengan por objeto mejorar el bienestar social de los trabajadores afiliados y su núcleo familiar.

<sup>8</sup>No obstante, se debe hacer presente que ciertos negocios jurídicos gratuitos pueden igualmente quedar sujetos a la LPDC bajo ciertas circunstancias. Esta temática excede el ámbito de este comentario, pudiendo consultarse la bibliografía que existe al respecto: Fernández Fredes, Francisco (1998): “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, en *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad

La mayoría de la jurisprudencia se ha pronunciado además en este mismo sentido.

A modo de ejemplo se puede citar la causa “SERNAC con Caja de Compensación Los Héroes”<sup>9</sup>, que tuvo origen en el reclamo interpuesto ante el Servicio Nacional del Consumidor por parte de un consumidor a quien se le estaba cobrando una deuda que ya había sido pagada.

En este caso, la denunciada se defendió señalando que se encontraba regida por la Ley N° 18.833 (Estatuto General para las Cajas de Compensación de Asignación Familiar) y no por la LPDC, en atención a que no tenía el carácter de comerciante ni realizaba actos de comercio.

No obstante lo anterior, el Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago, rechazó dicha argumentación, atribuyéndose la competencia para conocer el asunto sometido a su decisión: “en relación a la naturaleza jurídica de las Cajas de Compensación de la Asignación Familiar, si bien ellas se crearon para administrar dicho beneficio social, ejerce otras labores que ocupan un amplio campo en el aspecto económico y que no dicen relación directa con el fin específico para la cual se crearon, como son por ejemplo, el tener establecimientos de educación para impartir cursos que dan título de carácter técnico y otros, que no se extienden solamente a los afiliados a la institución”. A mayor abundamiento, señaló que la circunstancia de que ciertas normas especiales –Leyes 18.833 y 17.322– sometan los créditos otorgados por las CCAF a las mismas normas de pago y cobro de las cotizaciones previsionales, no los transforma en prestaciones de seguridad social, puesto que si el deudor no continúa afiliado o ya no tiene remuneraciones, su cobro se regirá por las reglas vigentes para todo préstamo de dinero. Lo anterior, unido al cobro de un interés –tarifa– hacen calificar a la denunciada como proveedora, y al afectado como consumidor, por lo que la condenó al pago de una multa de 10 UTM, por infracción del Art. 12 LPDC.

Similar criterio adoptó el Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago en la denuncia “Sernac con Caja de Compensación de Asignación Familiar 18 de Septiembre”, interpuesta por vulneración del Art. 58 inc. final LPDC, esto es, no remitir al Servicio Nacional del Consumidor los antecedentes requeridos.

Al igual que en el caso anterior, la denunciada alegó la inaplicabilidad de LPDC, en atención a que el crédito contratado con un usuario –materia del requerimiento de información indicado– era civil para ambas partes, por lo que no se cumpliría con la exigencia del acto mixto como criterio de procedencia de la LPDC. Agregó que los órganos llamados a fiscalizar su actividad eran la Superintendencia de Seguridad Social y la Contraloría General de la República y no el actor.

No obstante, el tribunal rechazó dicha tesis y condenó a la denunciada al pago de una multa<sup>10</sup>, señalando que “hoy en día las actividades de una Caja

---

de Chile, Vol. 1 N° 2, Santiago, pp. 110 y 111; Momberg Uribe, Rodrigo (2004): *Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XVII, Valdivia, 41 a 62.

<sup>9</sup>Sernac con Caja de Compensación Los Héroes (2009): 4 JPL Santiago, Rol 4845-1-08, 9 de marzo de 2009.

<sup>10</sup>Sernac con Caja de Compensación de Asignación Familiar 18 de Septiembre (2009): 2 JPL Santiago, Rol 643-09, 23 de noviembre de 2009.

de Compensación que en su origen fueron creadas para la administración de determinadas prestaciones de seguridad social, han diversificado sus objetivos ofreciendo créditos sociales, beneficios en salud y educación, entre otros. La Caja al constituirse en acreedores cobran intereses por las operaciones de crédito que otorgan, siendo la denunciada una empresa que ofrece y presta servicios, como son los créditos que ofrece por los cuales cobra un precio, en este caso el interés, siendo el acto mercantil para el proveedor y civil para el consumidor, lo que hace aplicable la Ley N° 19.496<sup>11</sup>.

### 3. *Aplicabilidad de la Ley N° 19.496 a las actividades realizadas por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar.*

El Art. 2 bis de la Ley N° 19.496 excluye su aplicación a aquellas actividades que han sido reguladas por leyes especiales. No obstante, esa misma disposición consagra ciertos casos de excepción en que vuelve a resultar procedente, a saber: materias silenciadas por dichas leyes especiales; compromiso del interés colectivo o difuso de los consumidores; y ausencia de un estatuto indemnizatorio cuando se vulnera el interés individual de los consumidores.

En el caso que se comenta nos encontramos frente a una situación como la planteada, en la que se pretende atribuir responsabilidad infraccional a una entidad que igualmente se encuentra regulada por normas particulares, entre ellas, las Leyes N°s. 18.833, 19.439, 19.514, 16.395, 17.322.

Tal como se señaló con anterioridad, la sola existencia de una normativa especial no excluye la vigencia de la normativa general de protección del consumidor, puesto que el mismo Art. 2 bis LPDC señala aquellos supuestos en que ella vuelve a ser aplicable, rigiendo en todo caso como régimen supletorio.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el ámbito de aplicación de la LPDC ya no se encuentra taxativamente determinado en su Art. 2, luego de la modificación introducida por la Ley N° 19.944 en el año 2004.

En efecto, el texto original de la Ley N° 19.496, en su Art. 2° señalaba: “Sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”, seguido de ciertas excepciones a esta regla general.

A diferencia de lo anterior, la redacción actual de dicha norma señala simplemente en su encabezado “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley”, perdiendo por tanto su carácter taxativo. Por otra parte, se debe tener presente que el Art. 2 bis tampoco constituye hoy en día, la norma de clausura en lo que dice relación con la aplicabilidad del cuerpo legal en comento.

Así las cosas, y pudiendo calificarse a las CCAF como proveedores –de acuerdo con lo señalado con anterioridad– es que le resultan plenamente aplicables, tanto la LPC, como sus normas complementarias, entre las cuales se encuentran precisamente las leyes particulares que las regulan.

Este ha sido el criterio utilizado por el Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago, en la causa ya citada “SERNAC con Caja de Compensación Los

---

<sup>11</sup>SERNAC con Caja de Compensación de Asignación Familiar 18 de Septiembre (2009): 2 JPL Santiago, Rol 643-09, 26 de agosto de 2009.

Héroes”<sup>12</sup>, cuya sentencia definitiva si bien reconoce que el Art. 2 bis LPDC excluye su aplicación a materias reguladas por normas especiales, vuelve a regir cuando esta última no contemple un estatuto indemnizatorio –como ocurre en el caso de las leyes reguladoras de las CCAF–, de acuerdo con la letra c de la misma disposición.

4. *Las facultades del Sernac respecto de las actividades realizadas por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar.*

Conforme al Art. 3 de la Ley N° 18.833, las Cajas de Compensación de Asignación Familiar se encuentran sometidas a la supervigilancia y fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social y a la Contraloría General de la República, en lo que le corresponda de acuerdo a su ley orgánica.

Esta norma sirvió de fundamento a la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso en comento, para confirmar la sentencia interlocutoria por la cual el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia se declaró incompetente para conocer de la acción (considerando cuarto).

De acuerdo con el Tribunal de Alzada, el legislador entregó la potestad de pronunciarse respecto de la responsabilidad infraccional a un organismo administrativo –Superintendencia de Seguridad Social– en lugar de un órgano jurisdiccional –Juzgado de Policía Local–, en atención al carácter técnico de las materias que involucra, en este caso créditos de consumo a personas de tercera edad. De esta manera, nada obstaría a que sea el propio SERNAC quien movido por el interés general de los consumidores, ponga los antecedentes respectivos en manos de la autoridad que es verdaderamente competente, esto es, el órgano administrativo con facultades fiscalizadoras (considerando quinto).

No obstante lo anterior, cabe señalar que el control que ejerce la Superintendencia sobre las CCAF no impide otros que resulten aplicables, entre los cuales podría encontrarse un órgano jurisdiccional o bien una autoridad administrativa diferente.

Desde este punto de vista, si bien la circunstancia de que el legislador haya encomendado a un órgano de la Administración del Estado la función de fiscalizar el cumplimiento de la normativa especial que regula a las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, no impide que dentro de la competencia que le otorga el Art. 58 LPDC, el Servicio Nacional del Consumidor cumpla con su propio deber de velar por el respeto de la Ley N° 19.496, poniendo en conocimiento de las autoridades competentes –en este caso Juzgado de Policía Local– las eventuales infracciones a esta última normativa que advierta, por cuanto los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso son diversos.

Reafirma esta interpretación el propio tenor de la letra g del Art. 58 LPDC, que consagra expresamente las facultades judiciales del SERNAC cuando se ha infringido una ley especial.

La jurisprudencia mayoritaria igualmente se ha pronunciado en este último sentido.

En efecto, si bien el Segundo Juzgado de Policía Local de Santiago acogió las excepciones de incompetencia opuestas por las denunciadas en las causas

---

<sup>12</sup>SERNAC con Caja de Compensación Los Héroes (2009): 4 JPL Santiago, Rol 4845-1-08, 9 de marzo de 2009.

“SERNAC con Caja de Compensación de Asignación Familiar 18 de Septiembre”<sup>13</sup> y “SERNAC con Caja de Compensación 18 de Septiembre”<sup>14</sup>, sólo la primera de ellas fue confirmada por la Corte de Apelaciones, la que ordenó en el segundo caso al tribunal *a quo* que continuara conociendo del asunto sometido a su decisión.

Con posterioridad, en una tercera sentencia –“SERNAC con Caja de Compensación de Asignación Familiar 18 de Septiembre”–, el mismo Juzgado de Policía Local de Santiago señaló que la facultad fiscalizadora de la Superintendencia de Seguridad Social no obstaba a la potestad jurisdiccional de este tipo de tribunales ni a la función tutelar del Servicio Nacional del Consumidor. Argumentó en esta ocasión que mientras a la primera le correspondía el conocimiento administrativo de incumplimientos a normas de carácter técnico, el segundo en una sede distinta –jurisdiccional– debía pronunciarse respecto de la acción infraccional. El SERNAC en tanto, se encontraba facultado por el Art. 58 LPDC para velar por el cumplimiento de la LPDC<sup>15</sup>.

Este segundo criterio ha sido adoptado también por otros tribunales que se han atribuido igualmente la competencia para conocer las acciones interpuestas por el SERNAC en contra de una CCAF, pudiendo citarse como ejemplos los casos “SERNAC con Caja de Compensación Los Héroes” (4 JPL Santiago)<sup>16</sup> y “SERNAC con Caja de Compensación Los Héroes”<sup>17</sup> (2 JPL Providencia).

ERIKA MARLENE ISLER SOTO\*

---

<sup>13</sup>SERNAC con Caja de Compensación de Asignación Familiar 18 de Septiembre (2008): 2 JPL Santiago, Rol 15.327-M-2008, 16 de diciembre de 2008, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 1.414-2009, 3 de junio de 2009.

<sup>14</sup>SERNAC con Caja de Compensación 18 de Septiembre (2008): 2 JPL Santiago, Rol 3329-JCM-2008, 20 de agosto de 2008, revocada por la C. Ap. Santiago, Ing. 11.077-2008, 7 de enero de 2009.

<sup>15</sup>SERNAC con Caja de Compensación de Asignación Familiar 18 de Septiembre (2009): 2 JPL Santiago, Rol 643-09, 26 de agosto de 2009.

<sup>16</sup>SERNAC con Caja de Compensación Los Héroes (2009): 4 JPL Santiago, Rol 4845-1-08, 9 de marzo de 2009.

<sup>17</sup>SERNAC con Caja de Compensación Los Héroes (2010): 2 JPL Providencia, Rol 25.652-F-09, 4 de enero de 2010.

\*Profesora de Derecho Civil y Derecho del Consumidor, Universidad Bernardo O’Higgins; Profesora de Derecho del Consumidor, Universidad Gabriela Mistral; Abogado; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctora en Derecho ©, Pontificia Universidad Católica de Chile; Becaria Conicyt.

CORTE SUPREMA  
(9.12.2013)  
Ojeda Uribe con Fisco de Chile (Gendarmería)  
(Responsabilidad del Estado)

Santiago, nueve de diciembre de dos mil trece

Vistos:

En estos autos rol N° 314-2010 seguidos ante el Tercer Juzgado Civil de Punta Arenas, por sentencia de siete de noviembre de dos mil doce, escrita a fojas 209, se rechazó la demanda interpuesta por Teresa Ojeda Uribe en contra del Fisco de Chile.

Respecto de dicha decisión la parte demandante dedujo apelación. La Corte de Apelaciones de Punta Arenas revoca el fallo de primer grado y acoge la demanda planteada por Teresa Ojeda Uribe y condena al Fisco de Chile a pagar la suma de \$ 10.000.000 a título de indemnización de perjuicios por daño moral.

En contra de ese pronunciamiento el Fisco de Chile presenta recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

En los antecedentes del recurso cabe consignar que la demanda fue interpuesta por Teresa Ojeda Uribe en contra del Fisco de Chile y persigue que se declare la responsabilidad del Estado por falta de servicio con motivo de la tramitación injusta y arbitraria de un sumario administrativo a que fue sometido su conviviente, José Navarrete, quien era funcionario de Gendarmería en el Centro Penitenciario de Punta Arenas, todo lo cual causó en él una depresión que agravó la enfermedad de que padecía y que culminó con su muerte.

Explica la demanda lo siguiente:

1. En el año 2005 el Alcaide del establecimiento ideó la construcción de una pista de patinaje al lado de la cárcel y luego de una segunda pista, las cuales se ejecutaron con la maquinaria prestada por un interno y con el uso de petróleo destinado a fines institucionales.

2. Descubierta la pérdida del combustible ello significó la instrucción de un sumario administrativo, pero contra José Navarrete, pese a que el Alcaide era quien había dispuesto el uso ilícito del petróleo.

3. El 13 de noviembre de 2006 fue llamado para informarle de esa investigación y que había sido suspendido de sus funciones. Al día siguiente se le tomó declaración y comenzó la incertidumbre porque no querían comunicarle el resultado del sumario, todo ello en un contexto de hostigamiento de sus jefes directos, además de ser objeto de mofa, discriminación y trato peyorativo tanto por el personal de Gendarmería como por los internos.

4. Hubo falta de diligencia de Gendarmería en la prosecución del sumario administrativo dado que se quería ocultar a los verdaderos responsables de la distracción de 1600 litros de petróleo. Se vulneraron con creces los plazos legales para la tramitación del sumario administrativo. Sólo el 3 de septiembre de 2007 se le informa que la investigación está cerrada y que la fiscalía considera que no le asiste responsabilidad, por lo cual se propuso el sobreseimiento al Director Nacional.

5. Lo anterior provocó a José Navarrete y a su conviviente una profunda depresión, circunstancia que además agudizó el cáncer que afectaba al primero, muriendo el día 22 de noviembre de 2007 por colangio carcinoma, antes de que el Director Nacional aprobara el sobreseimiento.

6. En resumen se tramitó un sumario injusto y arbitrario porque se sabía perfectamente que el petróleo se había ocupado en fines no institucionales y con el objeto de eximir de responsabilidad a la plana mayor de Gendarmería Regional, perjudicando su honra y la de su familia.

Considerando:

*Primero:* Que el recurso de casación en el fondo denuncia que la sentencia impugnada infringió lo dispuesto en los artículos 47 inciso 1°, 1698, 1702 y 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil; y artículo 42 de la Ley N° 18.575, en relación con el artículo 19 del Código Civil.

En lo relativo a las disposiciones que denomina reguladoras de la prueba acusa que se tuvieron por acreditados hechos que legalmente no pudieron tenerse por probados, como son que Teresa Ojeda experimentó algún perjuicio como consecuencia de los hechos o incluso que José Navarrete haya experimentado daños que tengan causa en los hechos de autos y no en el cáncer terminal que le afectaba y que lo llevó a su muerte.

En cuanto al artículo 1698 del Código Civil señala que la demandante debió rendir prueba para acreditar el perjuicio que ocasionó la falta de servicio invocada y la relación de causalidad entre esas exigencias; empero la prueba que rindió se refiere a la situación de José Navarrete, a los supuestos perjuicios experimentados por éste y a una supuesta relación de causalidad existente entre esos elementos, sin que exista prueba referida a la situación de la demandante.

La recurrente afirma que no puede considerarse que el dolor constituya por sí solo un daño moral, si no va unido al detrimento real y probado de algún atributo o derecho inherente a la personalidad, situación que no se acredita, ni siquiera se prueban los hechos que habrían originado ese perjuicio, tanto en su existencia, naturaleza y entidad. Apunta que la sentencia acude a documentos privados emanados de terceros y no reconocidos por ellos relativos a la situación de José Navarrete, concluyendo que los actos u omisiones del personal superior de Gendarmería le causaron una depresión que agravó el cáncer de que padecía no obstante que conforme a la ciencia médica ese cáncer, originado el tumor, continúa creciendo, no respondiendo a factores exógenos, siendo su mayor complicación su detección tardía e ineficacia de tratamiento.

Enseguida sostiene que se conculcó el artículo 47 del Código Civil, toda vez que se tuvo por acreditado el daño a la actora a partir del perjuicio que habría experimentado Navarrete, circunstancia que se tiene por establecida en mérito

de documentos privados, no reconocidos por su parte ni ratificados por quien los extendió y que, en definitiva, carecen de valor probatorio.

Plantea que el tribunal nuevamente infringe el artículo 47 del Código Civil, pues estima que un solo hecho, cual es el supuesto perjuicio sufrido por Navarrete, tiene mérito para constituir base de una presunción judicial, desatendiendo así el tenor del precepto, vulnerando además el artículo 19 del mismo cuerpo normativo. Indica que el tribunal tiene por cierto el daño moral experimentado por la actora a partir del perjuicio sufrido por Navarrete, daño que a mayor abundamiento no se encuentra acreditado y que no tiene la calidad de ser conocido, calidad que exige el legislador para considerarlo como base de una presunción judicial y de aquel único hecho desconocido, el tribunal deduce y tiene por acreditado otro hecho desconocido. Plantea que idéntico razonamiento es posible efectuar respecto de la relación causal, toda vez que la Corte de Apelaciones también la deduce erróneamente.

A continuación aduce que se hizo una falsa aplicación del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 1712 del Código Civil, puesto que no concurren los requisitos de gravedad, precisión y concordancia que exige la ley para las presunciones judiciales. En relación a la gravedad, anota que el tribunal estableció que de un sumario administrativo, legalmente instruido, en que ni siquiera se llegaron a formular cargos en contra de Navarrete, se deriva un perjuicio y de ese hecho único base se deduce el daño moral de la actora. En lo relativo a la precisión, el hecho considerado como base de la presunción no puede dar lugar a sostener el perjuicio de la actora. En torno a la concordancia, señala que tampoco concurre, pues se trata de un solo hecho base al que el fallo le otorga mérito para deducir el perjuicio de la demandante.

Afirma que se vulnera el artículo 1702 del Código Civil, por cuanto se otorga valor probatorio a instrumentos privados no reconocidos ni corroborados por las personas que los extienden y a través de los cuales se tiene por acreditado el hecho base de la presunción. A vía de ejemplo, nombra los certificados y/o antecedentes médicos.

En cuanto a la infracción del artículo 42 de la Ley N° 18.575 indica que se conculca atendido que se tuvieron por existentes los elementos del daño y la relación causal entre la falta de servicio y el perjuicio con infracción de las normas reguladoras de la prueba.

*Segundo:* Que el fallo revocatorio mantuvo el considerando noveno de la sentencia de primer grado, por cuya razón deben tenerse por establecidos los siguientes hechos:

1. Gendarmería de Chile instruyó un sumario administrativo a fin de determinar la responsabilidad de José Navarrete en la sustracción de 1600 litros de petróleo del estanque de almacenamiento del generador eléctrico del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Punta Arenas. Navarrete estaba encargado de la extracción de petróleo desde ese generador.

2. La actora Teresa Ojeda fue conviviente de José Navarrete por nueve años.

3. José Navarrete fue suspendido de sus funciones con ocasión del sumario entre los días 3 de noviembre de 2006 y 28 de noviembre del mismo año. Se le levantaron cargos con ocasión de la sustracción de petróleo y finalmente fue sobreseído.

4. José Navarrete falleció el 22 de noviembre de 2007 a causa de un colangio carcinoma.

*Tercero:* Que, a su turno, el fallo de segunda instancia asentó lo siguientes hechos:

1. El año 2006 se construyó una cancha de patinaje y su camino de acceso en un terreno adyacente al Complejo Penitenciario mencionado, para lo cual se utilizó una máquina retroexcavadora de un interno que la operó, quien no gozaba de beneficio en el medio libre. La máquina fue cargada con petróleo procedente del estanque del generador de electricidad de la cárcel.

2. El 24 de octubre de 2006 el Coordinador Regional de Infraestructura de Gendarmería dio cuenta al Director Regional de Magallanes de la misma institución del faltante de 1680 litros de petróleo del mencionado estanque.

3. El mismo día el Director Regional, Alcaide Mayor Jorge Carrasco, ordena la instrucción de un sumario administrativo para establecer la responsabilidad administrativa que pudiera asistirle al personal de servicio respecto a la situación informada.

4. El 3 de noviembre de 2006 el Fiscal instructor suspende de sus funciones a José Navarrete con prohibición de acceso a la unidad penal.

5. Las primeras diligencias realizadas por el Fiscal permiten establecer que el combustible, en su mayor parte, fue destinado a una retroexcavadora de un recluso, destinada a obras que no respondían a la misión de Gendarmería, autorizadas por el Director Regional que ordenó la instrucción del sumario.

6. El 11 de diciembre de 2006 el Fiscal ordena levantar dicha medida.

7. El 26 del mismo mes el Fiscal decreta cerrada la investigación y se declara inhabilitado por encontrarse involucrados funcionarios con mayor grado.

8. El 4 de enero de 2007 el Director Regional nombra un nuevo fiscal.

9. El 30 de enero de 2007 la nueva Fiscal declara cerrado el sumario y también se declara inhabilitada por haber sido recusada por el Gendarme Navarrete y por encontrarse involucrados Oficiales de mayor grado.

10. El 13 de junio de 2007 acepta el cargo de Fiscal la abogada Pamela Reygadas.

11. Con fecha 4 de abril de 2008 por Resolución N° 1400 el Director Nacional de Gendarmería aplica una multa del 20% de su remuneración al Alcaide Mayor Jorge Carrasco por su responsabilidad administrativa, entre otros hechos, por: "Utilizar petróleo del estanque del generador, es decir, combustible fiscal para la retroexcavadora que efectuaba trabajos en el Complejo Penitenciario de Punta Arenas, acción que es reconocida por el propio interno y funcionarios". La misma Resolución sobresee al Gendarme Navarrete "Al no acreditarse grado de participación responsable en los hechos denunciados y debidamente investigados, relativos al faltante de petróleo para el equipo electrógeno de la Unidad Penal de Punta Arenas".

12. El sumario administrativo excedió con creces todos los plazos establecidos por la ley y concluyó con que el principal responsable resultó ser el jefe que ordenó la investigación, absolviendo de responsabilidad a José Navarrete.

13. Navarrete instó en forma permanente por conocer la marcha del sumario cuyo conocimiento se le negó en forma reiterada, no obstante haberse declarado cerrado el sumario en dos oportunidades, producto de la incertidumbre del resultado y proclamando su inocencia cayó en una profunda depresión que lo obligó a tener licencia médica, en cuyo periodo se le detectó una neoplasia, enfermedad

que durante su padecimiento fue agravada por la depresión ocasionada por la imputación injusta y la falta de conocimiento de la marcha del sumario y que en definitiva le ocasionó la muerte el día 22 de noviembre de 2007 sin saber su resultado final.

14. El dolor y el padecimiento del funcionario por la falta de un juicio justo y racional afectó gravemente a su conviviente ante los hechos que le ocasionaron el dolor y la angustia a ambos, circunstancia que se vio agravada al aparecer ante sus pares como imputado de un hecho que revistió caracteres de delito, prueba de ello fue que el Fiscal remitió los antecedentes al Ministerio Público de Punta Arenas.

*Cuarto:* Que el tribunal de alzada sobre la base de tales presupuestos fácticos razonó que los hechos que se han destacado en el sumario constituyen un “acto administrativo jurisdiccional irregular e ilícito, toda vez que por una parte, a) Una autoridad que tiene responsabilidad directa en el mal uso de bienes fiscales, ordena un sumario, nombra un Fiscal de Grado inferior, se acusa a un suboficial, se le suspende, se declaran inhabilitados dos Fiscales porque se encuentran involucrados Directivos de alto Grado, dicho sumario infringe gravemente la exigencia del artículo 135 del Estatuto Administrativo, que establece un plazo de 20 días para la investigación, toda vez que ésta excedió todos los plazos legales no obstante haber sido otorgada prórroga en varias oportunidades, pero lo que es más grave aún, que en definitiva se aplicó la sanción más grave al Director Regional que ordenó la investigación y se sobreseyó al suboficial encargado del generador, por no tener responsabilidad en los hechos. Y por otra parte, b) Gendarmería construye una cancha de patinaje y otras obras menores en los alrededores de la Cárcel, actividad absolutamente ajena a la función propia de la que entrega la ley a dicha institución, que es principalmente velar por la seguridad de las personas que por decisiones judiciales son condenadas a penas privativas o restrictivas de libertad”. Concluye que de los hechos acreditados permiten configurar los requisitos de la responsabilidad del Estado por falta de servicio. El tribunal razona que se configuran los requisitos para determinar la existencia de la responsabilidad del Estado por falta de servicio en dos aspectos, porque no es función de Gendarmería realizar obras a través de la ejecución directa de éstas, con todas las irregularidades constatadas y porque se ha tramitado un proceso administrativo sin las más mínimas garantías de un debido proceso que han afectado a un funcionario público. Se trata de una actividad imputable a la Administración que causa un daño a un funcionario y su pareja, habiendo nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo.

*Quinto:* Que, en primer término, cabe hacer presente que de la lectura del recurso de casación en el fondo no aparece cuestionamiento a la determinación del tribunal sentenciador consistente en establecer que la conducta atribuida a Gendarmería de Chile sea constitutiva de falta de servicio. A este respecto cabe recordar que la falta de servicio consistió en el defectuoso ejercicio, aún más de mala fe, de la potestad disciplinaria de que estaba investido el jefe superior de la institución, al involucrar en un sumario administrativo a un funcionario público que de antemano sabía que no tenía participación en los hechos ilícitos. Vale decir, el organismo de la Administración actuó irregularmente en la instrucción

y tramitación del sumario administrativo, que incluso significó la aplicación sin fundamento de la medida de suspensión preventiva de funciones por casi un mes y la falta de cumplimiento de los plazos legales que reglan la duración de los sumarios, manteniendo en suspenso la precaria situación del sumariado más allá de los mismos.

*Sexto:* Que lo reseñado en los fundamentos que preceden pone de manifiesto que la cuestión jurídica esencial que plantea el recurso de casación estriba en la inobservancia de la normas que denomina reguladoras de la prueba, que en concepto del impugnante, correctamente aplicadas, habrían llevado a los jueces del fondo a tener por no acreditada la existencia del daño moral alegado y el vínculo causal de éste con la falta de servicio.

*Séptimo:* Que en lo concerniente a la infracción a los artículos 47, 1698, 1702, 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil que la demandada estima contrariados en los razonamientos de los jueces del mérito, en razón de que éstos con el sólo mérito de certificados emanados de terceros y no ratificados en juicio por ellos han dado por acreditado el dolor del conviviente de la actora y consecuentemente han inferido su sufrimiento, al respecto cabe señalar que esta Corte Suprema ha sostenido invariablemente que la construcción y determinación de la fuerza probatoria de las presunciones queda entregada a los magistrados de la instancia, pues la convicción de éstos ha de fundarse en la gravedad, precisión y concordancia que derive de las mismas. Y dado que la facultad para calificar tales atributos se corresponde con un proceso racional de los jueces del grado, no puede quedar sujeta al control de este recurso de derecho estricto. Lo relevante a los alcances del arbitrio de casación en el fondo es que todas esas disposiciones, en último término, se encuentran relacionadas con la facultad de los jueces del mérito para calificar la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones que permitan asignarle valor probatorio, actividad que en sí misma es ajena al control de legalidad que ejerce este tribunal de casación, por encontrar su fuente en un proceso racional de esos magistrados y que, por lo general, no quedará sujeta al control del recurso de casación en el fondo. En definitiva, el juez calibra los elementos de juicio sobre la base de parámetros jurídicos, lógicos y de manera fundada, apoyado en los principios que le produzcan certeza, de acuerdo a la lógica y experiencia generalmente asentada. Allí, en la exteriorización de esas razones que conducen a la construcción de cada presunción, residen los factores que permiten controlar lo acertado o aceptable en su empleo para tener por justificado o no un hecho controvertido.

*Octavo:* Que, específicamente, la operación intelectual que hace el juzgador de instancia al construir y determinar la fuerza probatoria de las presunciones judiciales adquiere gravitación en la litis en la medida que se constate –como ya se anotó– la gravedad, precisión y concordancia de las mismas, allí radica su factor de convicción. En primer término, la gravedad, se ha dicho, “es la fuerza, entidad o persuasión que un determinado antecedente fáctico produce en el raciocinio del juez para hacerle sostener una consecuencia por deducción lógica, de manera que la gravedad está dada por la mayor o menor convicción que produce en el ánimo del juez. Si bien el artículo 1712 del Código Civil nada dice respecto de la

gravedad, sí lo hace el artículo 426 de la compilación procesal que lo acompaña, en cuanto expresa que una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión para formar su convencimiento, de modo que no queda dudas que su apreciación queda entregada a los jueces del fondo, puesto que, en el mejor de los casos, son revisables los elementos de las presunciones que son ostensibles y que el juez debe manifestar y encuadrar en la ley, pero no pueden ser revisables, como en ninguna prueba puede serlo, el proceso íntimo del sentenciador para formar su convencimiento frente a los medios probatorios que reúnen las condiciones exigidas por la ley. La apreciación de la gravedad de las presunciones escapa absolutamente al control del Tribunal de Casación y así lo ha declarado la Corte Suprema” (Waldo Ortúzar Latapiat, “Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en materia penal”, págs. 427 y 428). Por su parte, la precisión está referida a lo uniforme de los resultados del razonamiento del juez, de modo que una misma presunción no conduzca sino a una consecuencia y no a múltiples conclusiones. Pero esta particularidad se encuentra condicionada por el razonamiento del juez y la ponderación de los elementos sobre los cuales la asienta y los demás antecedentes probatorios de la causa, de manera que resultará de la ponderación individual y comparativa de este medio con los demás, quedando, de este modo, relativizada la misma precisión, por lo que es indiscutiblemente subjetiva y personal del juzgador a quien debe persuadir, quedando su revisión, por este mismo hecho, excluida de un nuevo examen en sede de casación. Finalmente, la concordancia se refiere a la conexión que debe existir entre las presunciones y que todas las que se den por establecidas lleguen a una misma consecuencia, cuestión que escapa al control del arbitrio procesal en estudio puesto que importa una ponderación individual y comparativa de las presunciones entre sí y con los demás elementos de juicio reunidos en el proceso.

*Noveno:* Que en el caso sub judice los jueces de la instancia expresaron las razones que los llevaron a estimar que se encontraba suficientemente acreditado el daño de la actora derivado no de la muerte ni de la enfermedad de su conviviente –como equivocadamente afirma el recurso– sino que con motivo del grave sufrimiento de ver expuesto a un ser querido a una imputación injusta e incluso privado temporalmente de su trabajo, todo lo cual surge del proceso intelectual en virtud del cual establecen la ocurrencia del perjuicio y la relación causal dado, según se dijo, el estrecho vínculo afectivo que los unía.

Lo anterior, sin perjuicio de que atendida la gravedad de la conducta, esto es, que el jefe del servicio involucre de mala fe a un funcionario público de su dependencia en un sumario administrativo siendo inmediatamente suspendido de sus funciones, puede desprenderse el daño moral sufrido por el gendarme y naturalmente el de su conviviente, por ello aun cuando eventualmente se pudiera considerar que existe un error al extraer un hecho de un documento privado no reconocido en juicio por un tercero, ese posible vicio no tendría influencia en los dispositivo del fallo, puesto que lo respalda la presunción judicial indicada.

*Décimo:* Que en relación con lo expresado es necesario señalar que el daño moral estriba en el sufrimiento, trastorno psicológico, afección espiritual o lesión de un interés personalísimo, causado a la espiritualidad de la víctima como

consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o de la infracción a un derecho subjetivo, no definible por parámetros objetivos, que puede afectar a la víctima o a un tercero. De esta manera y considerando la lesión de un interés jurídicamente relevante, se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial no sólo por el dolor o sufrimiento que se padece. Lo recién consignado se tiene en cuenta para concluir que la aseveración del recurso corresponde a una visión reduccionista del daño mora, pues el daño extra patrimonial protege más allá del *pretium doloris*, que es sólo una especie del mismo. Así, por ejemplo, si la víctima ha sufrido un daño corporal –biológico, fisiológico o estético– o un daño a la dignidad humana o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral (Marcelo Barrientos Zamorano. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. *Rev. Chilena de Derecho*, Abr. 2008, Vol. 35, N° 1, pp. 85-106. ISSN 0718-3437). En esta misma línea, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo explica que la definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño a la persona en sí misma (física-psíquica), como todo atentado contra sus intereses extra patrimoniales, esto es como todo menoscabo en un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente. En el caso concreto el daño moral deriva del perjuicio de afección fundado en la estrecha cercanía con la víctima directa y de la gravedad excepcional del sufrimiento producida por una actuación de mala fe del jefe superior directo de aquélla al atribuirle hechos ilícitos.

*Undécimo:* Que en la dirección anotada es útil dejar asentado que el daño moral debe ser probado por quien lo reclama, afirmación que en este caso fue cumplida por la actora, puesto que ha demostrado sobre la base de presunciones judiciales el real impacto psicológico que un hecho dañoso como aquel que dan cuenta los antecedentes, pudo efectivamente producirse.

En virtud de lo razonado, debe desestimarse la transgresión de las disposiciones antes citadas.

*Duodécimo:* Que al desestimarse los vicios en el establecimiento de los hechos, éstos quedan definitivamente asentados, circunstancia que implica que se encuentran establecidos los supuestos del actuar ilícito de la Municipalidad<sup>1</sup> que constituyen la falta de servicio y que esa conducta genera daño a la demandante, por lo que no hay error de derecho en la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575.

*Decimotercero:* Que en virtud de lo razonado el recurso debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 266 en contra de la sentencia de ocho de abril de dos mil trece, escrita a fojas 258.

---

<sup>1</sup>N.R. Hay un evidente error, ya que se trata de “Gendarmería de Chile” y no Municipalidad alguna...

Regístrese y devuélvase con sus agregados.  
Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Gorziglia.  
Rol N° 3865-2013.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sra. María Eugenia Sandoval G. y los Abogados Integrantes Sr. Arnaldo Gorziglia B. y Sr. Jorge Baraona G. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Gorziglia y Sr. Baraona por estar ambos ausentes. Santiago, 09 de diciembre de 2013.

### COMENTARIO

No cabe duda que la realidad de la convivencia humana y las relaciones de la ciudadanía con la Administración del Estado son muchísimo más ricas que la imaginación de cualquier escritor o novelista; por ello es que el estudio de los casos que se presentan ante los tribunales de justicia revelan tanto interés, ciertamente para el Derecho y con el fin de ver cómo se concreta lo justo en el caso concreto pero también para conocer mejor la psicología humana y adentrarse en el curioso y abigarrado mundo de la vida de los funcionarios en su trabajo, tantas veces atravesada por pasiones que nada tienen que hacer con las bases de probidad, servicialidad, lealtad y otras que la Constitución y la ley de Bases de la Administración del Estado (18.575/1986) establecen, sin olvidar que aquellos funcionarios públicos son también personas y deben respetárseles sus derechos fundamentales.

*Ojeda Uribe* podría dar origen a una de esas películas del llamado realismo italiano de postguerra de 1945, en donde se muestra la vida real en toda su crudeza (sin advertir que también la vida suele ser bella, especialmente para aquellos que no tienen una visión reductiva de la naturaleza humana como si fuera pura materialidad, olvidando su carácter trascendente).

Un funcionario de Gendarmería de Chile, suboficial de servicio en el Centro Penitenciario de Punta Arenas y encargado de la extracción del petróleo del estanque de almacenamiento del generador eléctrico del referido Penal, se ve sometido a un sumario administrativo ordenado por el Alcaide Mayor (Jefe superior jerárquico del establecimiento) a raíz de una inspección del Coordinador Regional de Infraestructura del Servicio de Gendarmería y el informe de éste al Director Regional de Magallanes del Servicio, de la falta o sustracción de 1.680 litros de petróleo del referido estanque. El funcionario suboficial Navarrete es suspendido de inmediato de sus funciones por el Fiscal instructor del sumario, con prohibición de acceso a la unidad penal.

Lo insólito del caso radica en que el mismo Alcaide que ordena el sumario y le imputa al aludido suboficial de la pérdida de esa cantidad de petróleo para uso del mencionado generador eléctrico, había ideado la construcción de una pista de patinaje al lado de la cárcel y luego una segunda pista, construcción en la cual se usó una máquina retroexcavadora prestada por un interno y operada por él, máquina movida con el petróleo procedente del aludido estanque siendo dicho Alcaide quien había dispuesto el uso ilícito de ese combustible.

Pero el litigio cuyo fallo supremo comentamos tiene su causa en un hecho trágico (de *tragedia*, al modo griego: casi se siente a través del fallo al coro que analiza las pasiones humanas y se lamenta del destino del suboficial Navarrete). Al afectado, siendo suspendido de sus funciones luego de su declaración, se le negó, además, del acceso al penal el acceso al expediente sumarial; pues bien, a raíz de esta situación –sabiéndose enteramente inocente del ilícito que se le atribuía y que el verdadero autor del ilícito era su jefe, que lo había más encima sumariado e imputado a él de esa sustracción, le sobrevino una depresión tan aguda que debió solicitar licencia médica; en el transcurso de ésta y al ser sometido a exámenes se le detectó una neoplasia, la cual agravada por la depresión citada lo llevó a la muerte tiempo después. Debe hacerse presente que el sumario llevado a cabo tuvo una prolongación en el tiempo verdaderamente excesiva, durando más de un año, siéndole al imputado obstruido permanentemente el conocimiento de su tramitación, muriendo sin que finalmente supiera que había sido sobreseído por no tener culpa alguna y que el Alcaide de marras fuera sancionado por el ilícito cometido.

Esta acusación tan alevy y artera de un ilícito que había cometido el Alcaide del referido Penal imputándole la sustracción de esos 1.680 litros de petróleo se encuentra en la base de la demanda del daño moral que deduce en contra del Fisco de Chile la conviviente del suboficial Navarrete, con el cual hacía vida común desde hacía nueve años, por la alteración en sus condiciones de vida producida no por su muerte sino por “el grave sufrimiento de ver expuesto a un ser querido a una imputación injusta e incluso privado temporalmente de su trabajo (consid. 9°).

El Tercer Juzgado Civil de Punta Arenas rechaza la demanda (7.11.2012) fallo que apelado por la actora es revocado por la Corte de Apelaciones de esa ciudad, la cual condena al Fisco al pago de diez (10) millones de pesos por daño moral. El demandado deduce casación de fondo alegando violación de las normas reguladoras de la prueba, ausencia de prueba del daño moral sufrido por la demandante y controvirtiendo la prueba de presunciones con que se acreditara dicho daño.

La Corte Suprema desecha la casación planteada ya que es asunto de los jueces de la instancia y no revisable en casación “la construcción y determinación de la fuerza probatoria de las presunciones” (consid. 7°). Son de interés las consideraciones que se hacen respecto de las presunciones como medios de prueba (considerando 4° a 8°) pero no es ello tema nuestro aquí, sin perjuicio que se reitera –y es de importancia– que “una sola presunción puede constituir plena prueba”, si a juicio del tribunal tiene “caracteres de gravedad y precisión para formar su convencimiento” (consid. 8°, que especifica lo que ha de entenderse por “gravedad” y “precisión”).

Nuestro interés desde el punto de vista del derecho administrativo se encuentra más bien en el aspecto de la actuación ilícita de un jerarca, la imputación de ese ilícito a un subordinado, sabiendo que era inocente, su persecución a través de un procedimiento disciplinario (sumario administrativo) arbitrario, una medida de suspensión de sus labores con prohibición de acceso al Penal para alejarlo del Servicio, un sumario seguido de manera insidiosa, hechos todos que configuran una “falta de servicio” patente de un jerarca actuando por encima y desprecio de principios básicos de la Administración del Estado, con muy grave perjuicio del afectado inocente, hasta llevarlo a la muerte.

1. Vemos aquí que el actuar ilícito de la Administración a través de un jerarca cuyo proceder es abiertamente ilegal y arbitrario, configura una “falta de servicio”, esto es *una omisión de la debida actuación que la ley impone* en esa actividad de servicio que es el administrar público<sup>2</sup> pero sobre la base de un procedimiento disciplinario torcido y con una evidente desviación de poder “ilegal” por cuanto la finalidad del sumario ordenado por ese jerarca (Alcaide del Penal) es eludir su propia responsabilidad por haber ordenado la construcción de pistas de patinaje, que no está dentro de sus atribuciones ni de las del Servicio de Gendarmería, y utilizando combustible destinado a otros fines como era el alimentar el generador eléctrico de dicha cárcel. Y “arbitraria” es su conducta al imputar la sustracción de esos 1.680 litros de petróleo al suboficial encargado de tal almacenaje y uso de ese combustible siendo que ese jerarca era quien había ordenado su uso para mover la retroexcavadora ya mencionada.

Así, tal actuar procedimental ilícito ha configurado una “falta de servicio” no sólo en sus fundamentos y finalidad sino también en su tramitación “sin las mínimas garantías de un debido proceso que ha afectado a un funcionario público” (consid. 4°); en efecto, sus plazos excedieron largamente lo permitido por la ley (Estatuto Administrativo, L 18.834, comenzado el 24.10.2006 se le puso término el 4.4.2008, ya fallecido el suboficial Navarrete), hubo tres fiscales instructores, el primero de ellos suspendió de inmediato a dicho funcionario en el ejercicio de sus funciones “con prohibición de acceso a la unidad penal” (consid. 2°), impedimentos varios para que el inculpado pudiera conocer los trámites y resultados de la investigación, no se le comunicó ni siquiera la resolución del segundo fiscal que dejó sin efecto la medida de suspensión de funciones, siendo que la etapa de investigación estaba cerrada y sin que se le formulara cargo alguno. Desgraciadamente su sobreseimiento resuelto por Resolución 1.400/4.4.2008, del Director Nacional del Servicio de Gendarmería de Chile y la sanción al Alcaide del Penal por su actuar ilícito artero (multa del 20% de sus remuneraciones) no pudo ser conocido –como decíamos– por el afectado ya había fallecido el 22.11.2007.

“Defectuoso ejercicio, aún más, de mala fe, de la potestad disciplinaria de que estaba investido el jefe superior de la institución, al involucrar en un sumario administrativo a un funcionario público que de antemano sabía que no tenía participación en los hechos ilícitos”, resume el fallo (consid. 5°).

2. El otro tema de interés de este fallo *Ojeda Uribe* es el referido a la “prueba” del llamado daño moral, que en nuestra disciplina tiene una comprensión mucho más amplia que en lo civil, como que comprende “*la alteración en las condiciones normales de vida*” de la víctima y de su entorno familiar, como lo expresara de modo tan acertado la misma Corte Suprema en *Tirado con Municipalidad de La Reina* (RDJ t.78/1981, 2.5, 35-44, con comentario nuestro en idem Primera Parte, Sección Derecho, 39-48).

En otras ocasiones hemos comentado el tema de la prueba del daño extrapatrimonial, especialmente en daños producidos en los padres o hijos o hermanos e incluso abuelos, por el estado v. gr. vegetal o parapléjico o con serias discapa-

---

<sup>2</sup>Vid. *¿Qué es administrar?*, en mi *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3a. edición). Abeledo Perrot - ThomsonReuters. Santiago de Chile. 2012, 35-37).

cidas o mutilaciones que ha sufrido una víctima de “desaguisados” producidos en hospitales públicos y, obviamente, la muerte de un hijo, de un padre o madre, de un hermano, de un nieto, hasta de un o una conviviente/concubino(a)<sup>3</sup>.

En las condiciones normales de familia, que son las más usuales en nuestra sociedad, la pérdida de un padre, madre, hijo, o hermano o nieto, o cónyuge, por su muerte, o el “sufrimiento” de verlos discapacitados de por vida, o parapléjico, o que no se puede valer por sí mismo, *es algo evidente, de suyo*, algo que cualquiera persona normal experimenta y, a veces, de manera muy intensa, perturbando no sólo su psiquis, su alma, sino la vida misma que se ve alterada de manera grave, sin que la víctima ni sus familiares tuvieran intervención alguna en el daño producido por la Administración por su omisión del deber legal que le exige una actuación determinada y que ésta sea, además, adecuada, oportuna y eficaz para satisfacer la necesidad pública que le es exigida. Tener que probar lo normal resulta a todas luces no sólo ilógico sino absurdo; lo que debe probarse es lo “anormal”, o sea que la muerte o discapacidad o invalidez no le ha producido al familiar o deudo demandante ningún dolor ni ello lo ha afectado en sus condiciones normales de vida, pero ello será obligación de la Administración el probarlo para poder exonerarse de la responsabilidad extrapatrimonial que se le persigue. De allí que casos hay en los cuales el tribunal señala que *ese daño se prueba por el hecho mismo de la existencia de la muerte, discapacidad, invalidez, mutilación, etc.*<sup>4</sup>

Aquí la prueba se efectúa por medio de una “presunción” (controvertida por la defensa fiscal) que es construida por el tribunal de alzada. Alegaba el demandado que el daño sufrido por la actora por la muerte de su concubino con quien convivía por nueve años lo habría tenido por probado el tribunal “con el solo mérito de certificados emanados de terceros y no ratificados en juicio por ellos” (consid. 7°). Esta alegación es rechazada en casación desde que las presunciones en su construcción y fuerza probatoria es de “competencia de los magistrados de la instancia” y “no revisable por la Corte Suprema en este arbitrio de derecho estricto”. Y es que el tribunal de alzada expresó las razones que lo llevaron a estimar suficientemente acreditado el daño sufrido por la actora, originado no por la muerte ni por la enfermedad de su conviviente (como con error sostenía el Fisco) sino “con motivo del grave sufrimiento de ver expuesto a un ser querido a una imputación injusta e incluso privado y temporalmente de su trabajo”, lo que “surge del proceso intelectual en virtud del cual [el tribunal] establece la ocurrencia del perjuicio y la relación causal dado el estrecho vínculo afectivo que los unía” (consid. 9° reiterado por su consid. 10° que expresa: “En el caso concreto el daño moral deriva del perjuicio de afección fundado en la estrecha cercanía con la víctima directa y de la gravedad excepcional del sufrimiento producida por una actuación de mala fe del jefe superior directo de aquélla al atribuirle hechos

---

<sup>3</sup>Vid. Baeza Rojas, Torres Velásquez, Campillo Mañan, Parada Tolosa, Aillapán Sepúlveda, Hernández Espinoza, y Melo Bustamante, sus referencias en mi *Derecho Administrativo* cit. 913, nota 15bis; Domínguez Salfate (caso de la abuela de niño accidentado en Parque Las Tres Pascuales, de Concepción) en *Ius Publicum* 17/2006, 218-224, Cortés León, en *Derecho Administrativo* cit. 875 y 894-896; Cortés Cortés, en *idem* 936-939; Correa Pérez, en *Ius Publicum* 29/2012, 199-205, comentario en 205-213, también en *Derecho Administrativo* cit. 699-905).

<sup>4</sup>Como en Hernández Espinoza, Melo Bustamante o Aillapán Sepúlveda citados.

ilícitos" [sabiendo, además, que era inocente] ). Tanto más si se atiende a la gravedad de la conducta del Jefe del Penal de Punta Arenas al involucrar "de mala fe a un funcionario público de su dependencia en un sumario administrativo siendo inmediatamente suspendido de sus funciones", de lo cual "puede desprenderse el daño moral sufrido por el gendarme y naturalmente el de su conviviente"; cierto –agrega la Suprema Corte– que "aun cuando eventualmente se pudiera considerar un error al extraer un hecho de un documento privado no reconocido en juicio por un tercero, ese posible vicio no tendría influencia en lo dispositivo del fallo, puesto que lo respalda la presunción judicial indicada" (consid.9°).

Caso verdaderamente penoso que revela a qué grado de malignidad se puede llegar en el ejercicio de la función pública, dentro de la cual se pueden advertir muy bien las pasiones humanas, la deslealtad, el abuso del poder jerárquico, la debilidad que no pocas veces presenta su ordenamiento jurídico en la defensa de los derechos de los funcionarios y no siempre el acertado criterio de los jueces al conocer de estas materias. Afortunadamente la actora –es cierto después de 7 años de los hechos– pudo decir como el molinero Arnold frente a Federico II de Prusia, que pretendía forzarlo a venderle su predio con su molino y ampliar así su palacio de Sans Souci, "sí, pero hay tribunales en Berlín.....".

Aquí en *Ojeda Uribe con Fisco* la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y especialmente la Corte Suprema estuvieron a la altura de su función e hicieron justicia con una adecuada fundamentación jurídica.

EDUARDO SOTO KLOSS



RECENSIONES  
Y  
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



F. Atria, G. Larraín, J. M. Benavente, J. Couso y A. Joignant, *El Otro Modelo*. Random House Mondadori S.A. Santiago. 2013.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. DISPAREN SIN ESCRÚPULOS:  
LA VÍCTIMA NO PUEDE DEFENDERSE

En un libro de reciente publicación, develando las “trampas” ideadas por el Prof. Jaime Guzmán para inmovilizar el régimen político-económico implantado en la Constitución de 1980 por el gobierno militar, se afirma que una de ellas habría sido el Tribunal Constitucional.

*AFIRMACIONES ERRÓNEAS*

1. Dicen sus autores –entre los que figuran dos conocidos profesores de Derecho Constitucional– que “La tercera de las trampas de Guzmán fue el Tribunal Constitucional. Durante la década de los noventa y hasta la reforma de 2005, el Tribunal Constitucional era el guardián explícito del proyecto político de la dictadura” (primer error).

Y continúan seguidamente así: “Sin embargo, la reforma de 2005 neutralizó su aspecto más problemático –su excesivo poder–, al introducirle la lógica binominal en la toma de las decisiones. Estando compuesto por un número par de miembros y siendo las reglas de su designación cinco de la derecha y cinco de la Concertación, la forma más brutal de cerrojo constitucional que este tribunal representaba quedó neutralizada parcialmente” (segundo error).

Y agregan luego: “Sin embargo, hay otro aspecto de esa institución que no ha sido modificado y que es democráticamente disfuncional: se trata de su enorme competencia preventiva, es decir, de las competencias que tiene no sólo para pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas ya vigentes, sino para intervenir en el proceso legislativo y dar instrucciones a los parlamentarios sobre cómo ese proceso debe ser conducido. Independientemente de la idea que uno tenga sobre la justificación en abstracto de los tribunales constitucionales, esta enorme competencia preventiva es incompatible con el régimen democrático y debe ser eliminada. Ello porque tiene una consecuencia nefasta, aunque no especialmente notoria que, por lo tanto, suele pasar desapercibida: expropia la Constitución a los representantes del pueblo. Los parlamentarios no pueden limitar sus debates que eventualmente pueden terminar en una ley porque puede ser declarada constitucional o inconstitucional por un tribunal externo a lo político. Es a través de la acción política que el contenido de la Constitución se desarrolla en el tiempo” (tercer error).

Resulta sorprendente que, en poco más de una página, cinco profesores con estudios de postgrado –dos de ellos, de Derecho Constitucional– puedan formular acusaciones tan graves, tan infundadas y tan injustas.

De partida, es preciso recordar que el Tribunal Constitucional no fue “una trampa de la dictadura”, sino la creación del gobierno democrático del Presidente don Eduardo Frei Montalva, quien envió el respectivo proyecto de Reforma Cons-

tucional al Congreso en 1969, siendo incorporado a la Constitución de 1925 por un Poder Constituyente legítimamente instituido que expresó, en su momento, la auténtica voluntad soberana de la Nación<sup>1</sup>. Lo que hizo el gobierno militar fue adoptar este legado democrático, ampliando su composición y el ámbito de sus atribuciones.

Después de restablecer este olvido histórico, pasemos a examinar los graves y erróneos ataques que se dirigen contra un órgano que, siendo esencial para nuestra vida republicana, carece de armas para defenderse.

2. *Primer error:* Sostener que el Tribunal Constitucional (T.C.) fue, hasta la reforma de 2005, “el guardián explícito del proyecto político de la dictadura”.

La sola expresión que dejamos destacada constituye, más que una afirmación, un insulto intolerable, impropio de profesores universitarios. El T.C., en todos los países democráticos en que se encuentra instituido, es un celoso guardián de la Constitución vigente y no del gobierno de turno.

Nadie inventa trampas para correr el riesgo de caer en ellas. El propósito más urgente de la dictadura al término del período establecido en la D.T. 13<sup>a</sup>. de la Carta del 80 (11 de marzo de 1989) era permanecer en el poder por 8 años más, de acuerdo con la D.T. 28<sup>a</sup>. Para ello implementó el plebiscito contemplado en las D.T. 27<sup>a</sup>. a 29<sup>a</sup>. de la Constitución, para la realización del cual se convocó a los mismos personeros que habían organizado el plebiscito constitucional de 1980, con el designio de lograr el mismo triunfo que en el plebiscito anterior.

Importa destacar que la D.T. 11<sup>a</sup>. de la Carta prescribía: “El artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, comenzará a regir en la fecha que corresponda de acuerdo con la ley respectiva, con ocasión de la primera elección de senadores y diputados, y sus miembros deberán estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha”. Es decir, el plebiscito del “SÍ” y el “NO” se efectuaría en ausencia del TRICEL, único órgano competente para calificar la legitimidad del plebiscito y, por ende, en ausencia de un tribunal que pudiera resolver las reclamaciones a que diere lugar la votación.

Pues bien, fue el T.C., en sentencia de 24-IX-1985 recaída en el Rol N° 33, quien declaró inconstitucional el precepto transcrito, pese a la claridad de su texto, por estimar: “10° Que el artículo 18 de la Carta Fundamental, que establece ‘un sistema electoral público’, se encuentra vigente como lo demuestran el precepto final y el inciso 2° de la disposición decimotercera transitoria de la Constitución Política. En consecuencia, dicho artículo y su respectiva ley orgánica constitucional deben aplicarse plenamente a los actos plebiscitarios que se realicen, ya sea antes o después de la primera elección de senadores y diputados;

“11° Que lo anterior, sin embargo, no podría cumplirse si mediante una interpretación aislada de la disposición decimoprimera transitoria se concluyera que el Tribunal Calificador de Elecciones entra a regir, sin excepciones, sólo con motivo de esa primera elección de parlamentarios. En efecto, con esta tesis, se privaría de toda eficacia, hasta esa fecha, al artículo 18 de la Carta Fundamental y a la ley orgánica constitucional respectiva, encargada de regular la forma en que se realizarán los actos plebiscitarios porque es, precisamente, a ese Tribunal,

---

<sup>1</sup>La Ley de Reforma Constitucional lleva el N° 17.284 y fue publicada en el D.O. de 23-I-1970.

a quien le corresponde verificar si ellos se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen, es decir, si han sido legítimos;”.

El mismo fallo, en su Considerando 19° estableció que “... La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella;”<sup>2</sup>.

El T.C., en pleno régimen militar, con la participación de tres Ministros elegidos por la Corte Suprema, uno designado por el Presidente Augusto Pinochet, dos por el Consejo de Seguridad Nacional y uno por la Junta de Gobierno –es decir, con mayoría gobiernista– supo comportarse como fiel guardián de la Constitución, conforme a su elevada misión y no como “guardián explícito del proyecto político de la dictadura”, como en forma tan infundada como ultrajante le califican los profesores citados.

Yo quisiera que estos ilustrados augures se atrevieran a adivinar cuál habría sido el resultado del plebiscito de 1988 si éste no se hubiera realizado bajo el control vigilante del TRICEL y éste no se hubiera constituido anticipadamente, como ocurrió gracias a la sabia y progresista interpretación constitucional del T.C.

Excusarse por una imputación apresurada es un acto de hidalguía. Y una excusa por esta infundada acusación es lo menos que merece el T.C.

3. *Segundo error*: Sostener que la designación de los miembros del T.C. –compuesto por un número par de 10– obedece a las reglas del sistema electoral binominal; por lo cual cinco miembros serían designados por la derecha y cinco por la Concertación.

Cabe recordar que los proyectos de la reforma constitucional de 2005 consultaban un número impar de integrantes: nueve. Tres correspondían a cada uno de los siguientes órganos: al Presidente de la República, a la Corte Suprema y al Senado. Fue en la discusión en la Cámara de Diputados donde ésta pretendió elegir a dos miembros, dejando otros dos a disposición del Senado. Se llegó a la solución transaccional que todos conocemos y el número de sus miembros aumentó de 7 a 10. Pero esto no fue culpa del T.C., sino de la ambición política de la Cámara baja por intervenir en las designaciones.

Ahora bien, yo concuerdo con los autores de “El Otro Modelo” en lo impropio del sistema; pero no por lo que ellos sostienen erróneamente: “la lógica del binominal”, lo que es rotundamente inexacto: ¿A qué “lógica binominal” puede obedecer el P. de la R. cuando puede designar con absoluta autonomía a tres de sus miembros? ¿Qué sujeción al sistema binominal puede tener la Corte Suprema, que no es un órgano político que elige soberanamente a otros tres integrantes? El criterio político de reparto sólo incumbe al Congreso Nacional y yo soy rotundamente contrario a semejante criterio, porque creo que cada uno de los miembros del T.C. debe contar con la confianza de todos los órganos concernidos en sus decisiones y no solamente con la de aquéllos que los designan.

---

<sup>2</sup>Ver el comentario a este fallo en el trabajo titulado “Tres sentencias paradigmáticas en la jurisprudencia interpretativa de la Constitución”, en el libro *Estudios sobre Justicia Constitucional*, Homenaje a la Prof. Luz Bulnes Aldunate. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2011, 269-297.

El sistema de designación de los miembros del T.C. que propongo obedece, pues, a la lógica de las “confianzas compartidas” y no a la de las “confianzas divididas”, como ocurre actualmente<sup>3</sup>.

En cualquier caso, el sistema que se critica no es de la responsabilidad del T.C. sino de las ambiciones políticas que se desatan en nuestro mal concebido “Poder Constituyente Derivado” que ha usurpado al pueblo la soberanía que sólo a éste incumbe ejercitar. Por lo mismo, también aquí el T.C. merece una excusa por una falsa imputación.

4. *Tercer error:* Afirmar que el control preventivo de constitucionalidad de las leyes que ejerce el T.C. es “incompatible con el régimen democrático”; que, al ejercer esta función, el T.C. “interviene en el proceso legislativo y da instrucciones a los parlamentarios sobre cómo ese proceso debe ser conducido”; y que, al hacerlo, “expropia la Constitución a los representantes del pueblo”. Ya que “los parlamentarios no pueden limitar sus debates que eventualmente pueden terminar en una ley porque puede ser declarada constitucional o inconstitucional por un tribunal externo a lo político”.

De partida, resulta incongruente sostener que esta forma de control es “incompatible con el régimen democrático”. Ella se practica en países europeos reconocidamente democráticos como ocurre en Francia con su Consejo Constitucional (art. 61, Constitución francesa), Portugal (art. 225.2, letra f) y art. 278) y Rumania (art. 144-a). También el control preventivo está considerado en otros países de Latinoamérica como sucede en las Constituciones de Bolivia (art. 202.7), Colombia (art. 241.8), Ecuador (art. 438), Venezuela (art. 336.5 y 6. y art. 339) y, ciertamente, en Chile.

Es un grave error sostener que el T.C. “interviene” en el proceso legislativo, como si pudiera “dar instrucciones a los parlamentarios sobre cómo ese proceso debe ser concluido”. Intervenir significa “Dicho de una autoridad: Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones” (Real Academia). Expresada así, tal afirmación resulta una barbarie. Es cierto que también “intervenir” se define como “Tomar parte en un asunto”. Pero jamás el T.C. lo hace por iniciativa propia; y, cuando debe hacerlo, es por la obligación que le impone la Constitución (art. 93.1º e inciso 2º –CPR) o por requerimiento del P. de la R. o de las propias Cámaras del Congreso Nacional (art. 93 N°s 3 y 4 e inc. 4º a 7-CPR).

La imputación hecha al T.C. por los profesores citados resulta así falsa y distorsionante. Porque la función esencial del T.C. consiste en fiscalizar el riguroso respeto que los órganos del Estado deben a la supremacía de la Constitución. De manera tal que, cuando el legislador contradice el sentido de las normas de nuestra Carta Fundamental, el T.C. es el órgano creado por el constituyente para resguardar la plena observancia de ella.

Ahora bien, la modalidad del control preventivo no es distinta ni contraria al control represivo o posterior. Se trata, simplemente, de evitar que un proyecto de ley que contiene vicios de inconstitucionalidad siga un curso que va a desembo-

---

<sup>3</sup>Ver nuestros artículos: “La generación del Tribunal Constitucional” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo. 2004, tomo I, “Reformas necesarias a la generación y a la competencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Constitucionales*. CECOCH. Universidad de Talca, año 2 N° 1-2004.

car en una ley contraria a la Constitución. Siendo así que lo racional es corregir oportunamente ese curso desviado, a instancias del propio legislador.

Finalmente, habría que volver a refrescarles la memoria a los autores de esta falsa imputación, recordándoles que sólo por virtud del control preventivo de constitucionalidad, el T.C. pudo dictar el fallo memorable del Rol N° 33 de 1985 –en plena dictadura– que hizo posible –contra la letra de una disposición expresa de la C.P.R.– que el Tribunal Calificador de Elecciones se instalara antes, y no después, del plebiscito del SÍ y el NO, que recordamos al rebatir el primer error de esta injusta diatriba contra nuestro Tribunal Constitucional.

Este, por su digna trayectoria –no exenta de errores, como todo lo humano– más merece la admiración que se le profesa en el extranjero que la mirada peyorativa con que a veces se le atribuyen defectos que no son suyos sino del sistema regulado por el constituyente.

LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ

Sacheri, Carlos, *Orden social y esperanza cristiana*, con Anexos: Sobre el autor y compañeros mártires y “El desengañador gauchipolítico” sobre los 70 (edición a cargo de Jorge Martín Villalba, Héctor H. Hernández y Ricardo von Büren). Escipión. Mendoza. 2014 (309 pp.).

A los cuarenta años de su asesinato aparece un libro póstumo del afamado autor de *El Orden natural* y de *La Iglesia clandestina*. Contiene 22 capítulos, en estas cinco partes: I. “Fundamento del orden social y relativismo”, con un artículo clásico del autor sobre Santo Tomás y el orden social y una importantísima conferencia en Lausanne, conocida en otras versiones como “Civilización y culturas”. II. Realismo y utopías, con una ponencia sobre ética y política al VII Congreso Interamericano de filosofía, al que el autor asistió por la Universidad Laval-Québec y “Crítica del pensamiento utópico”, que son meditaciones sobre sendos libros de Meinvielle y Molnar. III. “Estado, educación, familia” reúne dos trabajos publicados en Francia y en la revista *Verbo* de Buenos Aires. IV. “La Universidad”, que contiene dos partes: A: “Doctrina y combate” (capítulos 8 a 10) y B: “Doctrina y construcción” (cap. 11), que definen dos distintos tipos de trabajos que la fecundidad y ductilidad del autor encaraba. El capítulo 8 es la más famosa conferencia de Sacheri, sobre el comunismo; el 9 una denuncia que, según testimonios, fue con *La Iglesia clandestina* causa de su muerte: “Recursos humanos para la ocupación ideológica de la Argentina (Cientificismo reformista)”, y el 10 una pequeñísima nota donde el autor denunciaba –1974, año de su muerte y de muchas muertes argentinas...– un negociado de los montoneros, causantes de tantas. Mientras el 11 refleja un artículo que, dadas las situaciones en que fue escrito, dos meses antes de morir y en medio de la sangre y la pólvora de esos días, es notable. Pues a pesar del momento el gran argentino mártir se detuvo, en una revista de batalla, *Premisa*, a pensar el futuro de la Universidad argentina. Lo escribió con seudónimo. La parte V lleva el título del libro y se vuelve a dividir en “Doctrina y denuncia”, reproduciendo principalmente capítulos de *La Iglesia clandestina* según la mayoría de

los concedores del tema causante de su muerte, y breves artículos de *Verbo*. El cap. 21 reproduce otra famosa conferencia en Suiza, bajo el título “Orden social y esperanza cristiana”.

La tapa reproduce un dibujo del autor, obra de Adalberto Z. Barbosa, que da breve explicación del mismo. Le sigue el prólogo y el capítulo “Intelectual combatiente (Vida de un universitario argentino mártir)”, obra de los editores. Tenemos, por fin, la brevísima “vida de Sacheri” que estábamos necesitando, tras el libro de Hernández, *Sacheri: Predicar y morir por la Argentina*, que va por su tercera tapa y su segunda edición. Después vienen los 21 capítulos en sus cinco partes.

Cuando empiezan apartes que resultan ininteligibles para quien no conoció la época, los jóvenes, destinatarios principales de la obra, van teniendo “Notas de los editores” que son anticipo de “El desengañador gauchopolítico (No dejes que te la cuenten). Historia de los ´70 en telegrama”. Empieza el relato de la verdad de los hechos, tan desvirtuada hoy, contando las primeras acciones guerrilleras en democracia durante Frondizi (p. 139, prologando el cap. 8).

Los anexos son varios: I. “Muerte, signos y fecundidad del autor” (p. 253), con el relato tan conocido de su holocausto escrito por su hijo mayor, el comunicado sacrílego y mafioso de los homicidas de Genta y Sacheri, menos conocido, las explicaciones que en la emergencia trágica diera el dirigente católico Ricardo Curutchet, con sus revista clausurada por el gobierno de López Rega (p. 256), con las impresionantes tapas de *Cabildo* y *El Fortín* reproduciendo las figuras de los mártires y las amenazas (p. 260). Luego viene “la fecundidad bibliográfica del autor”, lo que se escribió sobre él, escritores y obispos que lo han considerado mártir. El II relata brevemente la vida y la muerte de “Tres laicos compañeros de holocausto en los años ´70: Genta, Amelong y Larrabure”. Y el III, bajo el título ya señalado copiado al P. Castañeda, es una síntesis imprescindible para entender aquellos años. En IV se mencionan tres estudios que defienden que lo de Sacheri (y en su caso Genta) fue un verdadero martirio (Gelonch, Fuentes y el libro *Sacheri: Predicar y morir por la Argentina*). Concluye el libro con la Oración pidiendo gracias y la canonización de Carlos Alberto Sacheri y el texto famoso del “poeta sacheriano”, Abelardo Pithod, que aquí se titula “La muerte argentina de los buenos” (pp. 305/306). Termina con el índice analítico del libro.

En el libro, en sus distintas etapas, han intervenido no pocos jóvenes que no conocieron a Carlos Alberto Sacheri pero lo consideran el ideal del hombre argentino. Una obra que hacía falta.

LOS EDITORES

Eduardo Martín Quintana, *Aproximación a Gramsci*. Ediciones de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2000 (236 pp.).

En una cuidada edición de la Colección “Aproximaciones” de la prestigiosa UCA, el profesor Quintana da una muy rigurosa aproximación al conocimiento de Antonio Gramsci (1891-1937), uno de los fundadores del partido comunista italiano junto a P. Togliatti, allá en Livorno el 21.1.1924, luego del 17º Congreso del partido socialista italiano en que se produce la escisión del partido, y en que

el ala no marxista liderada por Mussolini creara el partido fascista, de izquierda, que años después asumiría el poder en la Italia de entre guerras<sup>1</sup>.

Compadre de Wladimir Uliánov / Lenin, que era padrino de una de sus dos hijas, se caracterizó Gramsci por comprender que la violencia armada no era instrumento válido para apoderarse del poder estatal, ya que ello constituye una simple tiranía, usualmente brutal, ya que lo importante es “apoderarse” de la sociedad civil, de la forma de pensar de las personas, de la forma de su actuar y vivir, de los principios, de sus instituciones, única manera de imponer el marxismo en sociedades más desarrolladas culturalmente, como era Italia y, en general, Europa. De allí su dedicación de integrar la “estructura”/económica de los medios de producción con la “superestructura”/cultura y formar grupos intelectuales para apoderarse así de la prensa, de la radio, de las artes, de la literatura, de los medios de comunicación, y hoy la televisión. Y ello a través de la “manipulación del lenguaje”, de la alteración de los conceptos y, en fin, de llamar bien al mal y mal al bien, confundiendo a la gente sencilla y a todos aquellos que se guían por lo que se dice en esos medios<sup>2</sup>.

En este punto no puede dejarse de mencionar lo que Gramsci veía como los dos grandes obstáculos para el triunfo de las ideas del marxismo/comunista, que él sustentaba, a saber, *la familia* y *la Iglesia*, que eran y son los grandes baluartes del orden natural, que se oponen al materialismo, al cercenamiento de las libertades, al avasallamiento de la dignidad humana y todo aquello que es inherente a la naturaleza humana. ¿No parece, acaso, conocido, estimado lector, esta animosidad contra estas dos instituciones milenarias? Respecto de *la familia*, cuya base insustituible es el matrimonio y entre un hombre y una mujer ( lo único que puede llamarse propiamente matrimonio), viene siendo destruida desde hace tiempo con el divorcio, incluso unilateral y sin expresión de causa, por el concubinato público (“convivencia de pareja”, según el eufemismo a la moda...), la pretensión que es familia la simple unión afectiva de dos hombres y con la exigencia de poder adoptar niños..., por la llamada “liberación” de la mujer al punto de sostenerse por la llamada “ideología de género” que la maternidad es una “carga”, que no tiene por qué soportarse si no se la desea, de allí los pretendidos “derechos reproductivos”, otro eufemismo, absurdo, para encubrir el aborto, sea físico o químico (por medio de verdaderos “pesticidas” humanos, como suelen ser distintos fármacos o píldoras asesinas...). Y respecto de *la Iglesia* y también de distintas confesiones cristianas, la persecución

---

<sup>1</sup>Adviértase el error de llamar “fascista” a gente de pensamiento conservador, o bien de derecha, ajena a todo ideario izquierdista y estatista y/o totalitario, siendo que el fascismo, un tipo de socialismo, y estatista, proclama –como diría Mussolini en un famoso discurso de 26.5.1927 en Milán–, “todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado”.

<sup>2</sup>Véase respecto de esa “manipulación del lenguaje” cómo al “aborto”, crimen abominable de un inocente enteramente indefenso, se le llama –ley francesa de 1975– “interrupción voluntaria del embarazo”; y ¿por qué, entonces, no se llama al homicidio “interrupción involuntaria de la respiración”...? Otro ejemplo, que es machaconamente insistido en los medios, es pretender hacer creer que es “natural” aquello que es “contra natura” –“Umnatur” como decía Kant en *La metafísica de las costumbres*. Ud., lector, que ha llegado hasta aquí ¿no le parece actualísimo todo lo dicho? ¿No lo ve, acaso, a diario en la vida de hoy? ¿No es por ventura lo que se vio desde 1964 a 1973, en Chile y ahora especialmente desde el año 2000 al 2010 y aún después? Y es que Gramsci ha sido la “biblia” del marxismo desde el derrumbamiento del la URSS y del Muro de Berlín, 1989 y del llamado “socialismo liberal” que no es sino neomarxismo o más propiamente hablando marxismo gramsciano.

de que son objeto es hoy abierta y descarada, y promovida hasta por las Naciones Unidas y por varios de sus organismos, los cuales son verdaderos adalides de las ideas gramscianas, que pretenden imponerlas en todo el mundo<sup>3</sup>, en una verdadera “guerra” y a través de todos los poderosos medios de que disponen<sup>4</sup>.

La obra que reseñamos, de una grata lectura, sitúa a Gramsci en su biografía y en la evolución de su pensamiento (expresado en el periodismo y luego en sus meditaciones escritas en cuadernos escolares en la cárcel). Se analiza el marxismo de Gramsci (tildado de revisionista por los propios autores de esa ideología) y especialmente en tres capítulos, que son el grueso del texto, el Estado y la praxis política, revolución y cultura, y filosofía de la praxis.

En el primero aborda el profesor Quintana el “análisis empírico del Estado” en donde estudia la ciencia política como praxis, y análisis sociológico (Gramsci fue ante todo un sociólogo, podría decirse), luego “hacia la conquista del poder, a través de una estrategia política y la asunción del partido comunista como nuevo “príncipe” (Macchiavello) y, por último, “Estado y sociedad regulada”, con la expansión del Estado y una sociedad cada vez más regulada (¿no aparece ello muy actual, también?).

En “Revolución y cultura” el autor entra de lleno en la *clave* original del sardo (Gramsci era oriundo de Cerdeña), analizando el aspecto superestructural, sociedad y cultura, para abordar luego las ideas sobre religión e Iglesia Católica, ciertos resabios de filosofía realista, el sentido común y la familia; también el papel de los intelectuales, las elites, y la idea de “hegemonía”, que aparece esencial en su ideario, para apoderarse de la sociedad civil. Aquí en la idea gramsciana de “hegemonía” está aquello de *pensamiento único*, pedagogía de masas, monopolio escolar, la importancia del periodismo y de los medios de comunicación, por los cuales –hablando en puridad– “se lava” el cerebro de las personas, se le “limpia” de los principios cristianos y se les “inocula” el materialismo, el hedonismo, y hasta el erotismo para así hacer más fácil el dominio sobre ellos y regular toda su vida, conforme a los dictados del poder estatal. Un último capítulo sobre “la filosofía de la praxis” es un ensayo en que el autor trata de entrar en un Gramsci que, sin ser filósofo, trató de comprender el marxismo como una concepción del hombre y del mundo (ciertamente, de un modo materialista y ateo): aquí el autor muestra las fuentes e influencias recibidas, de vertientes ideológicas muy diversas, luego la identificación gramsciana de “teoría y praxis”, y después el indeterminismo histórico, y el “hombre colectivo”, en donde se muestra con claridad lo que el marxismo pretende: no le interesa la persona sino “los hombres” (¿no son ellos, acaso, “la masa”, aquella que Pío XII veía como el mayor peligro de la democracia?)<sup>5</sup>. Finalmente, la obra termina analizando el fundamento de la filosofía de la praxis, esto es el inmanentismo absoluto; un epílogo sobre Gramsci y los gramscismos la concluye.

---

<sup>3</sup>Vid. en esta Revista, N° 31/septiembre 2013, el Informe de la Conferencia Episcopal del Brasil sobre el tema, 33-72, en una verdadera “guerra” y a través de todos los poderosos medios de que disponen.

<sup>4</sup>Véase la reciente airada reacción del Presidente Correa de Ecuador, en contra de la *ideología de género*, de 28.12.2013, en *Ius Publicum* cit. N° 32/marzo 2014, sección Actualidades, 201.

<sup>5</sup>Vid. *Benignitas et Humanitas*, radiomensaje de Navidad 1944, sobre el problema de la democracia, párrafos 15 a 19].

El texto que reseñamos es una de los mejores estudios para introducirse en el pensamiento de Gramsci que nos ha tocado conocer, por lo que lo recomendamos ampliamente, por su rigor, su objetividad, su análisis desde el interior de su pensamiento, muy bien escrito y de grata lectura, tratando de ordenar lo escrito por el sardo, quien se caracterizara por la heterogeneidad de los temas que abordaba, por las variaciones que experimentaba en sus ideas con el pasar del tiempo y por el hecho de estar desperdigado en numerosos escritos, cuya publicación cronológica es recién de 1975.

La importancia de esta *Aproximación* radica, además, por la “actualidad” que el ideario gramsciano presenta desde que ha sido adoptado por el llamado socialismo liberal, que no es sino un neomarxismo como se le llama hoy, pero que es simplemente el marxismo que Gramsci, como pensador crítico de él en la versión de Marx y de Lenin<sup>6</sup>, diseñara de modo práctico y sin la violencia de las armas sino con una violencia que provoca muchísima menor resistencia, que incluso pareciera que no se siente, pero que implica otro tipo igualmente de violencia como es *la imposición de un pensamiento hegemónico* que pretende apoderarse no de los medios de producción sino sobre todo del modo de pensar y vivir de los individuos, por medio del dominio sobre la enseñanza, única (recuérdese la tristemente célebre Escuela Nacional Unificada/ENU que pretendió imponer el gobierno de Allende/1972-1973), sobre el dominio de los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión), del mundo de las artes, de la literatura e infiltrándose hasta en la propia Iglesia<sup>7</sup>.

Mencionar a Gramsci y su marxismo comunista “reinterpretado” me viene a la memoria una idea muy antigua pero siempre actual: cuídate de los tiranos y de aquellos que se proclaman tus “liberadores” (lobos con piel de oveja), porque los primeros te prohíben pensar en público de modo diferente de lo que ellos establecen, y de los segundos porque te obligan a pensar lo que ellos dicen sea en público o en privado<sup>8</sup>.

EDUARDO SOTO KLOSS\*

---

<sup>6</sup>Y practicado por Stalin y sus seguidores en la URSS y satélites, que tantísimos muertos/mártires produjeron, incluso en nuestra América/Caribe Cuba con la tiranía de Castro, que ya lleva más de 55 años en el poder.

<sup>7</sup>Se recuerda el célebre discurso del Papa Pablo VI del 29.6.1972, en el día del Pontificado Romano/San Pedro y San Pablo, en el cual dice expresamente que “el humo de Satanás se ha introducido entre los muros de la Iglesia”? Ciertamente es que no hay poder humano –ni siquiera el marxismo, que alguien pudiera identificar con el “Anticristo”– que pueda destruir la Iglesia Católica, ya que cuenta –siendo de fundación divina– con el auxilio del mismo Dios, hecho hombre, Jesucristo, su fundador, quien le aseguró que “las puertas del infierno no prevalecerán sobre ella”, como recuerda San Mateo, *Evangelio*, 16,18. Y ya van casi dos mil años de ello y está siempre muy viva y pujante y en todo el mundo, a pesar de todas las innumerables persecuciones de que ha sido objeto, desde sus inicios y hasta hoy mismo, e incluso desde los gobiernos...

<sup>8</sup>El siglo XX ha mostrado lo dicho con terrible crudeza y muertes con los ejemplos aún vivos de los llamados “socialismos reales” (socialismo nacionalista/nazismo y comunismo) y ahora la crudeza no es menor con la tiranía del relativismo y de la ideología de género (en sus diversos aspectos: liberación femenina, aborto, sodomía, transexualismo, eutanasia y ésta hasta aplicable a niños/caso reciente de Bélgica, etc.

\*Doctor en Derecho Universidad de París (Sorbonne-Panthéon). Académico correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Argentina. Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

John Finnis, *Philosophy of law. Collected essays: volume IV*. Oxford. Oxford University Press. 2011 (512 pp.). *Religion & public reasons. Collected essays: volume V*. Oxford. Oxford University Press. 2011 (424 pp.).

En el N° 32/2014 se ha publicado la reseña de los volúmenes II y III (pp. 268-270) de estos *Collected essays*. Con esta reseña se concluye la presentación de esta selección de los artículos científicos y ensayos más importantes de la vida académica del filósofo del derecho australiano John Finnis, que ha publicado Oxford University Press en cinco volúmenes (a los que habría que añadir la reedición corregida de *Natural law and natural rights*, su más importante obra). Los volúmenes que aquí se presentan llevan por título *Philosophy of law. Collected essays: volume IV* y *Religion & Public reasons. Collected essays: volume V*.

Como ya se advirtiera en las reseñas anteriores, el orden de esta colección es temático, y no cronológico, de manera que, mientras el primer volumen está dedicado a exponer los fundamentos de todo el pensamiento jurídico, político y moral de Finnis (que radican en su concepción de la razón práctica), los restantes volúmenes van tratando de las diversas cuestiones, ahora sectoriales, en los que esos fundamentos se despliegan. Es así que el segundo volumen se concentra en las cuestiones generales y específicas de la teoría moral en las que ha centrado su atención Finnis, y el tercero, por su parte, se vuelca sobre determinados problemas de la teoría jurídico-política. Los volúmenes cuarto y quinto, que ahora presentamos, se dedican, respectivamente, a la filosofía del derecho y a una serie de cuestiones referidas a la relación entre el discurso público y la religión.

El cuarto volumen, titulado *Philosophy of Law*, reúne una serie de trabajos sobre –como es obvio– filosofía del derecho, aunque podríamos añadir el apellido de *contemporánea*: en efecto, hay una clara diferencia entre las cuestiones tratadas en este volumen y aquellas a las que se ha dedicado en el anterior –donde dirigía su mirada a grandes cuestiones de la filosofía jurídica-política clásica–, y la diferencia consiste, precisamente, en que su atención ya no se centra en temas como la justicia, la ley natural o el bien común, sino en las grandes problemáticas de la filosofía jurídica contemporánea, como el concepto de “sistema legal”, el problema de la autoridad del derecho, la relación entre derecho y normatividad, etc. Es más, más de la mitad del libro está dedicado a discutir críticamente con teorías y teóricos jurídicos contemporáneos. El volumen se divide en cuatro partes: la primera, titulada *Foundations of law’s authority*, se compone de cuatro trabajos en los que, por diversas vías, el australiano discute con el positivismo jurídico sobre la relación entre el derecho y la moral, y reafirma su tesis de que la autoridad del derecho (positivo) o, en sentido inverso, la obligación de obedecer el derecho, es una autoridad/obligación moral fundada en la conexión del propio derecho con la realización integral de los bienes humanos básicos. La segunda y más extensa parte se titula *Theories and theorists of law*, y en ella recorre críticamente las tesis centrales de una serie de filósofos jurídicos y teorías filosófico-jurídicas como Hart, Raz, Dworkin o el movimiento conocido como *Critical legal studies* (aparte de algunos trabajos generales sobre la historia del pensamiento jurídico, el único ensayo en el que se dedica a la teoría clásica de la ley natural, en este volumen, es el séptimo, titulado *The truth in legal posi-*

*tivism*, en los que trata de ciertos aspectos de la doctrina jurídica de Tomás de Aquino). El autor al que más páginas dedica es Herbert Lionel Adolphus Hart, quien fuera su maestro en Oxford y a quien reconoce grandes méritos en su aproximación a la realidad del derecho, al menos en comparación con otros positivistas como Kelsen. Y aunque le critica algunas de las tesis centrales de su filosofía jurídica, como su comprensión de las razones prácticas básicas y su normativismo, guarda un expresivo silencio sobre las raíces más profundas de los errores de Hart, que radican en una gnoseología y “metafísica” que, como casi toda la modernidad anglosajona, encuentra sus fuentes en el nominalismo ockhamiano. La tercera parte de este volumen lleva por nombre *Legal reasoning* y es, posiblemente, la que más dice sobre el pensamiento jurídico de Finnis. En ella, en efecto, aunque se detiene a discutir con diversas teorías contemporáneas del razonamiento o argumentación jurídica –como el análisis económico del derecho o su pariente próximo: el consecuencialismo jurídico–, sobre todo se vuelca a exponer y clarificar su propia doctrina sobre esta cuestión, que es inmediatamente dependiente de su concepción de la razón práctica y del razonamiento moral. Especialmente indicativo de la naturaleza de sus tesis es el tercer trabajo de esta sección, titulado *Rights: their logic restated*, en el que asume la defensa –contra supuestas malinterpretaciones– del análisis del lenguaje de los derechos llevado a cabo por el jurista estadounidense Hohfeld. Tal como hace, también, en *Natural law and natural rights*, Finnis concede especial atención a la afirmación hohfeldiana de que todos los conceptos centrales del orden jurídico se pueden traducir en términos de derechos, entendidos estos como exigencias, libertades, poderes o inmunidades. Aunque el australiano matiza algunos de los alcances del análisis de Hohfeld, y señala algunos defectos, coincide en el núcleo sustantivo del mismo, esto es, en la afirmación de que todo el lenguaje jurídico es reductible a la gramática de los derechos subjetivos. En esto revela la coherencia de su teoría jurídica con los fundamentos de su teoría moral: en efecto, de la afirmación de la autonomía operativa de la razón práctica no puede sino seguirse, en sede jurídica, el reemplazo de lo justo por el derecho subjetivo como analogado principal de la voz derecho. El volumen se cierra con una sección titulada *The two senses of “legal system”*. Ella se compone de dos trabajos en los que aborda el doble sentido que puede tener la noción de “sistema legal”: por una parte, puede ser entendida como el conjunto de reglas y normas que, en una sociedad determinada, guían las operaciones jurídicas de los juristas y los ciudadanos; por otra, el sistema legal aparece como el conjunto interactivo de personas, grupos e instituciones que constituyen a la sociedad, y para las cuales el conjunto de reglas y normas es sólo un instrumento limitado de su vida social y jurídica. En los dos artículos critica la primera de las nociones de “sistema legal”, poniendo en evidencia su incapacidad para responder a la naturaleza jurídica de las revoluciones y golpes de Estado, en el primero, y su alejamiento del sentido común jurídico, en el segundo.

El quinto y último volumen de esta colección de ensayos, que lleva por título *Religion & public reasons*, reúne una serie de trabajos unificados por la referencia a uno de los temas más sensibles del pensamiento jurídico-político católico en los últimos cincuenta años: el lugar de la religión en la vida pública. Se compone de

cuatro partes, cuyos nombres respectivos son: *Religión in public reason and law*, *Bases for accepting Revelation, Conscience and faith*, y, por último, *Controversies*. En todas ellas, Finnis intenta situarse en ese difícil e inestable equilibrio que sigue al rechazo del secularismo radical y la aceptación de una concepción liberal del espacio público. En la primera parte intenta defender el carácter público de la religión (o, más bien, las religiones) en el contexto de una sociedad pluralista y un Estado neutral (aunque no prescindente) en materia religiosa. Especialmente llamativo es el sexto ensayo de esta primera parte en el que, en conformidad a su continua pretensión de fundar su pensamiento en el de Tomás de Aquino, llega a afirmar que el teólogo dominico del trece fue “el primer liberal” (vid. pág. 113). En la segunda, en tanto, ofrece diversos argumentos sobre la razonabilidad de la revelación, más o menos en el sentido de los *preambula fidei*, y conecta esta razonabilidad con la necesidad de que los argumentos que tienen su fundamento último en la fe sean aceptados en el diálogo racional público, incluso por los no creyentes, en la medida en que no suponen la imposición de la propia fe a los que no la tienen, y, por el contrario, enriquecen el mismo debate racional. La tercera parte se compone de dos trabajos: uno sobre el tema de la conciencia en la carta del cardenal Newman al duque de Norfolk y otro sobre la relación entre el don de la gracia y la humildad consecuente al carácter recibido de todo bien. Finalmente, el volumen –y la colección se cierra con una serie de trabajos en los que Finnis aborda cuestiones, sobre todo morales (como la anticoncepción, el aborto o la disuasión nuclear) en los que el magisterio de la Iglesia Católica ha asumido un papel extremadamente relevante en la discusión pública, lo cual sería confirmatorio de su defensa del lugar de la religión en el espacio público de las contemporáneas sociedades plurales. En suma, este quinto y último volumen viene a mostrar en su despliegue concreto las consecuencias de la teoría moral y jurídica de Finnis, que tiene entre sus fundamentos esenciales a los bienes humanos básicos, en cuya realización integral se encuentra el fin de la vida humana, al cual, a su vez, se subordina el orden jurídico y político, que no consiste en otra cosa que en las condiciones necesarias para que todos los hombres puedan alcanzar aquella realización integral. Entendido que uno de aquellos bienes humanos básicos es “la paz con Dios, los dioses o algo no divino pero fuente sobrehumana de significado y valor”, entonces se entiende, también, por qué el filósofo australiano razona tal como lo hace en materia de religión y razón pública.

FELIPE WIDOW LIRA\*

---

\*Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid y Profesor de Fundamentos Filosóficos del Derecho en Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile.

Max Silva Abbott. *Bioética, una cuestión vital*. Centro de Estudios Cultura Cristiana. Santiago de Chile. 2014 (240 pp.).

Que la “bioética es una cuestión vital”, como reza el título de la obra que prologamos, es una verdad indiscutible, no sólo si se atiende al aspecto etimológico (*bio-ethos*), sino también a lo que hoy está en juego en este campo de la ciencia y de la vida, en donde parece haberse conjugado en un contubernio atroz los intereses económicos más desenfrenados por un lado y el esfuerzo por salvar vidas por otro, pero sin limitación alguna respecto de la naturaleza humana ni de los límites que toda ciencia posee frente al mal a que puede conducir.

Al analizar esta nueva disciplina que es la bioética no puede uno menos que recordar aquello del “aprendiz de brujo”, cuando quienes se dedican a la ciencia –biológica en este caso– se creen poseídos de una autonomía de acción que no ve más límites que no sea su capacidad de invención, de experimentación y de aplicación. Su práctica parece ser que todo medio es útil para obtener su fin, por desgracia, frecuentemente aliado con los grandes laboratorios y sus intereses financieros.

Ahora bien ¿qué es la bioética? Sin necesidad de adentrarnos en su origen –más bien reciente– es la ciencia que estudia la moral en la experimentación biológica en el ser humano, dado que éste jamás podrá ser un “objeto” de tal experimentación como si fuera una “cosa”, puesto que posee una dignidad ontológica que impone límites a ello, desde que es un sujeto, una persona<sup>1</sup>.

Max Silva es autor de tres libros y numerosos trabajos monográficos de su especialidad publicados en revistas jurídicas o filosóficas y libros colectivos tanto nacionales como extranjeros<sup>2</sup>, ha realizado desde 1999 una muy valiosa actividad en el campo periodístico a través de las páginas del diario *El Sur*, de Concepción, en columnas semanales o quincenales cuyo contenido ha sido precisamente la relación entre derecho y moral y los problemas que suscita la experimentación biológica como también la llamada “ideología de género”. Esta última, de clara inspiración marxista gramsciana, pretende imponer por la fuerza de una propaganda totalitaria, una idea del ser humano, de la mujer, del matrimonio, de la maternidad, de la familia y de la sociedad, que es directamente contraria a la naturaleza misma del ser humano, como si éste pudiera hacer de sí mismo y de la convivencia social lo que le da la gana, con absoluta prescindencia de lo que son, de sus fines y de su ordenación al bien común.

De allí que la temática de esas columnas, breves por las exigencias editoriales, ha sido siempre actual, y con la clara idea de iluminar al público lector,

---

<sup>1</sup>Sobre bioética, una excelente síntesis en Mons. Fernando Chomál G., *Bioética*. El Mercurio-Aguilar. Santiago de Chile. 2009; para mayor profundización, E. Sgreccia, *Manual de Bioética. Fundamentos y ética biomédica*. BAC. Madrid. 2009, vid. espec. Cap. I (5-44) (con abundante bibliografía en 34-39).

<sup>2</sup>Entre sus libros, *Derecho, poder y valores. Una visión crítica del pensamiento de Norberto Bobbio*. Comares. Granada. 2008 (tesis doctoral Univ. de Navarra), *La evolución de la ciencia jurídica en Norberto Bobbio*, Editorial Jurídica. Santiago. 2009, y *La familia, El bien indispensable*. Centro de Cultura Cristiana. Santiago de Chile. 2010; artículos monográficos publicados en *Revista de Derecho/Univ. Católica de la Santísima Concepción*, *Revista Chilena de Derecho/Univ. Católica de Chile*, *Actualidad Jurídica/Univ. Del Desarrollo*, *Ius Publicum/Univ. Santo Tomás*, *Revista de Derecho y Ciencias Penales/Universidad San Sebastián*, etc.

ciudadano común, de un modo claro y sin mayores tecnicismos de lo que significa esta campaña brutal que, manejada con cuantiosos fondos desde los organismos internacionales (NU, NU-secretaría mujer, ONG) y gobiernos de distintos países, pretenden llegar a establecer el aborto como un derecho de la mujer, la legalización de la eutanasia, la experimentación con embriones, el examen prenatal, la eugenesia, el homosexualismo como algo natural, el gaymonio, etcétera.

El libro que tenemos el honor de prologar reúne precisamente de modo ordenado y sistemático 100 crónicas sobre estos temas que repercuten de modo permanente por prensa, radio y televisión, a la ciudadanía con una propaganda multiforme, meliflua y sentimental pero perversa, escondiendo los verdaderos fines que se persiguen; entre otros, animalizar al ser humano, erotizar a la mujer pretendiendo su liberalización pero transformándola en un mero objeto de placer para el varón, y destruir el matrimonio, la familia y la sociedad, desde que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y la mujer es el “alma” de la familia.

La obra se ha estructurado en siete capítulos, a saber, el aborto, la píldora del día después, la fecundación *in vitro*, la investigación en embriones, la clonación, la eutanasia y otros problemas. Atendido el centenar de textos que contiene, si bien breves, recalaremos en uno o dos de cada capítulo para dar una idea de la riqueza de fondo que tienen y cómo en poco más de una página o en una sola, el lector se enfrenta con el tema y lo que está detrás (aquello que la publicidad y sus campañas no muestran, con el claro propósito de engañar) y a qué mal conducen.

Del capítulo I, *El aborto* (N<sup>os</sup> 1 a 30), y considerando el verdadero “genocidio” que desde décadas se viene practicando en el mundo en un “holocausto” muchísimo más monstruoso que el practicado por nazis y comunistas soviéticos antes y durante los años de la Segunda Guerra Mundial y luego por la China maoísta, y sobre el cual muchos callan, aparecen verdaderamente lúcidos los textos “Hombres como cosas” (N<sup>o</sup> 4), “Aborto y derechos humanos” (N<sup>o</sup> 6), “Sacándose la careta” (N<sup>o</sup> 21) y “Las dos víctimas del aborto” (N<sup>os</sup> 29 y 30), en donde con brevedad y precisión se muestra cómo a través de este vulgar asesinato, un crimen horrendo y abominable, se eliminan vidas inocentes de manera premeditada, con alevosía y sobre seguro, porque alguien (la madre, el hombre que ha engendrado esa vida, familiares y hasta médicos de servicios públicos) determinó que no debía seguir viviendo y nacer, como si unos pudieran disponer de la vida inocente de otros. Peor infamia es difícil de imaginar. Cuando en una sociedad se llega a tales extremos de barbarie, de permitir que algunos decidan quién merece vivir y quién no, porque sus vidas se consideran “inútiles” o molestas, significa que no sólo se ha dejado de ser civilizados sino simplemente se ha dejado de ser humanos. Lo paradójico es que en esta política macabra –que en algunos países llegar a ser un pingüe negocio, v. gr. España, EE.UU., entre muchos más– no sólo se da una víctima como es la persona humana concebida en el seno materno que es asesinada y hasta descuartizada de modo brutal, sino también otra víctima como es la madre, en cuyo seno se ha cometido esa barbarie y que sobrevive a ese crimen abominable, víctima de un trauma en su alma y en su conciencia, que jamás desaparecerá mientras ella viva, aunque se arrepienta de ello (y Dios siempre perdonará), porque asesinar a un ser indefenso y fruto de su propio actuar, que lleva su sangre y es carne de su carne, queda grabado para siempre en su ser, ya que viola su propia naturaleza humana (“haz el bien y evita el mal”).

Del capítulo II *La píldora del día después* (N<sup>os</sup> 31 a 51) recordaré, pues no cabe callar, el fraude descarado y a nivel gubernamental en que se incurrió en los años 2000 a 2010 (gobiernos Lagos y sobre todo Bachelet) sosteniendo de manera contumaz que esta píldora no era abortiva, es decir que ella no producía como efecto un aborto. Digo contumaz porque tal “pesticida humano” tiene precisamente como efecto el eliminar el ser humano producto de la fecundación del óvulo femenino por un espermatozoide masculino, tal como aparece expresamente –y aparecía ya en aquellos años– en los prospectos que acompañan los envases para su expendio, como puede leerse en la traducción oficial de las que son elaboradas, v. gr., por los laboratorios Gedeon Richter S.A. Budapest/Hungría, entre otros<sup>3</sup>, tal como son transcritos en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú sobre el tema, de fecha 16.10.2009, exped. 02005, parágrafo 7.1 “Lo que dicen los insertos en el producto respecto de sus efectos” (vid. su texto en página web del referido tribunal). Tan cierto es que es abortiva dicha píldora asesina que dos laboratorios que la elaboraban en Chile (Grunenthal y Recalcine, entre otros) dejaron de fabricarla luego de ser advertidos (demanda en su contra) de tal efecto abortivo y la antijuridicidad de esa elaboración, como lo había señalado la Corte Suprema (y años después lo confirmará la Contraloría General de la República y hasta el Tribunal Constitucional). Útil es señalar –como lo hace el autor– que la oposición a la “píldora asesina” como la llamo, no proviene de una posición religiosa, es un asunto esencialmente humano, ya que no es posible admitir que algunos puedan decidir qué vidas inocentes puedan seguir viviendo y cuáles no y deben ser eliminadas, asesinadas. Son los nuevos Herodes, o herodianos, que no trepidan en cometer las peores acciones para imponer su poder totalitario, imbuidos en ideologías perversas que tanto mal han originado y siguen originando con engaño ante la pasividad de muchos, incluso de gobiernos que se proclaman democráticos, pero de una “democracia totalitaria” que es la más infame de todas.

Del capítulo III *Fecundación in vitro* (N<sup>os</sup> 52 a 60) nos parece fundamental reiterar que el ser humano es “alguien” y no “algo”, es un “sujeto” y no un “objeto”, ni una “cosa”, que sea manipulable y, en último término, “producido”, como si fuera un objeto de “fabricación”. El hombre es el fruto de la “procreación”, del consorcio humano de un hombre y de una mujer, cuyas estructuras morfológicas han sido creadas para tal fin. El ser humano no es un objeto fabricado como lo puede ser una herramienta o un reloj. Si se le “fabrica” se lo rebaja a la condición de una cosa, de un producto, de un objeto de manipulación, que lleva a la más descarnada “eugenesia”, tal como se planteara ya en el siglo XIX en Inglaterra (Galton/Darwin) y EE.UU. de Norteamérica, la practicaran los nazis y hoy la practican sin asco algunos países a través de variados medios como, entre otros, el llamado examen prenatal, medio muy usado en España para permitir proponer así el aborto<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup>Dice textual su folleto: “previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal”. Lo mismo sucede con el *Nortrel* (levonorgestrel 0,75 mg), de Laboratorios Farmacéuticos Markos S.A., igualmente el *Post Day* elaborado por Lafrancco, y el *Tibex*, de Farmaindustria.

<sup>4</sup>Vid. el excelente trabajo de Mercedes Beunza, *El diagnóstico prenatal. La eugenesia del nuevo siglo*, en *Aceprenta*, que hemos incluido en la sección Documentos de *Ius Publicum* 30/2013, 241-245.

Tal fecundación *in vitro* no significa otra cosa que una “selección de embriones” a fin de que el “producto” sea óptimo y así ser implantado con “éxito” en el seno materno; todos los embriones que aparecerían como “defectuosos” se eliminan y van a la basura.... Y ¡son seres humanos! De allí la aberración a que conduce esta “fabricación” de hijos<sup>5</sup>. Como muy bien dice Silva Abbott (Nº 52) “la vida, ese regalo que merece el mayor respeto, termina convirtiéndose en «propiedad» de los padres”, pasándose desde el derecho “del” hijo a desarrollarse, nacer y ser acogido por sus padres por el don que se recibe, al derecho “al” hijo, donde prima el solo interés de los padres. Y no entramos aquí a temas conexos como el llamado “alquiler de vientres”<sup>6</sup>, la filiación de ese ser humano, de la venta de semen, de los embriones congelados, de su comercialización, de la donación o venta de embriones sin que se sepa de quién proviene, etcétera, situaciones que se dan en la vida diaria, sin que exista mayor publicidad de ello por lo macabro que es. Son los “Hijos de la biotecnología” (Nº 54), que puede llevar a un racismo ilimitado (Nº 55), como conseguir semen nórdico (Dinamarca) y obtener los rasgos vikingos o germanos del producto así fabricado... Con razón alguien podría escribir no una novela de ciencia ficción, sino una descripción de la realidad y podría llamarse “Los amos de la vida” (Nº 59) asumiendo la famosa pero perversa frase diabólica “seréis como dioses” (*Génesis* 3, 5).

El capítulo IV trata de *La investigación con embriones* (Nºs 61 a 67), una actividad que bajo apariencia de obtener resultados que favorezcan la salud de las personas conduce al más atroz de los totalitarismos el cual para la pretendida felicidad de la mayoría estima lícito sacrificar a una minoría matándola. Lo que constituye aquí el fondo del tema se refiere a *lo que es el ser humano* y sus fines y planteado en una perspectiva puramente utilitarista y en una concepción de la libertad humana exenta de todo límite. No pueden olvidarse aquí los intereses económicos que hay detrás de todo esto y no menor es también el tema de la “clonación terapéutica”, un extremo a los que puede llegar la biotecnología sin freno ético alguno y a la experimentación con embriones humanos en vez de animales... (Nº 66)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Al advertir aun en nuestros días cómo estos investigadores, clínicas y laboratorios tratan los embriones humanos como si fueran “cosas”, que se fabrican, me viene a la memoria *Scott v/Stanford* sobre el caso de un esclavo de color que pedía quedar libre por el hecho de haberlo llevado su amo a vivir en un territorio del Norte de los EE.UU. de América en el cual la esclavitud no existía por estar prohibida; según el fallo de la Corte Suprema norteamericana, “a negro” como le llama al demandante no es considerado persona, desde que es propiedad de su amo... (*Dred Scott v/Stanford*, 19 Howard (60 U. S.) 393. 15 L. Ed. 691 (1857), en A. T. Mason-D. Grier Stephenson Jr., *American Constitutional Law* (8th ed.). Prentice-Hall Inc. N. Jersey. 1954, 54-56).

<sup>6</sup>Vid. al respecto Ángela Aparisi y José López Guzmán, “Cuando la madre no es una sola”, artículo publicado originalmente en *Aceprensa*, que hemos reproducido en *Ius Publicum* 30/2013/, 142-252 (sección Documentos).

<sup>7</sup> Según el ABC/Madrid (3.1.2013) desde 1991 en Inglaterra han sido “desechados” 1,7 millones de cigotos, conforme a los datos estadísticos que allí se manejan. Se señala que por cada mujer que concibe por FIV “se fabrican” 15 vidas. Por datos proporcionados por el Ministro de Salud inglés, Lord Howe, 3.546.818 embriones humanos (o sea, personas/seres humanos) han sido originados desde 1991 y sólo ha habido 235.480 embarazos. De acuerdo con sus propios dichos los embriones que se han “manufacturado y desechado son

En el capítulo V *La clonación* (N<sup>os</sup> 68 a 74) muestra el autor la razón fundamental del rechazo y repudio que ella merece. Es que atenta muy gravemente contra la dignidad humana; “fabricar un ser humano tal como se elabora un producto, es echar por tierra todas las declaraciones y campañas en pro de los derechos de la persona porque, en realidad, se lo está tratando como una cosa” (N<sup>o</sup> 71). Aun cuando se tratare de una paternidad truncada o fallida no cabe olvidar que la paternidad jamás es un derecho sino un don que se recibe, como es la vida de un ser humano.

Una vez más debe insistirse en que la ciencia no puede pretender una autonomía total en su actividad de investigación prescindiendo de la naturaleza, de la realidad, como es la naturaleza humana. Esta tiene una estructura, un orden intrínseco, no es un “caos”, sino un “cosmos” (algo “ordenado” y “ordenador”), un mundo armónico que obedece a una manera propia y específica de ser y de comportarse, que impone formas de actuar al hombre que no pueden desconocerse sin que produzca su destrucción en cuanto tal.

El capítulo VI se refiere a *La eutanasia* (N<sup>os</sup> 75 a 87) (bien morir), “dulce muerte”<sup>8</sup>, muerte piadosa se dice, pero que no es sino un asesinato puro y simple o un suicidio asistido, según sea por voluntad ajena o propia. Tema que recuerda trágicamente, desde otro punto de vista, aquello de las llamadas “vidas inútiles” de los socialistas nacionalistas/nazis del tercer Reich... y que hoy se pretende ser algo natural y hasta previsto por la misma ley de repúblicas que se autoproclaman democráticas... Enfermos incurables, enfermos terminales, “vidas inútiles”, desechables, un estorbo para las sociedades hedonistas de hoy, que huyen del dolor, del sufrimiento, de toda molestia, de la muerte (como si no les llegara inexorable cualquier día), tal es el fondo del pensamiento eutanásico, imbuido de hedonismo, de nihilismo relativista, de utilitarismo, de individualismo exacerbado, que no trepida en deshacerse –eliminándolas– de aquellas personas que estiman que no son útiles –y les perturban–, sea por su enfermedad, por su ancianidad, por su discapacidad, u otras deficiencias como enfermedades mentales, sida, etcétera.

Tal mentalidad es el resultado de no ver la realidad o más bien no querer verla, en la cual el sufrimiento, el dolor, la discapacidad, los accidentes, las enfermedades, son parte normal de la vida; pretenden desconocer que muchísimas veces es en el dolor o en el sufrimiento o la desgracia en donde surgen las grandes ideas y las grandes obras que han embellecido la humanidad. Esto de la eutanasia puede conducir sin mucho remilgo a una auténtica “licencia para matar”. Cómo no recordar aquí los casos de las jóvenes Schiavo en EE.UU. y Englaro en Italia, hechos atroces en que incluso por autorización de los jueces (que están destinados a hacer justicia y no a asesinar a inocentes y como si tuvieran poder sobre la vida y la muerte de inocentes) se ha asesinado a enfermas que vivían bajo el cuidado de personas que las mantenían con vida, ya que permanecían en ellas signos

---

cantidades industriales” (vid. Boletín Informativo de Bioética/Universidad Católica de Chile, Dr. F.J. León, de febrero 2013).

<sup>8</sup> Pero no en el sentido con que el incomparable Bach compusiera ya ciego su última obra dictándola a su querida esposa Ana Magdalena, *Kommt, oh süßer Tod!* ¡Ven, oh dulce muerte!, en una visión profundamente cristiana, él que cada domingo cantaba a Dios en el órgano de la iglesia de Santo Tomás de Leipzig con sus composiciones sacras que aún nos maravillan por su grandeza y profundidad espiritual.

vitales indiscutibles. Allí se podrá ver ¡a qué cotas de inhumanidad puede llegar el oscurecimiento de la mente y el endurecimiento del corazón!<sup>9</sup>

En el fondo del tema está la idea de que la vida humana sería un bien disponible para el sujeto, como si fuera su propiedad y, por tanto, usar, gozar y “disponer” de ella. Pero no es así, el sujeto “es” su vida y no tiene la disposición de ella, por eso la perversidad del suicidio y, en este caso, sea que se dé a sí mismo, sea que fuera “asistido” siendo otro el que pone fin a su vida, v. gr. envenenándolo, inyectándole una sustancia letal, o desconectándolo de un aparato respiratorio, dejándola de alimentar, o por cualquier otro perverso medio imaginable.

Si la vida inocente es algo absoluto, sagrado, no cabe su disposición ni por otros ni por sí mismo; pero al aceptar la eutanasia puede llegarse a aberraciones difíciles de creer como es aplicarla a niños y a requerimiento de sus propios padres..., como ocurre en Holanda (N° 80) y recientemente en Bélgica.

Resulta paradójico esto de las prácticas abortivas y eutanásicas con la eliminación de la pena de muerte en la mayoría de los países, frente a delitos de particular gravedad y, sin embargo, se legaliza, se propicia y se aplica a personas inocentes en una inconsecuencia e incoherencia muy típica de las ideologías en boga, que no son sino ideas, artefactos intelectuales contruidos para imponerse desde el poder de los organismos internacionales, del poder gubernamental de países enrolados en esta “incultura de la muerte” y del poder de los medios de comunicación, para apoderarse finalmente de la sociedad misma, destruyendo lo más sagrado del ser humano, como es la vida y vida inocente.

En este tema, por último, no puede soslayarse la situación de los “moribundos y de la muerte” que, no obstante ser algo tan natural como que todos hemos de pasar por ella, desde que somos mortales (al menos en nuestro cuerpo puesto que nuestra alma es inmortal); sin embargo, el hedonismo actual y la ausencia de esperanza en que se debaten los incrédulos y los materialistas, los que piensan que el ser humano es solo materia y, por lo tanto, su destino es el “pudridero” y los gusanos, evitan el tema, huyen de pensar en ello y tratan de eliminar a aquellos cuya muerte suele ser lenta. Y con todo, qué dignidad y qué ejemplo nos dan no pocas veces los moribundos, y cómo ha de tratárseles con la máxima dedicación y respeto. Cierto es que no resulta procedente lo que se ha dado en llamar el “encarnizamiento terapéutico”, pero en caso alguno ello puede llevar a decidir dar la muerte por sedicentes motivos que se disfrazan de “piadosos”; la mayor piedad que se puede tener por los moribundos es ayudarlos a bien morir, esto es darles cariño, cuidados y la sagrada reverencia que merece quien va a presentarse muy pronto ante su Creador<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre el caso de la joven italiana Eluana Englaro, a quien por disposición de la judicatura civil de Milán/Italia, se ordenó suspenderle la alimentación, muriendo propiamente de hambre y de sed, vid. AA.VV., *Familia, sociedad y vida*. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2008. Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile. 2009, 162-167; vid. allí también L. Ortiz Quiroga, La eutanasia, 79-96, y el Anexo II Salud y vida, con documentos del magisterio pontificio sobre el tema. Sobre la joven norteamericana Terri Schiavo, vid. J.M. de Prada, El fin del derecho, en *La Segunda* de 11.3.2005, 11 (un extracto en *Ius Publicum* 15/2005, 227-228).

<sup>10</sup> Escribía Juan Pablo II sobre la necesidad que en todos crezca la conciencia “en la aceptación amorosa y generosa de toda vida humana, sobre todo si es débil o enferma”, ya que “aunque débil o enferma, es siempre un don espléndido del Dios de la bondad” (*Christifideles laici* / 1988, 38). Es cierto que para esta sociedad de consumo, del éxito, de la eficiencia, de

El capítulo VII *Otros problemas* (N<sup>os</sup> 88 a 99) contiene temas como el genoma humano, tráfico de órganos, la necesidad de hacerse oír en los medios con la voz de la sensatez y del sentido común frente a la persistente campaña en contra de la vida humana y de la familia, ya que se pretende imponer por una ideología perversa de reingeniería social; también se refiere a los “frentes por la vida”, “políticos por la vida”, y la necesidad de promover la defensa de la vida.

Luego de este recorrido, la obra de Silva Abbott resuena como un magnífico canto a la vida humana, y el deber de respetarla, a la dignidad intrínseca que posee todo ser humano, desde su concepción misma hasta su muerte natural, y también como una clarinada de alerta frente a la modernidad, la cual a través de cada vez más medios trata de destruirla, eliminarla ya en el seno materno o cuando se decide por algunos que hay “vidas inútiles” que deben ser desechadas; como asimismo, una fuerte voz de alerta ante la pretensión de convertir a la persona humana en “cosa”, y hasta un “objeto de fabricación” en una probeta, eliminando a tal fin otras vidas por defectuosas o simplemente no óptimas.

Como decíamos al inicio, frente a una campaña insidiosa y persistente que tiende a destruir las bases de la sociedad, esto es la familia, el matrimonio, la mujer, su maternidad, la vida humana y la convivencia social misma (introduciendo una clara “lucha de clases”), sólo cabe oponerse sin descanso y con valentía con la verdad y la razón que la fundamenta. Esta obra es un ejemplo lúcido y muy claro de cómo debe enfrentarse a quienes en una perspectiva de lucha de clases –aunque a veces disfrazada– tratan de eliminar lo más sagrado de la convivencia humana.

Cómo no recordar aquí a Gramsci –tan seguido hoy por el liberalismo socialista (neomarxismo) en esta campaña: “lo sagrado, he ahí el enemigo”, que repite de otro modo lo que Marx escribía: “para dominar una nación no se necesitan armas, basta con destruir las instituciones y corromper la juventud”. Y, por desgracia, eso es lo que estamos viendo aquí y ahora.

EDUARDO SOTO KLOSS\*

María Esther Gómez de Pedro, *Libertad en Ratzinger*. Editorial Encuentro. Madrid. 2014 (141 pp.).

El dos de mayo pasado [2013], el Papa emérito Benedicto XVI ingresó al monasterio de clausura “Mater Ecclesiae” en el Vaticano, para continuar su vida en oración y silencio. El gesto de su renuncia realizada, como él mismo dijo, en plena liber-

---

la desenfrenada competencia, de la idolatría del cuerpo, y de un tan fuerte individualismo nihilista, la debilidad, la deficiencia física, la invalidez, la enfermedad y hasta la pobreza y la muerte resultan todas ellas insoportables, desagradables, intolerables y hasta no merecen ni siquiera mostrarse; sin embargo y a su pesar, ello es un signo claro de evangelización, signo de contradicción, para todo aquel que aún tiene despierta su conciencia y no la tiene adormecida o anestesiada por los ídolos de este mundo.

\*Se reproduce el Prólogo de la obra.

tad y por amor a Cristo y a su Iglesia, después de examinar su conciencia ante Dios y constatar su falta de fuerza física y espiritual, constituye un indesmentible testimonio de la plenitud que alcanza la vida cristiana conducida en la verdad y en la caridad. Este gesto da, por ello, un contenido vital al magisterio sobre la libertad que enseñó como teólogo y como pontífice, y que analiza brillantemente este magnífico trabajo de María Esther Gómez. La paz y serenidad que mostraba su rostro durante las jornadas de su alejamiento del ministerio petrino y su constante recordatorio a los cardenales que la Iglesia es de Cristo, su supremo pastor, son un signo de cuán viva le resultaba a él la presencia del Resucitado en medio de la comunidad que Él eligió y edificó. La sorpresa y conmoción inicial de los cristianos y de los hombres y mujeres del mundo entero fue transformándose, en los días siguientes, en una espera confiada en la conducción del Espíritu Santo. El testimonio de su fe, en el año de la fe al que él mismo convocó, fue su última lección magisterial realizada desde la cátedra de Pedro. Me parece que puede convertirse, inesperadamente, en una luminosa clave hermenéutica para entender el sentido y la verdad de la enseñanza de Joseph Ratzinger sobre la libertad, en la rigurosa presentación que la autora hace de ella en las páginas que se ofrecen a continuación y que fueron escritas con anterioridad y sin imaginar siquiera los acontecimientos que se desencadenarían en febrero de 2013.

El testimonio de Benedicto XVI hace completamente evidente que la libertad sólo se puede comprender desde su fundamento antropológico, es decir, como muy bien destaca la autora, no sólo desde la inteligencia de la razón y la rectitud de la voluntad, sino desde el deseo existencial más profundo del corazón. La libre aceptación de la vida como un don recibido del Misterio que puso a cada ser humano en la existencia, lleva al ser humano a descubrir que la verdad de su ser no le pertenece, que debe autotranscenderse constantemente en su búsqueda y realización, tanto para autocomprenderse a sí mismo, como para comprender también las relaciones interpersonales que crean las personas y la vida en sociedad. La libertad no es estática, la que ya se tiene, sino la expresión de un profundo dinamismo espiritual que tiene su fundamento, como enseña Ratzinger, en la sed de infinito que posee el corazón humano cuando busca desarrollarse en plenitud. Por ello, en la antropología cristiana la figura del peregrino, del *homo viator*, ha jugado un papel tan central a lo largo de su historia, sea en la versión más interior del “inquieto corazón” de San Agustín, de tanta significación para Ratzinger, como en la búsqueda de la justicia y la caridad en la enseñanza social de la Iglesia contemporánea. Junto a la razón que busca la verdad y que es inquisitiva en su misma naturaleza, la libertad busca la plenitud del desarrollo humano en el reconocimiento recíproco de la dignidad de las personas que, recibiendo la vida como un don, buscan ponerla a disposición de otros para la realización de la vocación con que cada quien ha sido llamado a la existencia, que es la vocación a ser una persona.

En una homilía dirigida al círculo de sus alumnos y discípulos, el 2 de septiembre de 2012, Benedicto XVI comentaba este dinamismo de la verdad y de la libertad. Refiriéndose a la frase de la Carta de Santiago que habían leído ese día, “Sois generosos por medio de una palabra de verdad”, agregaba, “¿Quién de nosotros se atrevería a alegrarse de la verdad que nos ha sido donada? Nos surge inmediatamente la pregunta: ¿Cómo se puede tener la verdad? ¡Esto es intolerancia! Los conceptos de verdad y de intolerancia hoy están casi completamente fundidos

entre sí; por eso ya no nos atrevemos a creer en la verdad o a hablar de la verdad. Parece lejana, algo a lo que es mejor no recurrir. Nadie puede decir «tengo la verdad» –esta es la objeción que se plantea– y, efectivamente, nadie puede tener la verdad. Es la verdad la que nos posee, es algo vivo. Nosotros no la poseemos, sino que somos aferrados por ella. Sólo permanecemos en ella si nos dejamos guiar y mover por ella; sólo está en nosotros y para nosotros si somos, con ella y en ella, peregrinos de la verdad. Creo que debemos aprender de nuevo que «no tenemos la verdad», sino que la verdad ha venido hacia nosotros y nos impulsa. Debemos aprender a dejarnos llevar por ella, a dejarnos conducir por ella. Entonces brillará de nuevo: si ella misma nos conduce y nos penetra”.

La verdad y la libertad, en la tradición católica, se co-pertenecen recíprocamente. La libertad busca la luz que ilumine el camino para su autodespliegue, la luz de la inteligencia y la luz de la revelación. Sin esta presencia orientadora de la verdad del ser, la libertad puede volverse arbitrariedad, lucha de todos contra todos, como decía Hobbes. Por ello, la libertad se profundiza en la sabiduría, que es su *humus* natural. Por su parte, la inteligencia necesita para abrirse al sentido último de todo, la libertad interior, la libertad del espíritu, para liberar la inteligencia del poder de turno y de las modas que la esclavizan, para liberarla de sus “cegueras éticas” como escribió Benedicto XVI. Ambas necesitan autotranscenderse para comprender la naturaleza última de lo humano. Ello sólo puede ocurrir cuando las personas encuentran en la experiencia de la comunión eclesial, en la comunidad familiar, académica, escolar, ojalá también en la económica y política, padres y testigos, personas que son signos de una presencia mayor que han buscado y cultivado, que han recibido como don. Por ello, a diferencia de muchas ideologías contemporáneas que entienden la verdad y la libertad como opciones individuales, como virtudes que se desarrollan sólo en la presencia solitaria de Robinson en su isla, la tradición católica ha señalado siempre la dimensión relacional de la vida humana, tanto en su objetiva interdependencia como en el relato que hace posible el cultivo de una lengua en la cultura común. La búsqueda de la verdad y la libertad compartida responsablemente con otros en comunidad constituyen la trama que va tejiendo el perfeccionamiento humano hacia su destino. Por ello, no hay libertad sin responsabilidad, sin asumir el destino de otros en la propia libertad, sin el desarrollo de una conciencia moral que se perfecciona en discernir antes de elegir. La cima de la libertad es el amor, el completo don de sí mismo a las personas que se ama y, naturalmente, encuentra en el cristianismo su plenitud en la cruz de Cristo aceptada por amor al Padre y a la misión que le ha encomendado y por amor a los hombres que les han sido confiados. La contra cara dramática de esta cima es la capacidad que tiene también la libertad humana de elegir el mal y, con ello, la capacidad de autodestruirse el ser humano en el odio o en la angustia. Por ello, parece muy ajustado que el título de este trabajo sobre la libertad le atribuya la doble condición de riesgo y de tarea. El ser humano no estará nunca suficientemente protegido del mal y siempre deberá aceptar la tarea de construirse a sí mismo con otros en la comunión del amor.

“En la obra de Ratzinger –afirma la autora– filosofía y teología trabajan juntas, van de la mano, al igual que lo hacen fe y razón, pues entre ellas existe íntima unidad y colaboración mutua”. Es un logro notable de este trabajo, destacar precisamente la gran cantidad de referencias que hacen los escritos de Ratzinger a filósofos modernos y contemporáneos. Hasta en las encíclicas de Benedicto XVI,

documentos mayores del magisterio pontificio, se encuentran referencias específicas a Kant e incluso a Nietzsche. Me parece importante destacar esta dimensión filosófica de su reflexión, pues revela el constante diálogo que el pensamiento de Ratzinger ha tenido con los hombres y mujeres de su época, cualquiera fuese su confesión religiosa o su manera de comprender el mundo. Con una brillante capacidad intelectual de comprender lo más esencial del pensamiento de un autor, desarrolla sus argumentos poniéndose en el lugar de quien lo pensó, resaltando su aporte o mostrando las paradojas o contradicciones de la argumentación, siempre con el más profundo respeto de su interlocutor. Personalmente pienso que, en el estilo intelectual de Ratzinger, hay una huella manifiesta de su profunda libertad de espíritu, puesto que jamás se acerca a un argumento con temor ni tampoco con desprecio, sino con una contagiante pasión por la verdad que descubre la belleza intelectual de captar siempre lo esencial.

El trabajo se aboca al análisis de su tema de modo sistemático, mostrando las fuentes recogidas, haciendo las distinciones necesarias a su objeto, describiendo los presupuestos antropológicos que hacen posible el camino hacia la libertad, particularmente, el camino del amor y el significado de ser persona, la ontología de la libertad, para concluir en la necesaria educación para la libertad que, en verdad, acompaña a la vida entera. Por razones editoriales, la autora ha debido abreviar las extensas citas presentes en el manuscrito original, que por una parte, mostraban su fidelidad y respeto acerca del autor que analiza y, por otra, eran un testimonio de la complejidad y transversalidad del tema, el que aparece una y otra vez presente en variados contextos y discursos de propósitos diferentes. No obstante, lo esencial de la argumentación ha quedado plenamente reconocible.

Sólo me resta agradecer a la autora, que ha sido generosa con la verdad, como decía la citada carta de Santiago, dándonos a conocer a sus lectores, con rigurosidad y sistematicidad, las enseñanzas de Ratzinger sobre la libertad y su innegable fundamento antropológico.

PEDRO MORANDÉ COURT\*

---

\*Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Se reproduce el Prólogo de la obra.

I. CHILE

*Actualidad Jurídica* – Universidad del Desarrollo, N° 30, julio 2014.

Destacamos el tema central sobre reforma tributaria, luces y sombras. De Ensayos y Estudios, ¿Puede hablarse de un derecho del consumidor?, P. Rodríguez G.; Las nocivas tendencias del neocapitalismo, economía liberal o economía social de mercado, de J. Alvear T.; Análisis crítico de la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, de J. M. Díaz de Valdés; Sobre el estatuto penal de las sanciones administrativas, de N. Enteiche R.; y Naturaleza jurídica y potestades del Comité de Ministros/Ley 19.300, de R. Benítez, E. Carrasco y J. Herrera.

---

*Revista de Derecho* – Universidad Católica de Valparaíso, N° XLI/semestre 2013.

De interés, Análisis comparado de los regímenes de concesiones marítimas y de acuicultura, de J. Fuentes O.; Solicitud de acceso a la información y tutela de los datos personales de un tercero, de F. J. Sanz S.; La regulación de la eutanasia según la ley 20584, sobre derechos del paciente, de A. Leiva L.; Actos intermedios y recurso de protección ambiental, de J. P. Leppe G.

---

*Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* – Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXV/2013.

Destacamos Raíces griegas de la noción romana de culpa de C. Aedo B.; La función de la pena por la “iniuria” en la ley de las XII tablas, de P.I. Carvajal R.; El trasfondo jurídico y retórico de la “Pro Caelio” de Cicerón, de T. Notari; Los concordatos celebrados entre la Santa Sede y los países latinoamericanos durante el siglo XX, de C. Salinas A.; La administración municipal de justicia en la España del siglo XIX, de F. J. Díaz y J. M. Calderón O.; El juicio de residencia del corregidor y justicia mayor de la Villa de San Martín de la Concha, J. Balcárcel en 1777, de G. Harris B.; Mercantilismo, proteccionismo y orden público económico en el pensamiento constitucional de Juan Egaña, de J. F. Infante M.; Los orígenes del concepto de “sana crítica”, de J. Benfeld; La “aemulatio” y el abuso del derecho, de R. Rutherford; La determinación del derecho en Domingo de Soto y Francisco Suárez, de S. Contreras; Religión y moral cívica en las constituciones hispanoamericanas del

periodo de la emancipación (1810-1830), de J. Peña, y “Translatio imperii”. Del mar de Dante al océano de Vázquez de Menchaca, de F. Vélez.

---

*Revista de Derecho Público* – Universidad de Chile, N° 79/2013.

De interés El Chile de los pueblos, el pueblo y los partidos. Vasallos, ciudadanos y electores: actores de la historia, de B. Bravo Lira; El Juzgado de Cuentas y sus atribuciones, de A. Cerda C.; Facultades y atribuciones de las Seremis de Vivienda y Urbanismo en relación con las Direcciones de Obras Municipales, de J. Fernández R.; El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos, de S. Ponce de León S.; El presidencialismo en la República de Chile, de L. Ríos A.; La constitución de Cádiz de 1812 y su influencia en el devenir constitucional de Chile, de F. Westermeyer H.

---

*Revista de Estudios de la Justicia* – Universidad de Chile, N° 19/2013.

Destacamos Concepciones y tipologías de las presunciones en el derecho continental, de R. Gama L.; Derecho penal e impunidad empresarial en Chile, de J. Winter E.; El nuevo artículo 443bis del Código Penal que sanciona el robo con fuerza de cajeros automáticos, de C. Ramos P.

---

*Revista de Derecho* – Universidad de Concepción, N°s. 231-232/2013.

De interés Reflexiones en torno a la prueba en el derecho tributario, de J. Montecinos A.; La subordinación jurídica, elemento diferenciador entre una modalidad laboral y una no laboral, de R. Barona B.; Algunas particularidades en torno al derecho a la acción ambiental, ley 20.600, de J. Tisné N. y El principio de precaución, definición, regulación y efectos, de J. Cifuentes V.

---

*Revista de Derecho* – Universidad Austral de Chile (Valdivia), Volumen XXVI, N° 2/2013.

Destacamos El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público, de R. Concha M. y El sufragio voluntario del artículo 15 de la Constitución, de D. Pardo A.

---

*Revista Berit Internacional* – Universidad Santo Tomás, Año XI, N° 14/2013.

De interés, Lo masculino y lo femenino: diferentes, iguales y recíprocos, de W. E. Gil y J. D. Vallejo C.; Esperanza y sanación para la mujer que ha abortado, de G. Gómez; Dilemas bioéticos al final de la vida ¿Cómo morir con dignidad?, de M. Lizana O., y Testimonio de vida en familia: Gianna Berreta Molla, de M. Cereceda M.

## II. EXTRANJERO

*Ius Canonicum* – Universidad de Navarra/España, Volumen 54/junio 2014.

De interés, Positivismos ingenuos. A propósito del discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica (21.1.2012), de J. Otaduy; Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa, de J. Martínez-Torrón; Personalidad religiosa y teoría general del derecho: nota crítica a la naturaleza asociativa de las confesiones, de M. A. Asensio, y La reorganización económica de la Santa Sede, de D. Zalbidea.

---

*Anuario* – Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña/España, N° 17/2013.

Destacamos La figura del “diálogo técnico” en el derecho europeo de la contratación pública, de A. Czajka; El paradigma de la buena administración, de J. L. Meilán Gil; El principio de la confianza legítima, su posible gravitación en el derecho administrativo argentino, de L. E. Rey V.; La delimitación y protección de nuevos contenidos en los derechos fundamentales: el tratamiento de las injerencias sonoras, de N. García G., y El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico, de S. García V.

---

*Revista de Derecho Político* – Universidad Nacional de Enseñanza a Distancia/España, N° 88/2013.

De interés, El derecho constitucional y la crisis, de E. Álvarez C.; Derechos en serio, recurso de amparo, reordenación de la garantía judicial y reforma de la ley orgánica del Poder Judicial, de P. Tenorio; La delimitación del derecho a sufragio activo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de M. Reyes-Pérez A., y Privacidad y periodismo: el escándalo Murdoch sobre escuchas telefónicas, de C. Pauner Ch.

---

*Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas* – Universidad de Málaga/España N° 2/febrero 2012, N° 3/junio 2012, N° 5/marzo 2013 y N° 6/noviembre 2013.

Destacamos del N° 2: La legalidad como principio de legitimidad. La legitimidad del estado contemporáneo en la perspectiva de Max Weber, una introducción, de S. R. Castaño; Reflexiones críticas sobre “el hombre-Dios” de Luc Ferry, de J.-L. Chabot. Del N° 3: Derechos humanos, universalismo, universalidad y particularismos culturales, de J.-L. Chabot; La confrontación entre culturas, de L. Scillitani y A propósito de los fundamentos de derecho romano del profesor Dr. Antonio Fernández de Buján, de A. Agudo R. Del N° 5: Derecho y literatura, el juicio del robo de las tartas y la justicia en Alicia en el país de las maravillas, de A. S. de Moraes; Carl Schmitt, de Plettenberg a Uberlandia, de J. Molina C.; y del N° 6: Civitas y república en el aristotelismo político de la primera edad moderna, de A. M. Scattola; Cultura religiosa y derechos fundamentales, de S. Tzitis; y Transformación en el significado de la libertad religiosa: historia y filosofía, de H. Pallard.

## 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



